

EL CONTROL EX POST DE LA CALIDAD DE LOS ENUNCIADOS PROBATORIOS EN MATERIA PENAL EN CHILE. DE LA EPISTEMOLOGÍA A LA PRAXIS

Marcela Paz Araya Novoa

Per citar o enllaçar aquest document:

Para citar o enlazar este documento:

Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/398654>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



Universitat de Girona

Tesis Doctoral

“El control *ex post* de la calidad de los enunciados probatorios en materia penal en Chile. De la epistemología a la praxis”

Sra. Marcela Paz Araya Novoa

Programa doctoral “Derecho, economía y empresa”

Director: Dr. Jordi Ferrer Beltrán.

Trabajo presentado para optar por el grado en
“Doctora por la Universidad de Girona”

2016.

“El control *ex post* de la calidad de los enunciados probatorios en materia penal en Chile: De la epistemología a la praxis”

Agradecimientos

Resumen

Introducción

CAPÍTULO 1: El control del juicio sobre los hechos	12
1.- Presentación del problema y su contexto	13
I.- El control <i>a posteriori</i> de los enunciados fácticos	21
2.- Casos de estrategias de control <i>ex ante</i> en el derecho procesal penal chileno	22
3.- La fiscalización de los enunciados fácticos a través del recurso de nulidad.	29
4.- El alcance del control sobre el juicio de hecho por el cauce de la nulidad	43
4.1.- La interpretación actual del alcance de la causal del artículo 374 letra e). Nulidad de la sentencia por defecto de fundamentación	44
4.2.- La exclusión de un control autónomo a través de la causal de infracción de la garantía de la presunción de inocencia o del debido proceso	69
II.- Las razones que justificarían la interpretación restrictiva de los controles <i>a posteriori</i>	76
5.- La incidencia de la libre valoración de la prueba en la interpretación de la nulidad	77
6.- La influencia de la inmediación	87
7.- El lastre de la vetusta casación.....	93
8.- El nuevo orden recursivo en Chile	96
III.- Precondiciones que propician el control del juicio de hecho y las consecuencias de soslayarlo ...	98
9.- La motivación. Elemento definitorio de un sistema racional de valoración de la prueba.....	99
10.- El adecuado estándar de prueba	102
11.- Las consecuencias de una hermenéutica que cercena la posibilidad de control	105
11.1.- Una puerta abierta a la arbitrariedad	106
11.2.- Posibilidad de conflicto con el derecho al recurso	110
11.3.- El control de la racionalidad en el establecimiento de los hechos y el sistema de garantías procesales penales	123
11.4.- Preservación del derecho a la prueba y el derecho a defensa	124
11.5.- A modo de colofón	126

CAPÍTULO 2: La libre valoración de la prueba y la intermediación. ¿Supuestos límites a la posibilidad de control?	129
I.- La libre valoración (racional) de la prueba	130
1.- ¿Qué es la libre valoración?.....	131
1.1.- El tránsito de la íntima convicción a la libre valoración racional	137
1.2.- Articulación de un sistema lógico de valoración que permita el control	152
1.3.- ¿Cómo se estructura el razonamiento probatorio?	165
2.- Los principios de la lógica: el método de la probabilidad inductiva	178
3.- Las generalizaciones empíricas	189
3.1.- La expresión de las máximas en la fundamentación	193
3.2.- Algunas dificultades a que pueden estar expuestas las máximas de la experiencia	195
3.3.- Aplicación práctica de las máximas de la experiencia	207
4.- Crítica al sistema de sana crítica racional.....	208
5.- Criterios epistemológicos de control del razonamiento probatorio inferencial.....	216
5.1.- Valoración individual y conjunta de los elementos de juicio.....	218
5.2.- Criterios de solidez del razonamiento probatorio en el sistema de corroboración de hipótesis ...	221
II. El sobre dimensionado principio de intermediación	227
6.- Limitación del control respecto del juicio de hecho sobre la base de la intermediación	228
7.- Distinción entre control de la justificación y reexamen de la prueba	240
8.- Confusión entre técnica de formación de la prueba y método de valoración	246
9.- ¿Qué es en rigor la intermediación? La intermediación en su justa medida	250
10.- Crítica a la ambigua y confusa concepción de la <i>prueba directa</i> en el marco de la intermediación como “sistema de valoración”	255
11.- Errada concepción de los contextos de descubrimiento y de justificación	266
12.- El aporte de las impresiones que emanan de la prueba directa.....	275
CAPITULO 3: Precondiciones que posibilitan el control sobre el juicio de hecho ...	280
I.- El momento del la decisión sobre los hechos probados	281
1.- El papel del estándar de prueba	281
1.1.- Formulación de un estándar de prueba. ¿Es posible?.....	295
1.2.- La recepción del estándar de prueba en la doctrina y jurisprudencia chilenas	299
1.3.- De nuevo en pos de un estándar de prueba.....	318
2.- Tesis que niegan la posibilidad de formular un estándar de prueba	323
2.1.- La crítica al carácter objetivo de algunas propuestas de estándares de prueba objetivos	325
2.2.- Crítica la formulación de ciertas propuestas de estándares objetivos	335
2.3.- ¿La alternativa?: la inferencia a la mejor explicación.....	339
3.- Aplicación práctica del estándar de prueba	343

3.1.- Enfoque subjetivo del estándar de prueba y la libre valoración racional en Chile	344
3.2.- La vinculación entre estándar de prueba penal y presunción de inocencia	348
4.- Crítica a la concepción de la libre valoración y el estándar de prueba como blindaje al control	356
5.- Éxito del modelo de libre valoración, motivación y estándar de prueba: ¿un sistema pleno?	360
5.1.- La disminución de la arbitrariedad	365
5.2.- Modelo persuasivista/ modelo racional y el estándar de prueba	368
II.- La motivación. Elemento definitorio de un sistema racional de valoración de la prueba	370
6.- ¿Qué es motivar el juicio de hecho?	371
7.- Implicancias de la obligación de motivar	379
8.- La exigencia de motivación en el sistema legal de justificación de los enunciados probatorios en Chile ..	382
9.- La motivación de los hechos en la doctrina chilena	401
10.- Pervivencia de un sistema subjetivista de motivación.....	405
11.- Cuadro de patologías de la motivación y el recurso de nulidad	409
11.1.- Motivación, recurso de nulidad y estándar de prueba.....	416
12.- Cumplimiento de la garantía del derecho al recurso a la luz de la libre valoración, la inmediación, el estándar de prueba y la motivación.....	418
Conclusiones.....	428
Bibliografía citada	434

A Emilia y Sofía por su fe ciega y a Jaime por su optimismo inspirador

A mi tutor Jordi Ferrer, por alentarme con su sabiduría y generosidad en este tránsito, por celebrar mis pequeños logros como propios y porque al final del día sin su dirección este esfuerzo habría sido en vano

A Daniela, por sus agudos, sabios, oportunos y pacientes consejos

Resumen

¿Es posible el control de las conclusiones sobre los hechos por los tribunales de nulidad en un sistema de libertad de prueba? Surge esta pregunta por cuanto se suele afirmar que no resulta posible la fiscalización de la *quaestio facti*, por jueces que no estuvieron presentes en el juicio oral y porque se pone el énfasis en la libertad, mas no en la sujeción que, en la actividad que nos ocupa, se debe realizar a los cánones de la epistemología general. Se plantea en esta investigación la superación del enclave subjetivista y el recurso al enfoque epistemológico de la actividad valorativa y su control, recurriendo al estándar de prueba y la justificación de la decisión, por el cauce del recurso de nulidad, lo que a la par permite cumplir a cabalidad la garantía del derecho al recurso.

Abstract

Is the control of the conclusions concerning the acts of the nullity courts in a system of freedom of evidence possible? This question arises because it is usually stated, that the audit of the *quaestio facti* made by judges that were not present in the oral trial is not possible, and because the liberty in emphasized, and not the subjection that, on the activity matter, must be made to the canons of the general epistemology. Consequently, this investigation contemplates the improvement of the subjective approach and the appeal to the epistemological approach of the evaluative activity and its control, using the standard of proofing and justification of the decision, through the recourse of nullity, which also allows to perfectly meet the guarantee of the right to the recourse

Metodología

Si bien se trata de una tesis teórica cuya metodología de análisis es conceptual, tiene una conexión concreta e ineludible con la dogmática y el derecho positivo. Lo que se busca es la contrastación de la norma legal y su aplicación práctica con lo que la doctrina ha asentado en cuanto a la teoría de la prueba y los conceptos fundamentales de la epistemología a fin de evidenciar una distorsión que en la praxis realiza el juez de los hechos en materia de valoración y especialmente, en el control de la declaración de hechos probados y su vinculación con otros conceptos respecto de la institución probatoria en general, tales como el estándar de prueba y la averiguación de la verdad.

Especial énfasis se ha puesto en la delimitación de los criterios generales de racionalidad que aparecen analizados en la doctrina recopilada y su recepción en la jurisprudencia que se ha acopiado en el período que corre desde el año 2000 a la fecha, en que rige el sistema de sana crítica racional en materia penal en Chile.

Para el análisis de los conceptos e instituciones probatorias, no siendo la presente investigación un trabajo de campo, se traen a colación sendos pronunciamientos de los tribunales de justicia chilenos, los más destacados, a los efectos de la investigación, a fin de ejemplificar lo que se sostiene y dar cuenta de una etapa inicial en que la interpretación fue de marcado sesgo subjetivista y una cierta evolución que es ostensiblemente perceptible.

Introducción

Desde 1906 hasta el año 2000 imperó en Chile un sistema procesal penal de marcado sesgo inquisitivo, que prescribía para la valoración de la prueba la adscripción al sistema de prueba tasada y cuyas características más sobresalientes eran la existencia de un juez que reunía en sí la obligación de investigar los hechos, en una etapa preliminar del proceso denominada *sumario* y dictar sentencia, al acabar la segunda parte del juzgamiento, esto es, al final del denominado *plenario*; así como el secreto de las actuaciones dictadas por el juez a fin de indagar los delitos; la existencia de terceros que transmitían la información obtenida de los elementos de juicio al juez y la existencia de un profuso sistema de recursos jerárquicos que implicaban que cada decisión era conocida por el tribunal *ad quem*, incluso sin solicitud de parte.

En este sistema de enjuiciamiento penal, y pese al reconocimiento legal del sistema de prueba tasada, en definitiva para el pronunciamiento de la decisión de hechos probados se recurría a la convicción íntima, personal y subjetiva del juez, sustentada en lo prescrito por el artículo 456 bis del antiguo código, que apelaba en último término, y en forma ineludible, a la *certeza legal condenatoria*, pero por sobre todo, a la *certeza moral absolutoria*, así como al llamado jurisprudencial a no desoír el mandato de la conciencia íntima del juez, en la cual si la convicción no llegaba formarse, constituía un imperativo moral, el absolver sin más justificación.

Siendo así las cosas en el año 2000 entró en vigencia la reforma Procesal Penal chilena, cuya implementación fue gradual abarcando en cada paso un número de regiones del país hasta culminar en el 2005, al sumarse a este nuevo sistema la Región Metropolitana. Caracteriza a este sistema legal el ser de inspiración acusatoria, el que –puede razonablemente afirmarse– en materia de establecimiento de la *quaestio facti*, parece dar cabida a la teoría de valoración racional de la prueba y sus elementos definitorios: la libre valoración, el principio de inmediación, fuertes exigencias de motivación y un sistema de recursos que permita dar cuenta de los errores producidos en la declaración de hechos probados.

Desde esta perspectiva, si se revisa la jurisprudencia acuñada en Chile desde la implementación de la reforma procesal penal hasta hoy -especialmente en sus primeros años, pero con manifestaciones aún considerables en la jurisprudencia más actual-, predicados tales como: “los jueces de fondo son *soberanos* en el establecimiento de los hechos”; “el recurso de nulidad no puede

abarcar la revisión de éstos pues no constituye instancia” o “el principio de inmediación produce en el tribunal de fondo una *convicción* que no es susceptible de censura”, no parecen extraños ni menos errados, en una primera aproximación. Sin embargo, un estudio con cierto grado de profundidad nos permitirá afirmar que ello resulta del todo incorrecto y aún más grave, que puede llegar a ser fuente fecunda de injusticia y arbitrariedad.

Lo que se pretende realizar en esta investigación, entonces, es analizar el derecho positivo procesal-penal chileno y su dogmática, desde la perspectiva de los criterios epistemológicos que le sirven de base al sistema de sana crítica racional. Se analizará el tratamiento que el legislador ha realizado de la valoración probatoria y, sobre todo, su control *ex post*, su configuración y cómo se aplica en la praxis, así como las deficiencias que se advierten en la interpretación que, especialmente, le imprimen los tribunales superiores de justicia, a la luz de aquellos criterios de racionalidad de la epistemología general.

El trabajo se desarrollará a través de tres ejes que se corresponden con los tres capítulos de esta investigación. En efecto en el *primer capítulo* se hará referencia al problema que aborda el control del juicio sobre los hechos *a posteriori* a través de los recursos procesales, y en específico, a través del recurso de nulidad chileno y su contextualización en el sistema jurídico en que está inmerso, las características y especificidades de esta concreta estrategia de control de la calidad de los enunciados declarados probados, que imperan mayoritariamente en los sistemas continentales y, por cierto, en Chile.

En este trabajo defenderé que debemos desterrar la supuesta incompatibilidad entre la libre valoración de la prueba y el control del juicio de hecho a través de recurso de nulidad al que se le concibe como garantía del justiciable; para ello es ineludible realizar un diagnóstico de la situación actual, es decir conocer cómo se está interpretando en la práctica el recurso. Advierto, al lector, eso sí, que la presente investigación está lejos de constituir un trabajo de campo, sin embargo, la abundante jurisprudencia recopilada, permite apreciar la interpretación que realizan los tribunales de control y que avanza tenuemente desde la negativa a cualquier intento de conocer de las conclusiones sobre los enunciados declarados probados hacia la apertura al control del tribunal superior.

Es posible en el marco de esta mirada distinguir analíticamente las diversas situaciones y los matices que se advierten en el trabajo valorativo emprendido por los referidos tribunales y que –podríamos adelantar- es notoriamente restrictivo en

sus etapas iniciales, pudiendo afirmarse, por cierto, la existencia de una evolución hacia el control de la decisión de tener por probadas determinadas proposiciones fácticas.

En esta primera parte se estudian y delimitan las razones que justificarían la interpretación restrictiva de los controles a posteriori, centrándome en el recurso de nulidad chileno que es el objeto fundamental de estudio y análisis, a saber: la libre valoración de la prueba, la influencia de la inmediación, la contaminación de la interpretación anquilosada de la casación y el nuevo orden recursivo introducido por la reforma procesal penal chilena, cuyo común denominador es el sesgo subjetivista que pervive en la comprensión de estos institutos.

Igualmente se estudiarán las precondiciones que permitirían que el control por los tribunales de nulidad se despliegue cómoda y adecuadamente, así como las consecuencias que se producirían en el evento de cercenar las posibilidades de censura de los tribunales superiores o reducirlas injustificadamente. Para lo anterior se hará mención de aquellas garantías procesales que podrían verse afectadas por la errada interpretación que se pretende desterrar, con especial énfasis en la del derecho al recurso.

En el *capítulo segundo*, que versa sobre los supuestos límites a la actividad contralora, con apoyo en la dogmática, sobre todo comparada, se pretende poner una nota de claridad respecto de lo que significa el sistema de libre valoración de la prueba y relevar su carácter de libre sólo por la ausencia de tasas de valor predeterminadas, con acento en su carácter de racional y cognoscitivamente reglado. Igual pretensión se evidencia para los efectos de delinear el recto significado de las reglas de lógica y las generalizaciones empíricas, a fin de que se erradique su invocación meramente retórica y se le dote de un contenido que haga efectiva la norma positiva, artículo 297 del CPP chileno, y permita el control intersubjetivo por un órgano distinto del que valoró la prueba.

Se presentan al lector, para estos fines, las propuestas que la doctrina más autorizada ha realizado en cuanto a esquemas de valoración e igualmente aquellas sobre los criterios epistemológicos de control intersubjetivo del razonamiento probatorio inferencial.

Se estudiará asimismo, en este eje, el principio de inmediación –que junto a la libre valoración- constituyen los pilares sobre los cuales se sustenta nuestro orden procesal penal, poniéndose en evidencia la distorsionada concepción que existe respecto de aquel principio y que lo concibe como un método valorativo

autónomo, que produce el nefasto efecto de sustraer del control que deben realizar los tribunales superiores de justicia, el trabajo valorativo formulado por el tribunal de mérito, dejándole inmerso en el plano de lo subjetivo y de lo inefable. Por lo antes dicho, es que se centrarán los esfuerzos en otorgar a la inmediación su justa dimensión como técnica de formación de la prueba y resaltar lo que ella permite y lo que no autoriza.

En el último eje –*capítulo tercero*–, se abordan el estándar (objetivo) de prueba y la motivación, como precondiciones ineludibles en un sistema racional de valoración de la prueba y que propician el despliegue *ex post* de la censura de la declaración de hechos probados por un tribunal distinto.

En lo relativo al estándar de prueba se estudian las propuestas doctrinarias que miran al establecimiento de un estándar objetivo, que nos señale con rigor cuándo se han colmado los requerimientos de justificación que nos permitan tener por acreditada una determinada conclusión probatoria, con énfasis en su carácter de objetivo, basamento desde el cual resulta correcto hablar de un estándar.

Se analizan, a la par de las teorías que lo propugnan, aquellas que niegan la posibilidad de formular estándares de prueba en un sistema de libertad probatoria y las críticas dirigidas a las teorías que proponen estándares objetivos y su réplica.

Finalmente se ponen de relieve las ventajas de un modelo racional de valoración en que se despliegue la libre valoración, la motivación y el estándar de prueba como sistema pleno, lo que resulta coherente con el compromiso epistemológico del proceso que se reclama y por el que transita el presente estudio.

Como subtema se analiza la exigencia de motivación como condición ineludible en un sistema de corte racional, realizando una mirada a la consagración legal de este imperativo, al igual que a las funciones que ella cumple. Se abordará la interpretación subjetivista que se le imprime a esta exigencia, con anclaje en el antiguo sistema procesal penal, desterrado progresivamente a partir del año 2000 en Chile.

Como corolario se evidencian las hipótesis que implicarían trasgredir lo que se entiende como correcta motivación, sistematizando, -con apoyo en la doctrina- el cuadro de patologías existentes y su abordaje a través del recurso de nulidad, el que permite adecuadamente dar cuenta de todas y cada una de ellas, incluido lo relativo a la vulneración del estándar de prueba, por el cauce que proporcionan los artículos 342 letra c), 297 y 374 letra e) del CPP.

Instalados en el final del camino, en el último capítulo, se culmina realizando un análisis respecto de la garantía del derecho al recurso, su preservación con auxilio del recurso de nulidad, en un sistema de libre valoración racional que respete, de igual manera, la existencia de un objetivo estándar de prueba.

Articular una correcta interpretación de los basamentos aludidos permitirá, sin lugar a dudas, propender a su vez a una hermenéutica del recurso de nulidad que lo haga eficaz para el control de los hechos judicialmente fijados, idea que – como hilo conductor- recorre cada uno de los capítulos y subtemas que se presentan al lector. Para ello el presente trabajo persigue formular las bases de una anhelada concepción del recurso que lo objetivice y permita, mediante parámetros intersubjetivos, la realización de un control integral. Evidenciar las consecuencias prácticas de aquello, en especial el acercamiento -en la mayor medida posible- a la verdad y, consecuencialmente, la disminución de condenas injustas o, al menos, arbitrarias y poner de relieve su compatibilidad con la garantía del doble conforme, es también uno de los propósitos de esta investigación.

Finalmente se plantea el modo en que puede desplegarse el control que debe realizar el tribunal superior, con marcado ímpetu en la fiscalización de la plenitud y racionalidad de la justificación de la decisión sobre la prueba.

Cruza todo el presente estudio la finalidad de demostrar la pervivencia en nuestro sistema valorativo del subjetivismo, el que, pese a la profunda reforma que significó implementar el sistema de sana crítica racional que recoge criterios cognoscitivos, se niega a morir y que está presente en el razonamiento del tribunal de fondo como en el de nulidad, configurando una insoslayable coartada a la posibilidad de control aún en la actualidad, por cierto, progresivamente con menor fuerza.

Se pretende con igual intensidad hacer presente el carácter que hoy en día posee el recurso, como garantía de todo condenado en un proceso penal, a fin de que no pueda ser ejecutada la sentencia sin que esta decisión sea revisada integralmente –siendo también objeto de censura la decisión sobre los hechos- por un tribunal distinto y de superior jerarquía que el que decidió la condena.

CAPÍTULO 1:

El control del juicio sobre los hechos

§1. *Apuntes introductorios.* Predicados tales como “...el tribunal ante el cual se realizó el juicio, es soberano para apreciar y valorar la prueba...”¹ o que el recurso de nulidad no puede abarcar la revisión de los hechos, pues no constituye instancia “pues ello importaría transformar el recurso de nulidad en uno de apelación...”² y que el principio de inmediación produce en el tribunal de fondo una convicción que no es susceptible de censura “ni corresponde a este tribunal revisar dicha ponderación o sus fundamentos por ser facultad privativa de los Jueces del Tribunal Oral, en atención al principio de inmediación”³, no parecen ser tan extraños ni tan impropios, sin embargo, este primer capítulo se centrará en el recurso de nulidad entendiendo que, en Chile, es el medio adecuado de control de la decisión de hechos probados.

Nuestro país siguiendo la tradición del derecho europeo continental ha optado por la estrategia de control *ex post*, que implica que puede examinarse la forma en que se ha justificado la decisión sobre la prueba en la motivación, que a su turno, se exige al juez de los hechos.

Es cierto que se ha instaurado en Chile hace relativamente escaso tiempo un sistema de libertad de prueba, pero no es efectivo que sobre tal libertad -comprendida como libertad incontrolada del adjudicador-, sea correcto poner el acento en desmedro de la posibilidad de control, como era sostenido férreamente en las etapas iniciales de la reforma.

A través de citas de decisiones jurisprudenciales se relevarán las tendencias interpretativas que se advierten en la praxis de los tribunales de control, las causas que justificarían una hermenéutica –muy profusa en los albores de la reforma, pero que aún pervive en menor medida- y las consecuencias, que acarrearía sostener esta tendencia y su impacto en el orden de garantías procesales.

¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 28 de febrero de 2007, Rol N° 24-2007.

² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 16 de enero de 2008, Rol N° 2806-2007.

³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 30 de noviembre de 2006, Rol N° 179-2006.

1.- Presentación del problema y su contexto

§2. *Los hechos y la finalidad del derecho.* Una de las funciones principales del derecho es que las personas adecuen su conducta a las normas que el mismo prescribe. Para incentivar la conducta de los ciudadanos, se requiere como condición ineludible que se hayan efectivamente producido los hechos condicionantes para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por las normas. De lo contrario no existirá un real incentivo para el sometimiento a tales prescripciones⁴.

De lo anterior deviene que, en la concepción racionalista de la prueba, el objetivo del proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre lo acaecido, lo que deriva, a su turno, de la asunción por parte de Bentham⁵ –padre de esta teoría- que la finalidad fundamental del derecho procesal es la de ser garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo, en cuanto que todos los infractores del derecho sean sancionados y que sólo ellos lo sean.

Entonces, para que las personas ajusten su conducta a los lineamientos del derecho, resulta fundamental que los hechos se determinen correctamente, pues si existen errores en su fijación, existirán igualmente yerros en la aplicación de la norma a sus destinatarios.

Es preciso, en base a lo reseñado, establecer claramente la metodología adecuada a este objetivo: que los enunciados declarados probados sean verdaderos y los enunciados falsos se declaren no probados.

§3. *Vías de control del juicio de hecho.* Partiendo de la base que el proceso reconoce como su fin la búsqueda de la verdad, es imprescindible entonces distinguir dos vías de control de la calidad epistemológica del establecimiento de la *quaestio facti*: aquellas que tienen lugar *ex ante*, las que de ordinario se contemplan en los sistemas del *common law* y las que entran a operar *ex post*, esto es, a través de los recursos que las legislaciones proveen, y que se despliegan principalmente en el derecho continental.

En los primeros, en los que a menudo la decisión final de absolución o condena no requiere estar justificada ni motivada, se recurre a múltiples reglas que excluyen pruebas relevantes para evitar el peligro de sobrevaloración o elementos de prueba que provoquen impresión en los jurados legos.

⁴ Vid. Bentham, J. *Tratado de las pruebas judiciales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, (traducción de Manuel Osorio Florit), pp. 9 y 10.

⁵ Vid. Bentham, J. pp. 15 y ss.

Existen, por cierto, reglas que limitan la libertad en la deliberación, estableciendo, por ejemplo, reglas de corroboración⁶.

En los sistemas del derecho europeo continental, la estrategia para minimizar los errores, en cambio, consiste en aceptar, *prima facie*, la incorporación de toda prueba relevante y en la remisión para su ponderación a los criterios cognoscitivos generales⁷.

En estos últimos las vías para fiscalizar la calidad epistémica de las conclusiones probatorias a que se arriba, se despliega a través de los recursos procesales que conforme el diseño del sistema, se contemplan para corregir errores en la decisión de tener por probados determinados hechos, y consecuentemente, la decisión de absolución o condena.

Entre los *medios de impugnación*, que es la denominación genérica, es posible distinguir aquéllos que conoce el órgano que resolvió y aquellos que son conocidos por un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior del que dictó la resolución, siendo estos últimos los que se denominan *recursos*.

Los recursos reconocen una subclasificación, entre aquellos que abren una nueva instancia que permite revisar los hechos y el derecho en forma amplia, siendo paradigmático el recurso de apelación y los que constituyen un proceso de impugnación de una resolución judicial ante el grado superior, en general, de la jerarquía judicial, por razones inmanentes al proceso en que dicha resolución fue dictada⁸, fundamentalmente el de casación.

Es procedente, en base a la configuración o diseño de uno y otro medio de impugnación, diferenciar entre recursos de mérito, como la apelación y recursos de legitimidad, como la casación⁹. Los primeros permiten revisar toda la decisión,

⁶ Por ejemplo, en el caso de la confesión retractada para que ésta pueda ser atendida se requiere que se den ciertos supuestos. Vid. Laudan, L. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. (traducción de Edgar Aguilera y Carmen Vázquez), Ed. Marcial Pons. Madrid, 2013, pp. 240 y ss.

⁷ Para Bentham la mejor forma de alcanzar el objetivo de la averiguación de la verdad, es mediante una metodología o sistema “natural” de conocimiento, propia de la epistemología general, y no a través del denominado derecho probatorio, que en la Inglaterra de su época estaba formado por un conjunto de reglas de exclusión, que limitaban las posibilidades de conocimiento. Bentham, J. op. cit. pp. 16 y ss., en el título “El modelo natural de procedimiento legal”. En los sistemas del derecho europeo continental, igualmente existen normas de exclusión de prueba, pero son escasas y su finalidad no es la misma que en los del *common law*, esto es, preservar el contenido epistemológico de la valoración de la prueba. Su *telos* es otro, pues pretenden cautelar valores distintos que se denominan extraepistémicos o incluso contraepistémicos. Vid. Laudan, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de prueba”. (traducción de Raúl Calvo), *Rev. Doxa*, N° 28, año 2005, <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/45703953211236108643679/029104.pdf?incr=1> pp. 96-97.

⁸ Aragonese, P. y Guasp, J. “Los Recursos de casación y extraordinario por infracción procesal”, *Rev. de Derecho procesal*, N° 1-3, año, 2002, p. 164.

⁹ Vid. Taruffo, M. *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, (traducción de Juan Monroy P. y Juan Monroy G.), Ed. Palestra, Lima, 2005, pp. 154 y ss. El control de legitimidad que implica “controlar el

pues organizan el proceso estableciendo dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de tal manera que el segundo examen debe instarse por la parte perjudicada.

Los segundos son concebidos para vigilar la regularidad del enjuiciamiento o, en otros términos, para fiscalizar la legitimidad de la aplicación de la ley. Se atribuye a estos recursos la tarea de asegurar la reacción del ordenamiento contra las violaciones de las normas, que precisamente pondrían en crisis la legalidad del sistema¹⁰.

Las diferenciaciones anteriores se formulan a fin de vincular los medios de impugnación con el propósito ya anunciado de cautelar el correcto establecimiento de los hechos que se declaren probados o, dicho de otro modo, fiscalizar la calidad epistemológica de las conclusiones a que se arribe sobre los hechos a los cuales le será aplicada la norma.

A la categoría de recursos de legitimidad corresponden el recurso de nulidad chileno y la casación, siendo el primero objeto del presente trabajo, a fin de dilucidar si el recurso de nulidad es un medio adecuado e idóneo para controlar los enunciados de contenido fáctico que se han dado por establecidos.

El recurso de nulidad, en Chile fue creado al implementarse la reforma procesal penal en el año 2000, para vigilar la regularidad del enjuiciamiento, al sustituirse el procedimiento inquisitivo.

Las características fundamentales de sistema inquisitivo eran la escrituración, el secreto de las actuaciones y una organización judicial cuyo sesgo principal era la excesiva jerarquización, contemplándose, de este modo, recursos con esa impronta. Tal sistema fue sustituido por otro de corte acusatorio, en que imperan la oralidad, la publicidad y la existencia de recursos de legitimidad, cuya consagración normativa dejó atrás al clásico recurso de mérito que históricamente se concebía en Chile: la apelación, que permitía revisar tanto los hechos como el derecho.

La supresión de un recurso de mérito por uno de legitimidad, que se ha efectuado en función de la oralidad e inmediación, ínsitas en la regulación del juicio oral y público, a fin de privilegiar la eficacia y rapidez de los procesos, no es un fenómeno exclusivo de Chile, pues cruza el concierto latinoamericano,

desarrollo de un específico proceso, en todas sus fases, es decir, de controlar la validez de los presupuestos procesales para la decisión”.

¹⁰ Vid. Taruffo, *El vértice ambiguo...* op. cit. pp. 22 ss. y 145 y ss.

existiendo procesos reformadores de los procedimientos penales, que comenzaron los últimos años del siglo pasado y que todavía están en desarrollo.

§4. *El contexto Latinoamericano.* Prácticamente en toda América Latina, los procesos de recuperación de la democracia en ella surgidos, vinieron acompañados de reformas a los sistemas de justicia¹¹, especialmente en el ámbito penal y el objetivo primordial fue cambiar los sistemas inquisitivos y escritos, por sistemas adversariales y orales, buscándose sustituir el método tradicional de enjuiciamiento a través de la tramitación burocrática del expediente, sin la existencia de un real juicio donde tuviera cabida el principio de contradicción y del juez natural, por otro que garantizara el debido proceso y fuera a la par, más eficiente en la persecución del delito¹².

Los sistemas procesales penales anteriores a los movimientos reformistas tenían un marcado sesgo inquisitivo, que se caracteriza por tener como finalidad el logro de la verdad histórica o real, con lo que consecuentemente se consagraba un sistema de persecución penal de oficio, siendo llevado preferentemente en forma secreta, incluso para los acusados, por medio de un expediente en el que se va dejando constancia escrita de todas las actuaciones y diligencias realizadas y que permiten una vez finalizada la investigación, que un inquisidor resuelva el asunto, reservando para sí las funciones de investigar y resolver, privándolo de cualquier posibilidad de ser imparcial en su decisión final¹³.

En este sistema, los superiores pueden corregir todo lo que los inferiores hubieren decidido, con la ventaja que los superiores deciden sobre la base de la

¹¹ Casi sin excepción, los países de América Latina se han sumado a este proceso de transformación: a la tímida y más bien frustrada reforma concretada en 1991 en el sistema federal argentino, le siguieron cambios de envergadura en Guatemala, en 1994; en Costa Rica y El Salvador, en 1998; Venezuela en 1999; Chile y Paraguay, el 2000; Bolivia, Ecuador y Nicaragua, el 2001; Honduras, el 2002; República Dominicana, el 2004 y Colombia, el 2005. Ello sin considerar las reformas dadas en estados o provincias al interior de países federales como es la Provincia de Buenos Aires en Argentina, el año 1998 y la de Nuevo León en México el año 2004, sumando finalmente nuevos países como Perú en 2006 y las discusiones que se realizan de reformas en los sistemas federales de Argentina y México, a la par de varias de las provincias o estados que componen esos mismos países. Vargas, J. “La Nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica”, *Urvio, Revista Latinoamericana, de Seguridad ciudadana*, N° 3, Quito, enero de 2008, p. 34. Cfr. Ambos, K., Maier, J.B.J. y Woischnik, J. *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000 y Armenta, T. *Sistemas procesales penales*, Ed. marcial Pons, Madrid, 2012. pp. 195 y ss.

¹² Vid. Vargas, J. op. cit. pp. 34-35.

¹³ Es posible indicar que resultan notas preeminentemente características (aunque no exclusivas) del modelo inquisitivo, además, el establecimiento de un sistema de prueba legal o tasada, el hecho de cimentarse en una estructura judicial estrictamente jerarquizada, en la cual los tribunales superiores disponen de una amplia posibilidad de revisar todo lo obrado por los inferiores, por medio del conocimiento del expediente, a través de distintos recursos y mecanismos. Cfr. Duce, M. y Riego, C. *Proceso Penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 41. Cfr. Bachmaier, L. “Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal”, en La misma (ed.) *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Ed Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 11 y ss.

misma información que disponen aquéllos, esto es, los registros escritos o expediente. De allí que fuera primordial el documentar las actuaciones en actas escritas y que, consecuentemente, “el fallo tuviera su única base de convicción en esos protocolos; esa es la única manera de que el tribunal *a quo* y el *ad quem* decidan sobre un mismo objeto (*par conditio*); en otras palabras, de que el caso sea reexaminado desde la misma atalaya o desde la misma base de conocimiento o fuente de información que fundó la decisión”¹⁴.

Lo anterior por cuanto, el diseño de los recursos que contemplaban los sistemas procesales penales latinoamericanos, se vinculan a la tradición inquisitiva heredada de los sistemas procesales coloniales, en que lo principal era la centralización del poder que detentaba férreamente el Papa o el Monarca¹⁵.

Surge entonces el recurso, como vía de control estatal más que como remedio concedido a la parte agraviada, contemplándose en muchos casos el trámite de la consulta, que importaba que en los casos de mayor relevancia, el control estuviera definido de oficio por el sistema.

En este esquema, el recurso paradigmático es el de apelación, mecanismo que en muchos países del ámbito Latinoamericano ha tenido una expresión muy amplia. En él el superior asume la capacidad de revisar lo obrado por el inferior sin quedar limitado, en los casos más extremos, por el contenido del reclamo de la parte que motivó la apelación, siendo además otra de sus características su concepción bilateral,¹⁶ esto es, la posibilidad de recurrir de las sentencias condenatorias, tanto como de las de absolución.

§5. *Los aires renovadores*. Es el debido proceso y el reconocimiento y respeto de las garantías centrales que de él surgen, la principal motivación en torno a la cual nacen las aludidas reformas procesales, para lo que se buscó la instalación de juicios orales, públicos y contradictorios como eje central y

¹⁴ Maier, J. *Derecho Procesal Penal*, Ediciones del Puerto. s.r.l., Buenos Aires, 2004, p. 706.

¹⁵ “Todos los poderes de la soberanía política residían en quien ejercía el poder político central en forma exclusiva: el monarca o el Papa. Conforme a ello, los jueces o inquisidores eran sólo *delegados* del monarca absoluto, quienes estaban obligados a seguir sus reglas y a *devolver* la jurisdicción delegada, por escalones (organización judicial vertical), a quien se las había delegado y que la detentaba originariamente, en definitiva, al monarca, la cúspide del poder político”. Maier, J. *Derecho procesal...* op. cit. p. 706. Vid. Binder, A. *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 289.

¹⁶ Vid. Duce, M. , Fuentes, C. y Riego, C. “Los regímenes recursivos en los sistemas procesales penales acusatorios en Las Américas: Aspectos centrales”, Estudio preparado para el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009. p. 8 http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/5372-informe-los-reg%C3%ADmenes-recursivos-en-los-sistemas-procesales-penales-acusatorios-en-las-am%C3%A9ricas.html

característico del nuevo modelo, pues la audiencia es la instancia en que se materializa el debido proceso y los componentes que lo integran¹⁷.

La oralidad es entonces, un elemento central del debido proceso, lo que implica que al menos en el contexto del Estado de Derecho, en el que esas garantías se han desarrollado, resulta imposible imaginar cada uno de los derechos específicos consagrados en los instrumentos internacionales, “sin referirnos a la idea de una audiencia oral y pública, desarrollada ante un tribunal imparcial por medio de un debate en el que participan el acusador y el acusado, en el cual se formulan cargos, se ejerce el derecho a defensa y se rinde la prueba, en base a lo cual el tribunal puede fundar su decisión”¹⁸. Básicamente la oralidad consiste en una metodología de producción de información y su comunicación entre las partes y entre éstas y el tribunal, lo que supone el uso de la palabra en contraposición al uso de la escritura¹⁹, de tan larga y arraigada utilización en Latinoamérica.

De este modo, el mecanismo central de realización de las garantías del debido proceso es el juicio oral, siendo éste el espacio institucional en el cual se generan las condiciones necesarias para que el conjunto de garantías específicas se desarrolle, por ello, conforme afirma categóricamente Riego, “un sistema de recursos que pretenda ser consistente con estas garantías básicas debe, en primer lugar, constituirse a partir del juicio oral como elemento fundamental del sistema cuya integridad y centralidad debe ser protegida”²⁰.

Resulta insoslayable recalcar que junto con el juicio oral y público, dentro del haz de garantías que constituyen el debido proceso, se concibe igualmente el derecho al recurso, en una dimensión que se aleja diametralmente del recurso jerárquico, con gran raigambre en el diseño procesal penal latinoamericano anterior a las reformas. En efecto, esta garantía prevista en los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, consagran el derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, a fin de obtener que una sentencia, eventualmente errónea, sea corregida.

El problema que surge para las legislaciones del continente es articular el reconocimiento de estos dos derechos, es decir, garantizar el reconocimiento del

¹⁷ Vid. Duce, M. Fuentes, C. y Riego, C. “Los regímenes recursivos...” op. cit. pp. 2 ss.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Riego, C. “El recurso de nulidad en el nuevo sistema procesal penal”, en Alejandro Romero (coord.), *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavorari Oliveros*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 431.

juicio oral por una parte, amén de crear un sistema de corrección de las sentencias erróneas, el cual no puede implicar hacer desaparecer o transformar en letra muerta la oralidad, para dar preeminencia al derecho al recurso²¹.

Es en el marco del juicio oral, público y contradictorio en el cual se despliegan los principales controles del sistema, eminentemente horizontales y recíprocos, entre órganos sin relaciones jerárquicas entre ellos, que operan en un mismo nivel y que se limitan mutuamente producto de la interacción que el proceso y, especialmente, el juicio oral les brinda²².

Siendo esta la configuración del juicio oral, este complejo sistema de interacciones y controles no es en absoluto compatible con un sistema de control vertical, muchas veces de oficio y profundamente jerárquico, cuya mayor expresión es el recurso amplio de apelación o de doble instancia, en que la mera revisión de las actas o el expediente, permite al superior determinar los hechos acaecidos y asignarle valor a las pruebas producidas en el juicio (escrito), de manera distinta al tribunal de mérito²³.

En cambio, en el juicio oral se requiere que las decisiones se tomen sobre la base de la prueba producida en la audiencia y de los debates que en ella tengan lugar, por lo que el recurso de apelación pierde sentido y su mantención afectaría severamente la oralidad y centralidad del juicio, pues si lo verificado en él es traducido a actas escritas, lo central no será lo que ocurra en la audiencia y la prueba rendida en ella, sino que se concentrará en la lectura de las actas y la posibilidad de influir -únicamente en base a las mismas-, en el tribunal superior.

Así, si con posterioridad al juicio, las pruebas pudieren ser revisadas por un tribunal superior que no asistió al juicio, entonces todo el sentido del debate se desvirtúa, pues lo central ya no es lo que ocurra en el juicio -ni la prueba rendida en él-, sino las actas y su lectura²⁴, no pudiendo soslayarse la consideración que los jueces que presenciaron la prueba, se encuentran en una mejor posición epistemológica que aquellos que no lo han hecho -los de segunda instancia-, para pronunciarse sobre la valoración del material fáctico.

²¹ Vid. Duce, M. Fuentes, C. y Riego, C. “Los regímenes recursivos...” op. cit. p. 9.

²² El sistema imperante prereforma en Chile “[s]e consideró incompatible con las bases y principios de un proceso penal asentado en el control horizontal de las actuaciones y decisiones de los diferentes intervinientes que, en la mayoría de los casos, son adoptadas en audiencias orales y públicas, precedidas de una debate previo y contradictorio acerca de las cuestiones a resolver”. Horvitz, M. y otros, *El recurso de nulidad en materia penal. Jurisprudencia de la Corte Suprema, años 2001-2013*, Centro de estudios de la justicia, Universidad de Chile, Santiago, 2015, p. 13.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Vid. Riego, C. “El recurso de nulidad en el...” op. cit. p. 432.

Se afectaría igualmente la centralidad del juicio oral, si debe repetirse el juicio ante el *ad quem*, lo que trae aparejado que el despliegue de recursos humanos y técnicos se torna estéril, pues lo obrado en el “primer juicio oral”, perderá valor, pues la cuestión será resuelta en la “segunda primera instancia”.

Es necesario entonces, concebir un sistema de recursos que concilie el respeto por ambas garantías, el que debe hacerse cargo de la forma en que la información producida en el juicio oral llegue el tribunal superior, permitiendo un control lo más amplio posible, que incluya la revisión del juicio sobre los hechos²⁵.

En los sistemas europeos continentales, que igualmente contemplan desde larga data, procedimientos penales de corte acusatorio, se concibe el recurso de casación como vía de revisión del fallo y del procedimiento que ha precedido a su dictación. El juez de primera instancia ha tenido una observación directa de la prueba y sobre la base de esa observación inmediata ha dictado un fallo, en el que construye los hechos y determina el derecho aplicable al caso, decisión que se materializa en una sentencia que debe estar fundamentada, es decir, debe expresar los razonamientos que le han permitido al juez arribar a ese fallo²⁶.

Surge, entonces, inevitablemente del análisis anterior, la siguiente pregunta: ¿cómo controlar la decisión, sin afectar el principio de inmediación y la centralidad del juicio oral?²⁷.

§6. *El problema que nace con los procesos de reforma.* De lo descrito fluye necesariamente el planteamiento del siguiente problema: en los ordenamientos en que se contempla el sistema de libertad de prueba, en el marco de un proceso acusatorio, ¿es el recurso de legitimidad una vía idónea para garantizar el control del juicio sobre los hechos? Esta cuestión alcanza mayores niveles de complejidad en aquellos casos en que, como el chileno, sólo existe recurso de nulidad para dar cuenta de un *apartamiento manifiesto y arbitrario de la prueba rendida*²⁸, esto es, para lograr la corrección de la racionalidad del juicio de hecho.

Ello ocurre por cuanto, de contemplarse como instancia previa, el recurso de apelación, (el que debería, por cierto, hacerse cargo de la configuración del juicio

²⁵ No puede perderse de vista, la dificultad que implica que el segundo juicio deba realizarse en las mismas condiciones del primero, en cuanto a la preservación y respeto de las garantías involucradas, amén del mayor gasto de recursos y la dilación excesiva de los procesos.

²⁶ Vid. Binder, A. op. cit. p. 291.

²⁷ La casación inicialmente respondió, sin embargo, circunscribiéndose a los casos en que ha existido violación al derecho aplicable, no obstante evidenciado una evolución desde su formulación más tradicional.

²⁸ Expresión utilizada en la tramitación del actual CPP y que dio origen a la consagración del recurso de nulidad.

oral, su centralidad y del principio de inmediación), que como se ha analizado, es un recurso amplio que permite revisar los aspectos de hecho y de derecho, si han existido errores en la apreciación de la prueba y en el establecimiento de los hechos, ellos pueden ser corregidos adecuadamente a través de esta vía ordinaria, por lo que perdería sentido el discutir si el recurso de casación o nulidad es sólo un control de legitimidad, que no puede alcanzar el conocimiento de la *quaestio facti*, o que no puede hacerlo con la profundidad que sea conciliable con la garantía del derecho al recurso.

Resulta palmaria la diferencia en uno u otro caso, en el marco del respeto de las garantías fundamentales ínsitas en el debido proceso, pues si el diseño del sistema de enjuiciamiento penal, sólo concibe alguno de los recursos de legitimidad (casación o nulidad), para la revisión del juicio oral y de la sentencia que es su resultado final, y se le imprime una interpretación que implique la imposibilidad de fiscalizar el establecimiento de las conclusiones probatorias, se vería afectado seriamente el derecho al recurso y, eventualmente, el derecho a la prueba y el derecho a defensa²⁹.

Para articular una respuesta lo más correcta posible, es necesario en primer término realizar un diagnóstico del panorama imperante en Chile, -en que se contempla como cauce para censurar la fijación de los enunciados de contenido fáctico, el defecto de falta de fundamentación- y los efectos que se producirían en mérito de una interpretación restrictiva.

En lo sucesivo nos abocaremos a descubrir si el recurso de nulidad (y su causal de falta o defecto de fundamentación prevista en el artículo 374 letra e) es una de las vías adecuadas para cautelar el establecimiento de los hechos.

I.- El control a posteriori de los enunciados fácticos

§7. *De las distintas formas de concebir el control.* Es insoslayable para contextualizar el presente análisis recordar que existen dos formas o estrategias

²⁹ El TEDH ha condenado al Estado español por no respetar la garantía del derecho al recurso, por ejemplo, en el emblemático caso de Cesáreo Gómez Vázquez contra España, de fecha 20 de julio de 2000, respecto de una resolución de la Audiencia Provincial de Toledo, e igualmente en otros pronunciamientos en el mismo sentido, como el caso de J. Semey contra España, pronunciamiento de fecha 30 de julio de 2003. En el ámbito latinoamericano, también es célebre el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sancionó al estado de Costa Rica por no respetar tal garantía en el caso de Herrera Ulloa con Costa Rica, de 2 de julio de 2004. Cfr. Sobre el primer fallo el completo análisis crítico de Igartua, J. *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

para controlar la calidad epistemológica de la declaración de hechos probados: la que se despliega preferentemente en los sistemas de tradición continental y que tiene lugar después que se ha pronunciado la decisión de condena o absolución y que se plasma a través de los recursos procesales. Esta estrategia que está o debiera estar indisolublemente unida a la exigencia de una exhaustiva motivación y a una concepción débil de la inmediación, será la preocupación central de la presente investigación.

Las estrategias de control de la calidad epistemológica de la decisión de tener por probados determinados hechos, formulada *ex-ante*, tienen su mayor expresión en los sistemas del *common law*, en que el veredicto o decisión sobre la *quaestio facti* no debe ser justificado y que consiste en la exclusión, incluso de pruebas potencialmente relevantes, pero de bajo valor epistemológico o cuya apreciación tienda a la sobrevaloración por causar impresión en los jurados legos o aquellas que, por lo mismo, requieran exigencias adicionales de corroboración³⁰. Por vía ejemplar puede mencionarse el testimonio de oídas o *hearsay rule*, prueba de naturaleza exacerbante o sensacionalista y la prueba confesional y las exigencias adicionales para su admisibilidad.

2.- Casos de estrategias de control *ex ante* en el derecho procesal penal chileno

§8. *Depurar los insumos que van a ser objeto de valoración.* Es necesario contextualizar que en Chile rige el sistema de libertad de prueba, tanto desde el punto de vista de la admisión de los medios de prueba, como desde la perspectiva de su valoración, pues todos los hechos pueden ser probados por cualquier medio de prueba producido e incorporado de conformidad a la ley y podrán ser valorados con libertad³¹.

A pesar que en este sistema la prueba es valorada y los hechos establecidos por jueces letrados, respecto de los cuales recae la obligación de motivar y sujetos a control, igualmente es posible apreciar la existencia de normas que funcionan a

³⁰ Laudan, L. *Verdad, error y proceso...* op. cit. pp. 173 ss. y 240 y ss., en que al autor plantea una visión crítica sobre este tipo de normas.

³¹ “Por *free proof* se entiende que, salvo en el caso que existan normas específicas, la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad, para probar los hechos; esta libertad corresponde a las partes que tienen que poder usar en el proceso cualquier elemento de prueba relevante, y al juez, que tiene que poder determinar los hechos mediante una valoración racional (y, por tanto, no vinculada más que a los cánones de la racionalidad) de las pruebas adquiridas en juicio”. Taruffo, M. *La prueba de los hechos*, (traducción de Jordi Ferrer), Ed. Trotta, Madrid, 2002, pp. 357-358.

priori (por contraposición a los recursos procesales que operan una vez que la decisión está tomada) y cuyo *telos* es garantizar la calidad epistemológica de los medios de prueba que servirán de soporte a los hechos que serán declarados probados³².

Entonces es posible encontrar en los ordenamientos jurídicos de tradición continental, y en el chileno, por cierto, reglas que tienen como fundamento reforzar que la calidad epistemológica de la información que llegará al tribunal de juicio oral sea lo más fidedigna posible.

Es propicio recordar que en Chile existen roles diferenciados entre jueces de garantía que actúan unipersonalmente, correspondiendo a éstos depurar la prueba que será rendida en la audiencia de juicio oral, instancia en que los jueces orales que forman un órgano colegiado, resuelven tener por probados o no los hechos. A éstos últimos les corresponde al juzgamiento de los delitos más graves, cuya pena supere el presidio mayor en su grado mínimo, es decir, para los que se prevea la imposición de penas que excedan de cinco años y un día de presidio mayor.

Para tal cedazo, la regla madre y guía en la labor de los jueces de garantía, es el artículo 276 que establece criterios de (in)admisibilidad de los elementos de juicio, que fundamentalmente se centra en la licitud de la prueba que será rendida en juicio oral, sin embargo está presente igualmente en esta norma un criterio de orden epistemológico que, como fue dicho, es el que debe primar conforme la concepción racionalista de la prueba, esto es la relevancia/pertinencia y que debe ser aplicado en primer término.

§9. *Filtros que funcionan en la etapa de admisibilidad de la prueba.* Es imprescindible recalcar que por sistema de *free proof*, se entiende en términos generales la falta de regulación legal de la prueba, lo que a juicio de Taruffo³³ resulta especialmente trascendente desde cuatro puntos de vista: a) la admisión de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso y, por tanto, está referida a la posibilidad de que las partes utilicen los elementos de prueba relevantes de los que dispongan; b) la

³² Es necesario relevar que igualmente al derecho chileno le interesa proteger otros valores, distintos a la averiguación de la verdad, ejemplo de lo anterior son todas aquellas reglas que excluyen pruebas que afectan garantías fundamentales, como por ejemplo la inviolabilidad del hogar, la intimidad, la honra, etc...., Así entonces, es posible afirmar que el principio de libertad de prueba *-free proof-*, no puede encontrar aplicación absoluta en los ordenamientos jurídicos, operando sólo como principio inspirador, el que debe ser matizado con otros intereses cuya concreción se despliega en normas que integran la reglamentación jurídica de la prueba. Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. p. 358

³³ Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. p. 359.

conformación de la prueba, en que la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye en el proceso y fuera de él; c) la valoración de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando al juez y a las partes, el valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión; y finalmente, d) la elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez, en que la libertad significa que el juez puede buscar libremente los elementos de prueba y no está vinculado por normas sobre la elección de las pruebas que deben fundamentar el juicio de hecho.

De ellos, el que me interesa en este apartado, es el de la admisibilidad, contexto en el cual la legislación procesal puede señalar qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso, en base a determinados criterios, siendo el más importante y el único propiamente epistemológico el de la relevancia.

En la teoría racionalista de la prueba³⁴ constituye un principio básico el que mientras más rico sea el conjunto de elementos de juicio existe mayor probabilidad de acercarse a la verdad³⁵, coherente con el cual el único criterio que debe prevalecer para la finalidad enunciada es el de la relevancia. Este debe, en principio, ser el único filtro para la admisibilidad de la prueba.

Según Taruffo³⁶ entre relevancia y admisibilidad debiera establecerse una prelación, conforme a la cual debe primar la relevancia, pues si una prueba no es relevante, no es útil y resulta banal preguntarse si debería ser admitida. Así, un elemento de juicio es relevante³⁷ para la decisión sobre la prueba de un enunciado fáctico si, y solo si, permite fundar en él (por sí solo o conjuntamente con otros elementos) una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar³⁸.

Sin embargo, la averiguación de la verdad no es el único fin que le interesa preservar al derecho, por lo cual se establecen también como criterios de

³⁴ A la cual, según una interpretación, que igualmente suscribo, parece adscribir el ordenamiento procesal penal chileno, lo que será analizado con más detalle en los acápite y capítulos que suceden a éste.

³⁵ Vid. Ferrer, J. *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 68. Según el autor “cuanta más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión”.

³⁶ Vid. Taruffo, M. *La prueba de los hechos*.... op. cit. p. 364.

³⁷ Taruffo, M. *La prueba*, (traducción de Jordi Ferrer y Laura Manríquez), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 38, epígrafe 20.

³⁸ La relevancia determina lo que se entiende por elemento de prueba, pues “...un hecho o una cosa pueden ser calificados como elementos de prueba en relación con un *factum probandum*, es decir, únicamente en función de la posibilidad de que, a partir de ese hecho o de esa cosa puedan extraerse conclusiones acerca del hecho a probar; más allá de esta correlación existen hechos, cosas, declaraciones, pero no existen elementos de prueba”. Taruffo, M. *La prueba de los hechos*...op. cit. p. 258. Planteamientos similares encontramos en Gascón, quien señala que desde la perspectiva del modelo cognoscitivista, orientado a la averiguación de la verdad, el criterio que rige la investigación sobre los hechos es la búsqueda de información libre y sin restricciones, criterio que tiene expresión en la regla epistemológica siguiente: “cualquier elemento que permita aportar información *relevante* sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse”. Gascón, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 128-129.

admisibilidad, filtros que buscan la preservación de aquellos otros valores, tales como la celeridad en la toma de decisiones, el secreto de las relaciones abogado-cliente, las relaciones de familia y, por cierto, la protección de derechos fundamentales. El reconocimiento y respeto de estos valores, puede implicar un sacrificio epistemológico en cuanto ello puede incidir en la exclusión de prueba relevante, lo que torna el conjunto de elementos de juicio de que se dispone- o con más rigor el subconjunto de elementos de juicio-; más pobre, siendo menores las posibilidades de acercarse a la verdad³⁹.

§10. *Los filtros de orden epistemológico en el derecho positivo chileno. El gran requisito de la pertinencia*⁴⁰. El Código Procesal Penal chileno, al parecer, acoge –eso sí desde una perspectiva negativa- la preeminencia del criterio de la relevancia al prescribir en su artículo 276 lo siguiente: “*Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios*”.

Como fue adelantado, en este sistema el Juez de garantía tiene como rol fundamental en la audiencia de preparación de juicio, determinar qué pruebas en concreto de aquellas ofrecidas por los intervinientes deben ser admitidas a juicio oral, lo que resulta, además, compatible plenamente con la lógica de evitar que el tribunal de juicio oral conozca, aun por vía indirecta, de prueba inadmisibles en juicio.

Entonces, la misión de los juzgados de garantía es conocer de todas las audiencias previas al juicio oral, incluida aquella llamada de preparación de juicio oral, en que se depura el material probatorio y se determina, en una resolución denominada “auto de apertura de juicio oral”, la prueba que va a ser rendida en el juicio propiamente tal, de manera que no existen problemas de contaminación entre el órgano que la valora y aquél que se pronuncia sobre su admisibilidad.

³⁹ Básicamente se pueden agrupar las reglas de exclusión en *reglas de exclusión extrínsecas*, que pretenden cautelar valores diversos a la averiguación de la verdad, por ejemplo las que excluyen pruebas “obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales” según el lenguaje normativo del artículo 276 inciso 3° del CPP y reglas de *exclusión intrínsecas*, que tiene por objeto excluir elementos de prueba de bajo valor epistemológico, que introduzcan en juicio oral información de “mala calidad”. Vid. Damaška, M. *Evidence law adrift*, Yale University Press, New Haven-Londres, 1997, pp. 12 y ss. y Gascón, M. Los hechos...op. cit. pp. 125 y ss.

⁴⁰ Utilizaré indistintamente relevancia o pertinencia, sin perjuicio que este último término es el que utiliza el legislador chileno.

Uno de los criterios que se le impone al juez de garantía para excluir la prueba es, precisamente, el de la pertinencia, que por su ubicación en la norma, al parecer, reviste para el legislador chileno la misma importancia que para los racionalistas, y este filtro es de naturaleza epistemológica pues tiene por objeto garantizar la calidad de los insumos que constituirán la masa de elementos de prueba que serán valorados por el tribunal oral.

Así entonces revisados los medios de prueba ofrecidos por las partes, el juez de garantía tiene por mandato del legislador, la misión de excluir aquellos que no guarden relación con los hechos expresados en la acusación: “manifiestamente impertinentes” en los estrictos términos normativos.

Es necesario relevar que el código no habla únicamente de prueba impertinente sino que agrega este adverbio: “manifiestamente”, lo que quiere decir que ello aparezca de la sola lectura de los escritos de acusación y defensa presentados por las partes en la fase escrita de la etapa de preparación de juicio oral y/o de la defensa verbal presentada por el acusado al inicio de aquella⁴¹.

En términos de Ferrer⁴², al momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio, éste debe ser lo más rico posible o en los de Laudan, los errores judiciales respecto de los hechos disminuirían en la medida en que el juzgador disponga de los elementos de juicio relevantes del caso⁴³, lo que parece ser un principio epistemológico indiscutible: cuanta más información relevante esté a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión.

§11. *El cedazo de la sobreabundancia.* Señalé que conforme la concepción cognoscitivista de la prueba y, en base al principio de racionalidad, cuanto más abundante sea el conjunto de elementos de juicio disponibles, mayor será la probabilidad de determinar la verdad de lo ocurrido⁴⁴, predicado que parece pugnar con el texto del artículo 276, en cuanto en su inciso segundo señala que “*si estimare [el juez de garantía] que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante*

⁴¹ Horvitz, M. y López, J. *Derecho procesal penal Chileno*, Tomo II, Ed. Jurídica, Santiago, 2004, p. 46.

⁴² Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 68.

⁴³ Cfr. Laudan, L. *Verdad, error y proceso penal...* op. cit. pp. 122 y 124.

⁴⁴ Ferrer, J. “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana” en Daniela Accatino (cord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 5.

ellos desearse acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal”.

En efecto en una primera lectura la disposición citada alude a la sobreabundancia (sobreinclusión) al referirse a testigos y documentos que, si declaran en el juicio oral o incorporados en éste, producirán efectos puramente dilatorios, encontrándose en aparente contradicción con aquel principio ya anunciado, que ensalza la bondad de la riqueza de los elementos de juicio, el que debe ser matizado.

Ferrer⁴⁵ se cuestiona en torno a este planteamiento, el por qué una prueba redundante debe ser excluida y si ello debe ocurrir siempre. Para proporcionar luces respecto del problema distingue aquel caso en que dos o más pruebas versan sobre el mismo enunciado fáctico, acreditando directa o indirectamente lo mismo, por ejemplo una prueba testifical pudiera ser sobreabundante en relación a una prueba documental si para acreditar el vínculo de matrimonio, en el caso de un parricidio se ofreciera el certificado del registro civil en que conste el vínculo matrimonial y un testigo que declare que la víctima y el imputado eran cónyuges. En este caso, según el autor a quien se sigue, si podría existir sobreabundancia.

La otra situación que plantea el autor que es recogida en el artículo 276, es el caso en que la sobreabundancia se produzca entre pruebas del mismo tipo – entre testigos o entre documentos-, siendo el caso más habitual el de la reiteración de pruebas testificales. Por ejemplo dos o más testigos (3, 4, 5, 6, 7, 8, etc....) son propuestos para declarar que el marido Juan disparó a su cónyuge María.

Plantea Ferrer que en estas ideas existe una tensión entre la afirmación que indica que el grado de corroboración de una hipótesis aumenta con el número de resultados favorables de la contrastación, lo que provocaría la admisión de prueba sobreabundante, pues ha traspuesto el primer filtro de la relevancia: todos los testigos (2, 3, 4, 5, etc.) son relevantes para acreditar que el marido dio muerte a su cónyuge y la afirmación que la sobreabundancia de información pudiera provocar el “peligro de desborde”, en su tratamiento causado “por la básica limitación humana para el procesamiento de información, así como por la necesidad específicamente jurídico-procesal de dictar una resolución en un plazo

⁴⁵ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. pp. 74 y ss.

limitado”⁴⁶. Plantea, entonces, que es aconsejable desde el punto de vista epistemológico, excluir las pruebas superfluas.

Le generan cuestionamientos al autor en orden a ¿sí todas las pruebas superfluas son redundantes?, y categórico señala que la respuesta es negativa, pues si un testigo declara haber visto a Juan disparar a María con un arma de fuego y un segundo testigo declara lo mismo, su declaración aumenta la fiabilidad de lo declarado por el primero, esto es, aumenta el grado de corroboración de los elementos de juicio y es dable pensar, que el tercer testigo añade igualmente otro grado de corroboración y así sucesivamente, no obstante ello, recalca Ferrer, que se produce una curva en el grado de corroboración aportado, de modo que alude a la existencia de un rendimiento decreciente de las nuevas pruebas a partir de las primeras y en este contexto cada una de ellas aporta un grado de corroboración menor, siendo así, a su juicio, parece aconsejable para evitar el riesgo de desborde de la información establecer un límite a la admisibilidad de las pruebas sobreabundantes de este tipo, el cual debe dejarse a la ponderación del adjudicador⁴⁷.

Es necesario dejar asentado que al parecer el legislador chileno retoma la idea de la pertinencia/relevancia, sin embargo, ello resulta confuso, pues la relevancia constituye el primer filtro epistemológico para el legislador racional, por ende, las pruebas no relevantes no deben ser consideradas, y si son pruebas sobreabundantes es porque está presupuesto que son pertinentes o relevantes, entonces, el criterio aquí debería ser sólo la determinación si son superfluas o redundantes en los términos de Ferrer, ya que si ello ocurre, la sobreabundancia de elementos de juicio producirá efectos dilatorios, y conjuraría contra la calidad cognoscitiva de la información que el elemento de prueba deba rendir en el juicio oral en pro de la averiguación de la verdad, perviviendo el peligro de desborde de la información.

⁴⁶ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 75 cita n.26. Es muy clara la situación que se produce en juicios muy extensos, que han durado incluso meses, no siendo lo habitual, pues la mayoría concluye en unos cuantos días. Resulta de toda lógica, que si el juez de los hechos debe valorar declaraciones testimoniales o periciales que se han rendido hace varias semanas o meses será más complejo, que la ponderación de elementos de prueba que fueron apreciados por él el día anterior o unos escasos días atrás.

⁴⁷ Plantea que aquí puede producirse el problema en cuanto a la determinación de la redundancia/sobreabundancia de la prueba, si no se exige a la parte que las propone justifique su propuesta y la utilidad de las mismas, lo que en el código chileno estaría superado con la exigencia impuesta al acusador e incluso a la defensa, en el caso de ofrecer testimonial y pericial, de señalar los puntos de prueba sobre los que van a declarar en el juicio oral.

3.- La fiscalización de los enunciados facticos a través del recurso de nulidad

§12. *El recurso de nulidad.* Constituye precisamente este instituto, la estrategia por la que ha optado la legislación procesal penal chilena para controlar la corrección de la decisión sobre la prueba.

Para este propósito, se intenta conceptualizar lo que la nulidad, como recurso de legitimidad representa, pues se trata de una institución relativamente joven cuya interpretación comienza a asentarse en la práctica de los tribunales chilenos, a fin de develar si constituye un adecuado cauce para revisar el establecimiento de los hechos.

Para dar cuenta de su interpretación actual por los tribunales superiores chilenos, se analizará la impronta que le imprime la praxis a la concepción de la libre valoración de la prueba y al principio de inmediación.

Pues bien, la forma en que inicialmente se han interpretado estos principios, han consagrado una hermenéutica singular del recurso de nulidad como contralor del juicio de hecho, por lo que los esfuerzos en este capítulo se centrarán en efectuar un diagnóstico de cómo operan los aludidos principios, y su incidencia en el control del núcleo fáctico.

Finalmente se abordará el nuevo orden recursivo, que en Chile, paradójicamente, ha contribuido a la interpretación de que se pretende dar cuenta, pese a que la nulidad fue concebida como un recurso amplio, interpretación que, no obstante, al parecer está siendo dejada de lado en los más recientes pronunciamientos, pero que aún perdura.

Ilustrar estos tópicos con jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y Suprema chilenas, a fin de dotar de un grado de mayor claridad la comprensión de estos temas, es otra de las aspiraciones de este apartado.

§13. *El recurso de nulidad como vía para la censura.* Esta institución⁴⁸, está tratada en Chile en los artículos 372 y siguientes del CPP y ha sido calificada como innovadora.

⁴⁸ El recurso de nulidad puede ser definido, como un recurso extraordinario que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva dictada en procedimiento ordinario, simplificado o de acción penal privada, ante el tribunal que la dictó, con el objeto de que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la *sentencia*, o solamente esta última, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes o cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido en los dispositivo del fallo. Vid. Horvitz, M. y López, J. *Derecho procesal*

Este recurso ha implicado una innovación en el sistema chileno, no solo respecto de los recursos existentes en el antiguo procedimiento, pues se ha desplazado el sistema de la doble instancia como recurso generalizado hacia la concepción del recurso como control de legitimidad del juzgamiento⁴⁹.

Los autores nacionales⁵⁰ concuerdan en que el actual sistema de recursos tiene como rasgo que es muy limitado y supeditado a la idea central de que el juicio oral es único, remitiéndose para ello a los principios de oralidad e inmediación. Su rasgo esencial es que la decisión se adopta en virtud de la prueba percibida directa e inmediatamente por los miembros del tribunal a través de sus propios sentidos, sin la intermediación de ninguna persona. Esto hace que el juicio oral sea, como se ha dicho, único e irrepetible.

Se puede afirmar categóricamente, que el nuevo sistema descansa sobre principios distintos a los que se contemplaban antes de la reforma, los cuales se han agrupado en los siguientes: a) la separación de funciones de investigar, acusar y fallar⁵¹; b) el establecimiento de un juez sentenciador colegiado; c) limitación a la posibilidad de interponer recursos, tanto respecto al número de recursos existentes, como respecto de los legitimados para entablarlos; d) desaparición del conocimiento del asunto en doble instancia como regla general; y e) el establecimiento de los principios de oralidad y concentración como formativos del procedimiento penal⁵².

§14. *La nulidad y el principio de centralidad del juicio oral.* Es relevante, el principio de centralidad del juicio oral y la aspiración por su preservación, fin para el cual se diseñó un conjunto mucho más complejo de órganos y de relaciones entre ellos. A partir de este diseño, el sistema de controles de la actuación de cada uno de los funcionarios que interviene viene dado, a su vez, por la intervención de los otros en las distintas etapas del procedimiento, las que han sido diseñadas con el objetivo de evitar la concentración de facultades y lograr que cada una de las

penal... op. cit. p. 402 y Rieutord, A. *El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal*, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 11. Vid. Correa, J. *Recursos procesales penales*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2005.

⁴⁹ Vid. Echeverría, G. *La garantía de la igual aplicación de la ley penal*, Ed. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp.105 y ss.

⁵⁰ Carocca, A. *El nuevo sistema procesal penal*, Ed. Jurídica La Ley, Santiago, 2003, p. 269 y *El nuevo sistema procesal penal*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 263 y vid. Cerda, R. *Etapa intermedia, juicio oral y recursos*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2003, p. 266.

⁵¹ Antes del año 2000, el sistema procesal penal chileno era de naturaleza inquisitiva y agrupaba en un sólo juez las facultades de investigar, acusar y adjudicar, por lo que el principio de separación de funciones -que pudiera parecer obvio- no lo es tanto en el contexto histórico chileno.

⁵² Vid. Otero, M. *Código Procesal Penal*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2002, p. 123.

decisiones de relevancia sea objeto de consideración por más de uno de los órganos del sistema, así como de un debate previo con la mayor transparencia posible⁵³.

Señala Gonzalo Cortez que por otro lado, habiéndose concebido históricamente el sistema de doble grado de jurisdicción como un mecanismo compensatorio de las imperfecciones de una primera instancia en manos de un tribunal unipersonal, esta necesidad desaparecía desde el momento en que el juicio oral es conocido por un tribunal de carácter colegiado⁵⁴, que por cierto, proporciona mayores garantías de acierto en la decisión.

El recurso de nulidad se estructura sobre la base de dos cauces de procedencia, por una parte se han establecido las causales que tienen que ver con el respeto de los derechos y garantías procesales durante el desarrollo del proceso y por otra aquellas que genéricamente dicen relación con la errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Cabe destacar que el segundo cauce se refiere a la errónea aplicación de derecho no de la ley, siendo su concepción más amplia por incluir otras fuentes formales del derecho como la Carta Política o los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile⁵⁵.

Se recoge de esta manera una serie de causales relativas a motivos absolutos de nulidad referidas a infracción de garantías que el legislador ha considerado de relevancia y que se consignan así –motivos absolutos- porque la ley no requiere que el recurso se prepare, es decir, no se impone a la parte perjudicada, la carga de reclamar del vicio con anticipación, por los medios que franquea a la ley. Respecto de ellos se ha afirmado que son “una categoría especial de causal (motivo) que no responde a los clásicos *in procedendo* o *in judicando*”⁵⁶.

⁵³ Vid. Cortez, G. *El recurso de nulidad. Doctrina y jurisprudencia*. Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 28 y Riego, C. op. cit. p. 432.

⁵⁴ Cortez, G. op. cit. pp. 29. “A los tribunales colegiados se les reconoce una mayor garantía de calidad de juicio, por eso suele atribuírseles competencia para conocer de los juicios de otros jueces o tribunales y/o de los asuntos de más complejidad. Esa presunción de mayor calidad de juicio está en función, precisamente, de la dialéctica crítica que posibilita la pluralidad de sujetos que concurre al enjuiciamiento”. Andrés, P. “De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 22, febrero, 1994, p. 91.

⁵⁵ “Este recurso de nulidad, (...) según ya aparece del nombre y lo confirman sus causales, principalmente defiende la regularidad formal del enjuiciamiento, por vía de alcanzar la invalidación de los actos –incluso la sentencia- cuando son el resultado de un procedimiento viciado”. Tavorlari, R. *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p.202.

⁵⁶ Vid. Del Río, C. “Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad (II)”, *Rev. de Derecho U. Católica del Norte*, n. 9, enero-junio, 2002.

Para los efectos de nuestro trabajo es fundamental relevar la importancia del motivo absoluto de nulidad previsto en la letra e) del artículo 374 del CPP, el cual señala que: *“El juicio y la sentencia serán siempre anulados: e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido algunos de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”*.

Por su parte, el artículo aludido se refiere al contenido de la sentencia y señala: *“La sentencia definitiva contendrá: c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;”*

Las letras d) y e) se refieren a la calificación jurídica y a la decisión de condena o absolución, respectivamente.

Es necesario, para un adecuado estudio del sistema recursivo chileno, determinar quién es el llamado por la ley para conocer de las causales de nulidad que se contemplan en el artículo 374 y también en el artículo 373 del CPP. En efecto esta última disposición señala que: *“Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*.

Sobre el particular la ley procesal prescribe que el conocimiento del recurso que se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra a), corresponderá a la Corte Suprema y que las Cortes de Apelaciones conocerán de los recursos que se fundaren en las causales señaladas en el artículo 373 letra b) y en el artículo 374.

Esta distribución de competencias da cuenta de un sistema de roles diferenciados entre las Cortes de Apelaciones y el máximo tribunal. En las materias vinculadas a las infracciones de las garantías fundamentales, la Corte Suprema está llamada a conocer en todos aquellos casos que el legislador no ha definido expresamente como una infracción de las mismas (art. 373 CPP letra a), lo que requiere su delimitación y configuración por el máximo tribunal, en cambio en aquellos casos en que el legislador ha señalado de antemano que existe infracción al debido proceso y cuya existencia debe conducir siempre a la

anulación del juicio y la sentencia, se ha reservado el conocimiento a las Cortes de Apelaciones (arts. 374, 373 letra b) y 376 inc. 2° CPP). En estas últimas situaciones la tarea consiste en comprobar si, efectivamente, en el juicio y/o la sentencia se produjo alguno de los eventos descritos en el artículo 374. Si así hubiere ocurrido, el juicio y la sentencia son siempre nulos, ya que la Corte no debe ponderar si ha existido o no infracción de garantías fundamentales, pues tal ponderación fue preestablecida por el legislador,⁵⁷ sin perjuicio que debe valorar si la infracción es de tal entidad que influya en lo dispositivo del fallo.

El legislador, en cambio, exige una valoración adicional a la Corte Suprema, pues para que ella anule el juicio y la sentencia es preciso que constate que en el proceso se incurrió en una infracción de derechos o garantías, y asimismo, que tal infracción los afectó sustancialmente⁵⁸.

Es trascendente esta distinción pues la materia que nos preocupa, es decir el control que puedan hacer las Cortes sobre el establecimiento de los hechos probados y su fundamentación, a nuestro juicio, encuentra normalmente su cauce a través del motivo absoluto de nulidad previsto en el artículo 374 letra e)⁵⁹. Esta será la vía más recurrida e indiscutida para reclamar de la inexistente, insuficiente o defectuosa fundamentación, aunque existe una propuesta en torno a la posibilidad de concebir igualmente un recurso de nulidad que incida en el establecimiento de los hechos probados por una vía distinta, de la que nos haremos cargo en su oportunidad.

§15. Debates en torno al recurso apropiado en el nuevo orden procesal. Es necesario traer a colación que al instaurarse el actual sistema de impugnación, se ha sostenido para propugnar la supresión de la apelación como viable recurso contra la sentencia del tribunal oral, que su consagración importaría vulnerar los principios de inmediación-oralidad y de centralidad del juicio oral.

Igualmente para este mismo fin, se ha sostenido que otorgar el conocimiento del recurso al superior jerárquico mediante un recurso ordinario y amplio -como la apelación- implicaría privilegiar la decisión del tribunal menos informado por sobre la de aquél que concurrió al juicio y apreció la prueba, es decir, el más informado.

⁵⁷ Vid. Bofill, J. "Comentarios de jurisprudencia procesal penal", *Rev. de Derecho. U. Adolfo Ibáñez*, n 2:2005, p. 689.

⁵⁸ Vid. Bofill, J. op. cit. p. 690.

⁵⁹ Esto es, si en la sentencia no se contuviere la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297.

Ilustra la polémica que se originó en torno al tema, lo verificado en la tramitación del Código de enjuiciamiento penal, de lo que aparece que la Comisión de Constitución Legislación y Justicia y Reglamento del Senado, antes de tomar su decisión respecto de la eliminación de la apelación, determinó oír a expertos sobre la materia. Así, Pereira Anabalón⁶⁰ fue de la opinión de mantener el recurso de apelación por cuanto la implantación de la única instancia en el proceso oral no se muestra acorde con las modernas orientaciones doctrinarias y de derecho comparado hoy vigentes. Agregó que los tratados internacionales en general y, en especial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponen el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior y deduce que este medio es el recurso ordinario universal –apelación- y no un recurso extraordinario, de derecho estricto como es la casación.

Por su parte, Riego y Tavolari sostuvieron una opinión distinta, por cuanto señalan que son dos tesis básicas las que están detrás del proyecto, la primera de ellas es que la apelación se entendería como el recurso amplio, como un recurso jerárquico, en que el tribunal superior tiene amplitud de conocimiento sobre todos los aspectos del proceso de primera instancia, lo que es completamente contrario a la idea de un juicio oral y a todos los principios que le informan. Reafirman su predicado en el sentido que la apelación supone la repetición del juicio oral, lo que contraría el principio de oralidad e inmediatez porque la apelación así concebida no está exigida en los Pactos Internacionales o en las garantías del debido proceso por la Constitución, sobre lo que concluyen que constitucionalmente no es exigible sólo el recurso de apelación y que es perfectamente posible sustituir la apelación por la casación⁶¹.

Es necesario, para abordar este tema, recordar que en el antiguo sistema procesal penal existía una concepción intensamente jerárquica del Poder Judicial y, especialmente, de los recursos lo que es una herencia directa de nuestro sistema de justicia colonial, en que la jurisdicción provenía directamente del Monarca, la que éste delegaba en sus subalternos, por lo que se concedía a los justiciables la facultad automática de acudir al funcionario superior y así

⁶⁰ Vid. pie de página nota 107 de Otero, M. op. cit. p.119; Tavolari, M. “Los recursos en el Nuevo Código Procesal Penal chileno”, *Rev. de Derecho Procesal. Facultad de Derecho U. de Chile*, Santiago, año 2005, N° 20, p. 401, cita 27, Pereira, H. “Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal”, *Rev. Gaceta Jurídica*, n. 233, nov, 1999, http://www.diariooficial.cl/actualidad/relacion/proceso_penal.html . Actualidad Jurídica, Base de Datos del Diario Oficial; Pfeffer, E. *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 367 y Cortez, G. op. cit. p. 20.

⁶¹ Vid. pie de página nota 107 de Otero, M. op. cit. p. 119; Tavolari, R. “Los recurso en el nuevo Código...” op. cit. p. 401, Pereira, H. op. cit., Pfeffer, E., op. cit. p. 367 y Cortez, G. op. cit., p. 20.

sucesivamente hasta llegar en ciertos casos, por la cuantía o situación personal de algunos interesados al propio Monarca⁶².

De esta forma existía un control eminentemente vertical de las resoluciones que adoptaban los jueces inferiores por el superior jerárquico y precisamente en base a la escrituración y la jerarquía que “constituyen las dos caras de un modelo diseñado para permitir que los órganos de la cúspide de la pirámide herederos republicanos de los órganos burocráticos superiores de la monarquía, puedan controlar de manera estricta el desempeño de los inferiores”⁶³,

Sobre este tópico puntualiza Damaška⁶⁴ es necesario dejar asentado que el rasgo jerárquico presente en algunos sistemas continentales se remonta a la Iglesia Romana. Así señala, “[c]omo en la jerarquía de los ángeles, la superioridad de los funcionarios aumenta en proporción con la mayor amplitud de sus conocimientos” agregando que “[l]a referencia a una jerarquización celestial no es remota. El aparato judicial continental fue desarrollado en la Iglesia de Roma, de cuyas ideas sobre la apropiada organización de la autoridad terrenal se creía que reflejaba el orden celestial”.

Dentro de esta concepción jerárquica se asumía acriticamente que el tribunal superior está en mejor posición para resolver el asunto que el inferior, -lo que es una nota distintiva de todas las judicaturas de tradición continental⁶⁵-. En efecto y sólo sobre la base de la jerarquía se consideraba que los tribunales superiores – las Cortes- se encontraban en mejor pie para resolver las cuestiones controvertidas.

⁶² Carocca, A. “Recursos en el nuevo sistema procesal penal” en VVAA, *Nuevo proceso penal*, Ed. Jurídica ConoSur Ltda. Santiago 2000, p. 300.

⁶³ Riego, C. op. cit. p. 430.

⁶⁴ Damaška, M. *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, (traducción de Andrea Morales), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 40 y nota 3. “Quien detentaba la potestad jurisdiccional era el soberano absoluto en virtud de una imposición divina, que a su vez delegaba en sus jueces y magistrados el ejercicio de tal potestad, aunque conservando su titularidad y el control sobre las decisiones de sus delegados. Si la legitimidad de la actividad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado le era concedido a los jueces por Dios, a través de la delegación del soberano, sus decisiones debían considerarse justas y, por lo tanto, no requerían ser fundadas. Un ataque a las sentencias constituía, en ese sentido, un ataque a la autoridad de los jueces y del monarca, en definitiva un ataque a Dios”. Malem Seña, J. “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, *Rev. Doxa, Cuadernos de filosofía de derecho*, N° 24, 2001, pp. 8-9. <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD25822332.pdf>

⁶⁵ “La señal distintiva de tales procedimientos jerárquicos es que se han estructurado como una sucesión de etapas, que se revelan ante funcionarios encerrados en una cadena de subordinación. La decisión inicial no es un punto focal, que ensombrezca la importancia de lo que precediera o lo que pueda seguir. El expediente del caso es el nervio central de todo proceso, que integra los distintos niveles de toma de decisión. Si cuando un caso se mueve de un nivel a otro, la información contenida en el registro escrito es negada a los funcionarios, el proceso jerárquico podría perder orientación. La ecuación de la actividad procesal con la acción bajo supervisión oficial es también típica de los procesos jerárquicos”. Damaška, M. *Las caras de...* op. cit. p. 101.

Sobre el particular se ha comentado por Damaška⁶⁶ que en este tipo de sistemas, “...hay un fuerte sentido de orden y un deseo de uniformidad: idealmente todos marchan siguiendo el ritmo de un solo tambor”.

Sin embargo estas afirmaciones deben ser matizadas, pues no debe asumirse que por el sólo hecho que un tribunal detente una posición jerárquicamente superior está en mejor condición epistemológica para resolver el asunto, pues si se trata de justificar lo que el testigo dijo o cómo lo dijo, el tribunal inferior está en mejores condiciones epistemológicas, pues percibe directamente estos aspectos, no hay transmisión de la información. Pero si se trata de juzgar la justificación de las inferencias que el o los jueces realicen a través de lo que el testigo ha dicho, el tribunal *ad quem* está igualmente capacitado que el *a quo* para realizar el juicio sobre la justificación de las correspondientes inferencias, lo que se verá en la motivación que está, a su turno, obligado a realizar.

Por otra parte, el recurso juega un insoslayable rol de control epistemológico de la decisión sobre los hechos declarados probados, pues a través del recurso el sistema auto corrige los errores⁶⁷, ya sea respecto de las condenas erróneas como de los veredictos absolutorios, pues así está concebido el recurso de nulidad en Chile.

Es necesario reiterar que, en su antípoda, el actual sistema implica la existencia de controles horizontales, pues cada decisión es controlada por los intervinientes que se encuentran en situación de igualdad. Se ha buscado instaurar, a fin de diferenciarse del antiguo sistema de control vertical y jerárquico, “una visión parietaria y horizontal, en que el control de la sentencia no viniera dado por la revisión del superior jerárquico, sino que por el control horizontal efectuado por los intervinientes entre sí en el marco de un juicio oral”⁶⁸.

⁶⁶ Damaška, M. *Las caras de...* op. cit. p. 39.

⁶⁷ Cfr. Laudan, L. “Detectar errores y aprender de ellos” en Juan Cruz Pacero y Larry Laudan (compiladores), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, (traducción de Martha Uruchurtu), Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones filosóficas, México D.F., 2010, pp.116 y ss. indica este autor: “Uno aprende de sus errores no sólo que los comete, sino también que lo más probable es que su incidencia fue consecuencia del uso de ciertas reglas o procedimientos susceptibles ellos mismos de revisión y modificación. Esto significa *aprender a aprender*”.

⁶⁸ Maturana, J. *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. Ed. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 409. “Se trata en consecuencia de un sistema de controles horizontales, esto es, de órganos sin relación jerárquica entre ellos, que operan en un mismo nivel y que se limitan mutuamente como producto de su interacción en el marco del juicio. De este modo los fiscales, que son quienes encarnan el poder persecutorio estatal, son controlados en su actuación fundamentalmente por los jueces y defensores, los jueces por su parte actúan limitados y controlados por las partes. El defensor es controlado por el juez, el fiscal, por su propio cliente, y finalmente todos son sometidos a un intenso control por medio de su exposición pública”. Duce, M. y Riego, C. *Proceso penal...* op. cit. p. 506.

§16. *Recurso de nulidad: por diseño, protector de garantías.* La consideración del recurso, que deja de entenderlo como la consecuencia necesaria de la subordinación jerárquica, es lo que justifica la supresión de la apelación y el rechazo de la idea de repetición del juicio ante el superior jerárquico.

No obstante ello, se formuló una propuesta para no desechar el recurso amplio de apelación, la que está basada en la posibilidad de apoyo en medios audiovisuales que permitirían reproducir ante el *ad quem* la integridad del juicio oral o bien la realización de un nuevo juicio oral ante aquél –una segunda primera instancia-, sobre la base del cual pudiese el superior confirmar o revocar la decisión original, revisando todas aquellas cuestiones debatidas, incluso las de hecho.

Sin embargo, respecto de esta última propuesta es válido preguntarse ¿para qué el despliegue de medios humanos y materiales frente al tribunal oral si ello, ante la posibilidad de repetir el juicio, se tornaría en absolutamente banal?.

La solución a esta interrogante surge precisamente de la configuración del nuevo sistema de recursos que pone el énfasis en el diseño del procedimiento, que centra la posibilidad de obtener resultados -en la mayor medida posible- correctos, en la satisfacción de las exigencias del debido proceso y, entre ellas, en el derecho a defensa y en el principio de contradicción, que atribuyen un rol central al control interno y recíproco de las partes en el proceso.

Así las cosas, no existe ninguna razón para preferir el juicio que se realiza ante el superior jerárquico, en que por lo demás no se dan con la intensidad deseada el principio de contradicción y el derecho a defensa, que reconocen su mejor desarrollo en el juicio oral propiamente tal, por cuanto es en esta instancia en que se despliega de lleno la metodología falsacionista o acusatoria, toda vez que las partes, normalmente acusación y defensa, les corresponde la carga de la prueba de la acusación y la refutación, respectivamente, y al juez como tercero imparcial, le corresponde la decisión.

Esta metodología rige plenamente en el juicio oral y presupone tres condiciones: una separación neta entre funciones de acusación y fallo, requisito que garantiza la imparcialidad del tribunal que juzga; la carga de la prueba que corresponde al acusador y el derecho a defensa que en el juicio asume el carácter de contradicción o refutación⁶⁹.

⁶⁹ Horvitz, M. y López, J. *Derecho Procesal Penal*.... op. cit. p. 231.

Entonces, si el juicio que se realiza ante el superior jerárquico consiste únicamente en la reproducción de registros de audio o grabaciones íntegras de lo obrado en el juicio oral, deviene natural que se debiliten los principios aludidos toda vez que no podrá desplegarse adecuadamente la refutación o, más genéricamente el contradictorio y, consecuentemente, el derecho a defensa que implica desacreditar la hipótesis sostenida por el acusador. Si la repetición ante el tribunal *ad quem* consiste en la realización de un nuevo juicio, las partes se verán tentadas a debilitar sus esfuerzos en el despliegue de las aludidas garantías, pues potencialmente lo que en realidad valdrá será lo obrado ante el superior, debilitándose igualmente el derecho a defensa y el contradictorio.

Lo anterior resulta coherente, si se piensa que las sentencias de los tribunales orales “habrán sido dictadas por tres jueces de Derecho, al término de un juicio público, rodeado de garantías para todas las partes, lo cual deberá reducir significativamente las posibilidades de error e incorrección”⁷⁰.

Dentro del conjunto de controles horizontales pierde significación la fiscalización que pueda hacer un órgano distinto de superior jerarquía, pues ello pugna notoriamente con la idea de centralidad del juicio oral y con el filtro que proporciona, al producto que surja de los debates que tienen lugar en el juicio oral, la existencia de contradictorio.

Se ha señalado con acierto, que si el objetivo básico de la reforma es la introducción del juicio oral, por lo que resulta evidente que no se requerirá el mismo y profuso régimen de recursos que se contemplaba en el sistema anterior, sino que sus fundamentos han de ser distintos y su procedencia mucho más reducida. Ello por cuanto el nuevo recurso de nulidad chileno está fuertemente marcado por el deseo de dejar atrás el antiguo recurso de apelación⁷¹, que no presentaba grandes exigencias formales y permitía la máxima revisión de los hechos y el derecho, al posibilitar un control de mérito que podía extenderse a cualquier cuestión pertinente comprendida en la causa, aunque no hubiera recaído discusión sobre ella, ni se hallare comprendida en la sentencia de primera

⁷⁰ Vid. Pfeffer, E. op. cit. p. 369.

⁷¹ Así queda de manifiesto en el propio mensaje por el cual el ejecutivo envió al congreso el proyecto de nuevo Código Procesal Penal que señalaba expresamente: “*La concepción básica que inspira el régimen de recursos que el proyecto propone implica un radical cambio en el sistema de controles de la actividad de los jueces penales. El modelo vigente funciona sobre la base de un muy intenso sistema de controles verticales. Prácticamente todas las decisiones de relevancia que un juez del crimen adopta son objeto de revisión, incluso sin reclamación de parte, por sus superiores jerárquicos. Este sistema que se explica históricamente por la necesidad de controlar a un órgano único en primera instancia, con exceso de atribuciones, ha contribuido fuertemente a la irracionalidad administrativa del sistema, a la desvalorización de las decisiones del juez individual y a las ya mencionadas burocratización y pérdida de la individualidad de la función judicial y su proyección pública*”.

instancia, lo que ponía de manifiesto la visión jerárquica y vertical que se tenía del control, el que permitía la revisión ante la ausencia de petición de parte mediante la consulta y *la reformatio in peius*⁷².

Por otra parte, se entendió en Chile que los recursos admisibles, en un sistema en que la centralidad del juicio oral es incontrastable, son aquellos cuya finalidad no sea la alteración de los hechos tal y como se han dado por establecidos por el tribunal de instancia sobre la base de lo que los jueces han visto y oído directamente por sus propios sentidos sin ningún tipo de intermediación⁷³.

Así, se suele afirmar, el juicio oral no se aviene con una multiplicidad de recursos y menos con aquellos que confieren competencia plena al superior para conocer de todas las cuestiones debatidas, tanto de hecho como de derecho, sin embargo esta afirmación puede ser matizada, por cuanto es posible concebir la apelación en un sistema de juicio oral y público, como ocurre en España⁷⁴, pero en este caso el recurso de apelación deberá hacerse cargo de los principios que informan el juicio oral como son, entre otros, la inmediación y la oralidad.

Sin embargo, se suele señalar que en virtud de los mencionados principios, la apelación tradicional no puede compatibilizarse con el juicio oral, pues ésta presupone un mecanismo que permite la revisión amplia, esto es, el sistema escrito o expediente judicial, el que ya no existe en el sistema oral o no cumple el mismo fin.

En el sistema de juicio oral, “la fuente de información para las decisiones pasa a ser el contenido de las audiencias de juicio. Lo que los medios de prueba dicen o niegan, sometidos al control de las partes y percibidos directamente por el juez, será ahora la base de información del fallo”⁷⁵, así las cosas el método tradicional de la apelación exigiría traducir lo obrado en el juicio oral a actas y que

⁷² Maturana, J. op. cit. pp. 408 y 409.

⁷³ Cortez, G. op. cit. p. 28.

⁷⁴ En España se efectuó una modificación legal a fin de hacerse cargo de la advertencia efectuada al Estado español por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (en los casos Cesáreo Gómez Vázquez de 20 de julio de 2000 y Joseph Semey de 30 de julio de 2003) por el incumplimiento de la garantía del derecho al recurso y los dictados de la doctrina procesal penal internacional, a través de la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, de reforma a la LOPJ, que establece la generalización de la segunda instancia penal, atribuyendo - en su artículo 73- el conocimiento como Sala de lo Penal, de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previsto por las leyes. Se creó además la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, que conocerá de los recursos de esta clase contra las resoluciones de la Sala de lo Penal. Sin embargo se otorgaba en la misma ley el plazo de un año para adecuar la ley de procedimiento a aquella disposición, lo que hasta hoy no ha ocurrido. Vid. Tapia, I. *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal, Presente y futuro*, Cuadernos Civitas. Ed Thomson Reuters, Pamplona, 2011. pp. 23 y ss.

⁷⁵ Duce, M. y Riego, C. *Proceso penal...* op. cit. p. 507.

el tribunal *ad quem* decidiera sobre la base de la lectura de las mismas, lo que supondría volver al sistema escrito y lo más relevante, desaparecería o, al menos, se debilitaría el sistema de controles que el juicio supone⁷⁶, según fue analizado.

De este modo si rige igualmente un sistema de doble instancia, “el respeto de la cláusula del ‘*fair trial*’, obliga a la reproducción de la misma base de información del juicio oral ante un tribunal superior, lo que supondría la repetición completa del juicio cada vez que se recurriera de la decisión”⁷⁷, lo que no resulta viable por el gasto de recursos humanos y materiales que ello conlleva.

En algunos sistemas en que existe la llamada apelación amplia, se contempla la repetición del juicio ante el tribunal superior como ocurre en Alemania, donde se permite una apelación amplia frente a los fallos de tribunales unipersonales (Tribunal Municipal) y del Tribunal de Escabinos (ambos conociendo infracciones de menor entidad)⁷⁸. En cambio en los sistemas de apelación limitada o tradicional, no es admisible repetir el juicio, y el examen solo se podrá llevar a cabo mediante el examen de actas escritas⁷⁹.

Puede afirmarse que, en principio, los recursos compatibles con el juicio oral son aquellos que no buscan cambiar los hechos que se han establecido como resultado de las audiencias, sino que son recursos de derecho, que tienen por objeto controlar que el juicio se haya celebrado con regularidad respetando las reglas básicas, traducidas fundamentalmente en garantías de orden procesal⁸⁰, esto es, la oralidad, la inmediación -entendida como la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales en el *iter* del juicio oral- y la existencia de una motivación exenta de patologías⁸¹, pues si se exige como condición ineludible la existencia de un juicio oral y público como fundamento de la sentencia, con apego a estas garantías, entonces cualquier posibilidad de nuevo examen amplio por un tribunal que no estuvo presente en el juicio pasa por un nuevo juicio, cuya decisión se fundará en los actos ocurridos en él y no en el juicio llevado a cabo anteriormente⁸².

⁷⁶ Vid. *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Vid. Bacigalupo, E. *Derecho penal y el Estado de Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 258, Duce, M. y Riego, C. *Proceso penal...* op. cit. p. 607 y Roxin, C. *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, s.r.l. Buenos Aires, 2000, pp. 460-461.

⁷⁹ Vid. Bacigalupo, E. *Derecho penal...* op. cit. pp. 259 y ss.

⁸⁰ Vid. Carocca, A. “Recursos en el nuevo...” op. cit. pp. 307-308.

⁸¹ Lo que está recogido en el artículo 374 del CPP, que consagra como motivos absolutos de nulidad la infracción a garantías de orden procesal, como las mencionadas.

⁸² Maier, J. op. cit. p. 719. Agrega el autor que “[c]on prescindencia de las desventajas de un nuevo juicio – que le dieron pie a Binding para firmar que autorizar la apelación es preferir al tribunal peor informado, en razón de la distancia temporal hacia los hechos de los debates respectivos-, lo cierto es que este nuevo juicio,

Lo fundamental entonces, en la concepción de la centralidad del juicio oral, es que éste es único e irrepetible, además de “expresión encaminada a reforzar su rol no sólo de núcleo principal del enjuiciamiento sino su condición de suprema garantía ofrecida por el sistema a los justiciables...”⁸³, es por ello entonces, que la existencia de controles horizontales entre las partes permiten que el juicio oral preserve las garantías del debido proceso lo más incólumes posible y se instituye como expresión superlativa del derecho a defensa y del principio de contradicción, lo que explicaría razonablemente que, aun cuando sea posible concebir la reproducción ante el tribunal superior por los medios que la tecnología provee o su repetición íntegra, ante el referido tribunal no es el recurso de apelación el que resulte más compatible o se avenga mejor a los principios y fines mencionados, propios del sistema acusatorio.

§17. *El recurso de nulidad concebido como un recurso amplio.* Es necesario hacer hincapié en este aspecto, pues el nacimiento del recurso de nulidad no fue pacífico, produciéndose una ardua discusión en el parlamento respecto de cuál era la vía idónea para la impugnación de la sentencia penal, centrándose las discrepancias fundamentalmente en torno a la valoración de la prueba, su intangibilidad o posibilidad de ser controlada por algún cauce de impugnación⁸⁴.

En efecto, en el mensaje de fecha 9 de junio de 1995, por el que S.E. el Presidente de la República remite un proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Penal, se advierte que el recurso originalmente concebido era el de casación.

En él se contemplaba un recurso que se concedía para los casos en que la sentencia se basara en la infracción de una disposición de carácter legal o constitucional. Este recurso de casación fue mantenido, con modificaciones por la Cámara de Diputados, la que ante los intensos debates que se produjeron respecto de la consagración del recurso de apelación o del de casación en el nuevo código, creó, además, un recurso para aquellos casos en que *la sentencia se aparte manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida*, el que denominó

concebido de esa manera, no representa un reexamen del anterior o de su resultado, sino, por el contrario, una segunda ‘primera instancia’, cuyo resultado (sentencia) –acertado o desacertado- depende, exclusivamente, de su propio debate, que le sirve de base. Conforme a ello es posible pensar, incluso, que ambas decisiones pueden ser acertadas o desacertadas, juicio para el cual cada una de las sentencias comparece ante su propio debate y que, al menos sobre los hechos, sólo puede pronunciar un observador presente en cada uno de los debates”.

⁸³ Tavorari, R. “Los recursos en el nuevo...” op. cit. p. 395.

⁸⁴ Un desarrollo más acabado de la historia del establecimiento del recurso de nulidad, Vid. Araya, M. *Los hechos en el recurso de nulidad en materia penal*, Ed. Legal Publising, Santiago, 2011, pp. 14 y ss.

recurso extraordinario, eliminando así la causal de casación contenida en el proyecto original del Ejecutivo por apartamiento de la evidencia, que procedía, precisamente, cuando las conclusiones de hecho de la sentencia definitiva dictada en el juicio oral fueren arbitrarias por desligarse de modo notorio de la prueba rendida en la audiencia⁸⁵.

Su intención fue liberar de alguna carga de trabajo a la Corte Suprema, pues estableció que el tribunal competente para conocer del recurso extraordinario sería la Corte de Apelaciones respectiva, reservando el conocimiento del Recurso de Casación al máximo tribunal⁸⁶.

En los acalorados debates que se produjeron en la génesis del recurso de nulidad siempre estuvo presente, que este instituto se erigiera en un medio viable para corregir la errónea valoración de la prueba y se puso el énfasis en su carácter de recurso amplio para cubrir aquellos espacios en que la casación –en su interpretación anquilosada y tradicional- no fuera suficiente.

Frente a este gran debate que se dio con participación del mundo académico y judicial, se decidió la eliminación de los recursos extraordinario y de casación e incorporar el recurso de nulidad, fundado básicamente “en cumplimiento de compromisos internacionales contraídos por el país”⁸⁷.

El Senado decidió reformular completamente los recursos extraordinario y de casación, y en su reemplazo crear un recurso de nulidad, lo que no responde “(...) sólo a un cambio de términos sino que encierra una innovación de fondo, que se aleja de la actual casación, como se desprende de las características del nuevo recurso”⁸⁸.

⁸⁵ Pfeffer, E. op. cit. p. 367.

⁸⁶ Así en el mensaje del Ejecutivo las notas más distintivas señalan lo siguiente: “*La interposición del recurso de casación otorga a la Corte Suprema una competencia limitada para revisar la sentencia. Ella sólo puede ser ejercida en cuanto la propia sentencia o el procedimiento en que se funde adolezcan de vicios originados en la violación de disposiciones legales o constitucionales. Con ello se cautela la intangibilidad de los hechos establecidos por el tribunal del juicio a partir de su percepción directa de la prueba*”. “*En la regulación del recurso se ha buscado limitar la excesiva formalidad del mismo, restringiendo severamente la posibilidad de su rechazo por inadmisibilidad con base en defectos de ese tipo. Asimismo, se ha mantenido algunas facultades del tribunal para casar de oficio la sentencia*”. “*Se espera que por medio de la resolución de los recursos de casación la Corte Suprema pueda desarrollar un proceso de estandarización en la aplicación de la ley por parte de los tribunales inferiores. Este desarrollo deberá abarcar no sólo la aplicación de la ley penal, sino también los parámetros de interpretación de la ley procesal penal para la determinación precisa de los estándares a los cuales debe apegarse el procedimiento*”. “*Se ha incorporado expresamente la posibilidad de que por medio del recurso de casación pueda revisarse la infracción de las normas constitucionales. Esta propuesta es coherente con la intención antes indicada de una incorporación creciente de las normas de la Carta Fundamental al desarrollo jurisprudencial en materia de procedimiento penal*”.

⁸⁷ Maturana, M. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia sistematizada y concordancias*, en VVAA., Tomo III, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003. p. 103.

⁸⁸ Pfeffer, M. op. cit. p. 368.

Al parecer el gran mérito que puede reconocerse a la profusa y enriquecedora discusión que se produjo en el parlamento, con participación de connotados expertos nacionales y extranjeros, fue el producto que surgió de la fusión de las dos propuestas: el de casación y el extraordinario, cuyo resultado es el actual recurso de nulidad.

En torno a este largo camino, rondó la idea de concebir el medio idóneo para censurar la valoración de la prueba que se haya efectuado de manera arbitraria o para subsanar aquellos casos en que la sentencia se apartare manifiestamente de la prueba rendida, habiendo surgido, de este modo el recurso de nulidad.

4.- El alcance del control sobre el juicio de hecho por el cauce de la nulidad

§18. *De la génesis a la praxis.* Es posible aventurar que en las primeras etapas de la implementación del sistema de enjuiciamiento criminal que actualmente rige en Chile, el cual contempla en materia de apreciación de la prueba el de la sana crítica racional, existió una tendencia en los tribunales superiores ostensiblemente restrictiva, en cuanto a sus facultades de control sobre los enunciados fácticos. Hoy en día, pudiera afirmarse que las Cortes ingresan a conocer los hechos -la racionalidad de su establecimiento-, pero que no se ha erradicado absolutamente la inicial interpretación mezquina del instituto.

Esta línea interpretativa, que refleja un acentuado temor a conocer de aquellas cuestiones comprendidas en el núcleo fáctico, le fue irradiada desde lo argüido en los abundantes debates parlamentarios que se suscitaron respecto del recurso idóneo y apropiado para corregir una arbitraria e incorrecta ponderación del material fáctico, sobre la base de una concepción del recurso de nulidad demasiado “emparentado” con la vieja casación y sus finalidades clásicas.

Además, es posible advertir como causas la interpretación exacerbada de la libertad de apreciación de la prueba en el sistema valorativo y la amplificada concepción del principio de inmediación.

Debo sí aclarar, que no existe una interpretación unívoca en la doctrina de nuestras Cortes pudiendo apreciarse ostensibles matices y diferenciaciones en cuanto al alcance, naturaleza y fundamento de la restricción en el control del juicio de hecho.

Por lo antes afirmado es posible advertir, la existencia de pronunciamientos que van de la negativa a conocer de la *quaestio facti* por impedirlo la libertad,

probatoria, la intermediación o la naturaleza del recurso de nulidad hasta sentencias que fiscalizan adecuadamente la declaración de hechos probados y, eventualmente, el estándar de prueba, a través de la causal de defecto de fundamentación.

4.1.- La interpretación actual del alcance de la causal del artículo 374

letra e). Nulidad de la sentencia por defecto de fundamentación

§19. *El panorama de la causal de falta de fundamentación.* Pese a la intención de los legisladores del Código Procesal Penal, como ocurre en muchas materias, las instituciones se independizan de su original formulación y se produce en su implementación práctica impensadas y -a veces- indeseadas distorsiones. Así ha ocurrido con el recurso de nulidad, pues además de haberse producido una estrechez en la interpretación del cauce de su interposición⁸⁹, ha sido en algunos casos reducido a la posibilidad de que el superior controle la corrección del derecho manteniéndose la revisión del establecimiento de las conclusiones probatorias restringida a lo formal, minimizada o derechamente prohibida, tal vez por lo que explica Accatino, en el sentido de que “aunque el recurso de nulidad penal no es asimilable a la tradicional casación, el lastre de un temor a la irrupción excesiva de los hechos que se desarrolló en ese contexto parece seguir pesando sobre la interpretación de su alcance”⁹⁰, habiendo contaminado al recurso en sus albores.

Es posible adelantar que en la interpretación que las Cortes le imprimen al sistema de recursos que contempla el Código Procesal Penal chileno, y en especial a la facultad de revisar el establecimiento de los hechos probados, cuando conocen de la causal absoluta de nulidad⁹¹ prevista en la letra e) del

⁸⁹ “Es una constante jurisprudencial la pretensión de justificar el rigor formalista en la interpretación de los presupuestos de admisión, con el argumento de encontrarnos frente a un recurso extraordinario. La relación entre el carácter extraordinario del recurso de nulidad con la rigurosidad formal en el control de admisión comporta una confusión conceptual, porque, como ha quedado dicho, la calidad de ordinario o extraordinario de un recurso no deriva del formalismo establecido para su interposición, sino porque su admisión depende de que se aleguen unos motivos de impugnación expresamente determinados por la ley”. Cortez, G. op. cit. p. 41.

⁹⁰ Accatino, D. “Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal”. *Rev. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 31, N° 1, 2010, p. 349.

⁹¹ El artículo 374 del CPP prescribe: “*Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados: e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido algunos de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)*” y el artículo 342 señala: “*Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá: c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuestos en el artículo 297,*”. El artículo 297, señala

artículo 374 en su conexión con lo que prescribe el artículo 342 letra c); ha existido una cierta evolución que se abre hacia los hechos.

Por otra parte, no se han delimitado adecuadamente, por los Tribunales Superiores los criterios que designen rigurosamente las exigencias del artículo 297 del cuerpo legal en alusión, esto es, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, existiendo actualmente una corriente que identifica las reglas de la lógica con los cuatro principios básicos del pensamiento.

Para adentrarnos al tema que nos ocupa es necesario realizar un esfuerzo que permita distinguir más detalladamente las múltiples situaciones que pueden apreciarse en el discurso jurisprudencial en un período que abarca significativamente la vigencia del actual sistema de enjuiciamiento penal en Chile.

§20. *Primera interpretación. Ausencia de fundamentación.* Es posible advertir, al menos a nivel doctrinario, una primera postura que considera que les está vedado a los tribunales de nulidad conocer de cualquier aspecto que no sea la comprobación de la existencia o ausencia de motivación explícita. Tan mezquino es este predicado, que lo único que estima presente en la causal de nulidad del artículo 374 letra e), es la posibilidad de conocer la ausencia de justificación, es decir, aquel evento en que los jueces de mérito no han formulado ninguna argumentación en torno a la apreciación de los elementos probatorios y la decisión sobre los hechos. Esta tendencia es, sin embargo y por fortuna, claramente minoritaria⁹².

Una subcategoría dentro de esta interpretación de ausencia de valoración de la prueba, es aquella que estima que no es posible censurar la falta de fundamentación cuando la sentencia recurrida ha efectuado, a lo menos, un examen global de la prueba rendida, lo que estima satisfacer los requerimientos del artículo 342 letra c) y 297 del CPP. Se ha resuelto, en este sentido, por la

por su parte, “*Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*”

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que se hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

⁹² Cfr. Etcheberry, A. “Consideraciones sobre el criterio de condena en el Código Procesal Penal”, en Luis Rodríguez (coord.), *Delito, Pena y Proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 77-678 y Tavorali, R. “Los recursos en el nuevo...” op. cit. p. 405.

Corte de Apelaciones de Antofagasta que “(...) si bien [los sentenciadores] efectuaron un análisis global de la prueba, han cumplido cabalmente con la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, ya que el legislador no ha exigido que la valoración de ella se efectúe pormenorizadamente, sino que contenga el señalamiento de los medios de prueba por los cuales se dan por acreditados los hechos”⁹³.

Esta interpretación parece desafiar abiertamente lo establecido normativamente por el artículo 297 del CPP, que impone el análisis pormenorizado de todos y cada uno de los medios de prueba, exigiendo al adjudicador hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso de la desestimada, debiendo indicar en este caso las razones de ello. Igualmente prescribe perentoriamente la norma, que la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se den por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, a fin de permitir la reproducción del razonamiento empleado.

§21. *Segunda interpretación. Existencia de contradicción.* En el plano jurisprudencial, el actuar vacilante de las Cortes se ha inclinado, en una primera vertiente, hacia aquella interpretación que admite “sólo la revisión de la existencia de razones justificativas claramente expresadas en la sentencia y de la ausencia de contradicciones entre ellas”⁹⁴, es decir, aquella postura que únicamente permite revisar lo formal, reconduciéndolo en esta interpretación a pesquisar la existencia de contradicciones en el razonamiento valorativo, no pudiendo extenderse a otras situaciones menos gruesas o evidentes.

En efecto, es frecuente encontrar fallos que acogen el recurso por la existencia de contradicciones en el razonamiento probatorio del *a quo*. Así la Corte de Apelaciones de Santiago indica: “Que el tribunal apartándose de un análisis y valoración completa, clara, lógica y fidedigna de la prueba rendida, incurre en contradicciones, indica que los 19,800 gramos que portaba el acusado son constitutivos de MICROTRAFICO, en circunstancias que se probó según el mismo

⁹³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 29 de septiembre de 2004, Rol N° 135-2004. En épocas más recientes y en similar sentido, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en sentencia de fecha 22 de abril de 2013, Rol N° 88-2013, ha sostenido que “atendido que el legislador no ha exigido que la valoración de la prueba se efectúe pormenorizadamente, sino que contenga el señalamiento de los medios de prueba por los cuales se dan por acreditados los hechos; asimismo, se han hecho cargo de la prueba desestimada, indicando las razones que tuvieron para efectuarlo, no siendo exigencia legal que se hagan cargo de las circunstancias que no se contienen en los hechos acreditados por el Tribunal, como pretende el defensor en el recurso”.

⁹⁴ Accatino, D. “Forma y sustancia...” op. cit. p. 350.

*fallo, que la cantidad de droga alcanzó 189,1 gramos netos de clorhidrato de cocaína...*⁹⁵.

La misma Corte expresó: *“En efecto, si se dice que se ha cometido un delito y luego se indica que no hay tal ilícito, no puede entenderse que exista una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados”*.

Indicando además el pronunciamiento, *“Que si el fallo contiene consideraciones contradictorias, como es el caso de autos, según se ha visto, no cumple con la exigencia anotada en la motivación tercera, porque dichos razonamientos terminan por anularse entre sí, quedando en estas condiciones la sentencia desprovista de la necesaria fundamentación para explicar y justificar su decisión”*⁹⁶.

§22. *Tercera vertiente. Omisión de valoración de algún o algunos de los medios de prueba.* Las situaciones que se estima concurre este defecto de fundamentación, en esta concepción igualmente formalista, es aquella en que se advierte en el razonamiento del tribunal de fondo la omisión de la valoración de algún o algunos de los medios de prueba, situación que constituye lo más palmario en orden a los defectos que pueden observarse al fiscalizar la prueba rendida.

Lo que ocurriría por ejemplo si el testigo Ticio declarara latamente, corroborando la versión del acusado en orden a que el día de los hechos se encontraba en otra ciudad y esta declaración sólo fue transcrita y no valorada o derechamente ignorada en la sentencia.

En esta línea las sentencias acogen los recursos por omisión de valoración de un determinado medio de prueba, lo que igualmente es fácil de detectar. Así se ha resuelto por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que *“...el tribunal no procedió a analizar la prueba en relación con la participación que tales mujeres habrían tenido en los hechos, esto es, nada señala del porque descarta la versión de los imputados, en el sentido de que tales mujeres habrían estado bebiendo con la víctima y la acompañaban para tomar locomoción o si, por el contrario tales podrían haber sido parte del grupo como lo conjetura el policía Octavio Galindo*

⁹⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 10 de octubre de 2006, Rol N° 1.722-2006.

⁹⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 26 de julio de 2006, Rol N° 1.191-2006.

cuando interrogado por la defensa señala que ambas estaban al lado de los imputados...”⁹⁷.

La Corte de Apelaciones de Santiago igualmente ha indicado sobre esta materia que *“El Tribunal no se refiere al punto, en circunstancias que si estaba mencionado en la acusación del Ministerio Público, señalándose que Valdivia Olivares intimidó a la víctima y, se rindió prueba al respecto...”*⁹⁸.

En similar sentido ha argumentado la Corte de Apelaciones de Puerto Montt al indicar que *“...el que se haya omitido en el fallo recurrido de nulidad el análisis completo y fidedigno de la declaración y testimonios de los testigos (...), que es la que constituye la esencia probatoria, implica y redundante en que el fallo no se ha hecho cargo de toda la prueba rendida en el juicio, como se lo exige la ley. Como puede verse es fácil percibir que no se cumple con las exigencias en la sentencia recurrida, que le impone el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, ni menos con aquellas que establece el artículo 297 del mismo cuerpo de leyes, por cuanto en el apartado once, en el que se concluye la absolución no se hace referencia alguna a los medios probatorios que le permitieron arribar a dicha conclusión...”*⁹⁹.

Dentro de esta distinción es claramente mayoritaria la situación en que se anula la sentencia del tribunal de fondo por ser ostensible la omisión de valoración de algún o de algunos de los medios de prueba que las partes rinden en el juicio oral. En efecto, con recurso a la literalidad del inciso segundo del artículo 297 del CPP, se controla la fundamentación de *“toda la prueba producida incluso aquella que se hubiere desestimado”*, reduciendo la posibilidad de censura a un trabajo cuantitativo consistente en fiscalizar la ausencia de aquel medio de prueba que no fue valorado o simplemente transcrito.

Esta tesis es, sin embargo, menos restrictiva que la primera que se limita a dotar a las Cortes de la posibilidad de examinar lo resuelto por los tribunales de mérito solo cuando no se articula nada en relación a los fundamentos fácticos, es decir, se silencia todo lo relativo a la valoración de la prueba. Como podrá predecirse aquella vertiente sólo tiene sustento doctrinario.

⁹⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 16 de marzo de 2009, Rol N° 27-2009.

⁹⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 27 de septiembre de 2006, Rol N° 1.579-2006. En el mismo sentido Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 4 de agosto de 2006, Rol N° 1.192-2006.

⁹⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 2 de febrero de 2009, Rol N° 301-2008. También pueden verse las sentencias de la misma Corte de fecha 25 de septiembre de 2006, Rol N° 253-2006, 16 de marzo de 2009, Rol N° 27-2009, 26 de agosto de 2013, Rol N° 213-2013 y la de la Corte de Santiago de fecha 29 de mayo de 2007, Rol N° 1.066-2007.

Es posible sostener que los tribunales de nulidad se vieron tendencialmente inclinados a reducir la falta de fundamentación sólo a la segunda y tercera interpretación, ya que importan un menor rigor intelectual y son de fácil pesquisa. Esta práctica, sin embargo, puede traer consecuencias indeseadas como sería eventualmente el alejamiento del deber de nuestro Estado de cumplir los compromisos internacionales, en lo relativo a la garantía de acceso al recurso.

§ 23. *Cuarta vertiente. Exclusión del control de racionalidad.* En este predicamento las Cortes normalmente recurren a los criterios de racionalidad – reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos-, pero sin articular esfuerzos significativos por dotarlos de contenido. Prácticamente la totalidad de los fallos invocan estos parámetros, sin embargo, usualmente de manera retórica.

Esto es, las Cortes hacen uso de sus facultades de censura del correcto establecimiento de los enunciados fácticos, simplemente mediante la enunciación del artículo 297 y la referencia ritual a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos y la conclusión de que han sido quebrantados o respetados, bien si quieren anular o preservar lo resuelto, sin articular algún sistema objetivo que permita diferenciar cuándo o en qué condiciones precisas ello ocurre¹⁰⁰.

Los intervinientes suelen recurrir invocando la vulneración de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, dando cuenta de que, a su juicio, el tribunal de mérito, al establecer las conclusiones probatorias, realizó una fundamentación insuficiente o defectuosa a la luz de estos criterios contenidos en el artículo 297 y al pronunciarse el tribunal de nulidad, en los casos en que acoge el recurso, lo hace igualmente mediante la invocación de la referida disposición, señalando que se ha configurado la causal de nulidad basada en la infracción de los cánones de racionalidad en la fundamentación de los enunciados probatorios, sin articular ningún esfuerzo en orden de delimitar sus condiciones de aplicación, a separar analíticamente una situación de otra o a proporcionar una conceptualización de los referidos parámetros.

En esta tesis se excluye del ámbito de control de la Corte, la posibilidad de “ponderar las razones” aportadas para la justificación de la decisión sobre los

¹⁰⁰ Cfr. Accatino, “Los peligros del cajón de sastre. Sentencia de nulidad por falta de fundamentación de las conclusiones probatorias en el caso Tocornal (Corte Suprema)”, *Rev. de derecho UACH*, vol. XX, N°1, Julio, 2007, pp. 273-287.

hechos, verificando “*si los razonamientos de los jueces a quo resulta suficientemente convincentes*” o si un determinado elemento de prueba “*tiene por sí mismo fuerza suficiente para formar convicción condenatoria*”¹⁰¹, a la par que impide controlar la racionalidad en la valoración, esto es, determinar la correcta aplicación de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, es decir, lo único que cabe controlar, es si el fallo cumple o no con los requisitos formales¹⁰².

Es posible advertir en los pronunciamientos de las Cortes que la invocación retórica de los cánones de racionalidad, en los casos en que se rechaza el recurso, suele ir acompañada de la invocación de la libertad probatoria, de la inmediación y del carácter de derecho estricto del instituto, invocación que todavía campea profusamente en los veredictos de los tribunales superiores.

La Corte de Apelaciones de Santiago en fallos de reciente factura y en un considerando tipo recurre a los parámetros de racionalidad en conjunto con la inmediación como límite a la posibilidad de control. Se ha resuelto que “*(...) en lo que dice relación con la presunta infracción a los principios de la lógica y las máximas de experiencias, cabe señalar que, tal como es unánimemente aceptado por el derecho nacional y el derecho comparado, el Tribunal ad quem no puede revisar la apreciación probatoria practicada en la instancia cuando, por la naturaleza de las pruebas en cuestión, sea necesario para su valoración el concurso de principios de inmediación, oralidad y contradicción, a no ser, que el proceso valorativo de la prueba no se haya motivado y razonado adecuadamente en la sentencia. (Tribunal constitucional de España, SSTC 17/12/85, 23/6/86, 13/5/87, 2/7/90 y en particular, sentencia 48/2008 de fecha 11 de marzo de 2008, número de registro 2784-2004*”¹⁰³.

¹⁰¹ Tomo los ejemplos, fecundos en sentencias de Cortes de Apelaciones, de Accatino, D. “Forma y sustancia...” op. cit. pp. 350 y Cortez, G. *El recurso de nulidad...* op. cit. pp. 336 y ss.

¹⁰² Lo afirma expresamente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 15 de julio de 2014, Rol N° 1586-2014 que expresa: “*Que, del tenor literal de la norma se infiere que esta causal adjetiva discurre sobre cuestiones de carácter formal de la justificación de la sentencia y supone únicamente referirse a la construcción argumental de la resolución que se obtiene y de cada uno de los aspectos que la conforman, en términos que se posibilite la reproducción del razonamiento empleado en la decisión y comprender su alcance, junto con observar cómo se produce o no la asimilación de toda prueba producida y de las alegaciones que han formulado las partes intervinientes*”.

En el mismo sentido, sentencia de la misma Corte de fecha 24 de octubre de 2014, Rol N° 2611-2014, la que sin perjuicio de fiscalizar someramente el análisis que de la prueba rendida efectuó el tribunal oral, específicamente la declaración del imputado, señala en su considerando cuarto que: “*Que debe tenerse presente que las normas procedimentales otorgan a los jueces la facultad de valorar libremente la prueba, correspondiendo a la Corte revisar solamente si el fallo ha cumplido o no con los requisitos formales*”.

¹⁰³ Sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 12 de diciembre de 2014, Rol N° 3311-2014, 13 de octubre de 2014, Rol N° 2324-2014 y 24 de septiembre de 2014, Rol N° 2151-2014.

En un pronunciamiento que igualmente excluye el control de racionalidad es el que está presente en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que afirma: “(...) *esta revisión sólo puede producirse frente a apreciaciones o razonamientos absurdos, que no es el caso subjudice, el fallo se emite en relación directa con la prueba rendida por la Fiscalía y teoría de la Defensa latamente desarrolladas en los considerandos indicados. Lo contrario implicaría apartarse del sentido del recurso de nulidad que es de derecho estricto. Por ello, este tribunal está impedido de entrar a discutir dicha valoración*”¹⁰⁴.

Finalmente existe cierta vertiente aún en vigencia que invoca la libertad exacerbada del tribunal de fondo para evitar fiscalizar la decisión sobre la prueba, en este sentido se ha sostenido “[q]ue por último, el hecho que el recurrente no comparta las reflexiones y conclusiones del tribunal de fondo, de ninguna manera autoriza la procedencia del recurso de nulidad, ya que los sentenciadores son además soberanos en la apreciación de la prueba (...)”¹⁰⁵.

§24. *Quinta tesis. Reducción de la exigencia de motivación a la transcripción de los elementos de prueba.* Es posible advertir que las Cortes, en una interpretación igualmente restrictiva, pero que está en franca retirada, y que confunde la fundamentación suficiente con la obligación de que el tribunal de fondo transcriba exhaustivamente todas las declaraciones que en el juicio oral prestan los testigos y los peritos, transformándose las sentencias del tribunal oral -en base a estos lineamientos que emanan de los pronunciamientos de los tribunales de nulidad- en una larga retahíla de dichos de quienes desfilan por estrados.

Es decir en concordancia con lo anterior, existe la tendencia en las Cortes, a lo menos de Apelaciones, a censurar la falta de transcripción de algún o algunos de los medios de prueba y a relacionar lo que se echa en falta, estimándose que en esto consiste la facultad de censura del material probatorio, que en ello se

¹⁰⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 6 de junio de 2013, Rol N° 115-2013. En el mismo sentido sentencia de la misma Corte de fecha 15 de junio de 2011, Rol N° 115-2011. Lo mismo afirma la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 30 de abril de 2014, Rol N° 731-2014 y la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en sentencia de fecha 16 de septiembre de 2015, Rol N° 335-2015, indica esta última, que “(...) *en realidad lo impugnado por el recurrente es el valor que se le da a la declaración de la víctima, sin que sea de su agrado esa valoración pero ello escapa al recurso de nulidad por ser de derecho estricto*”.

¹⁰⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 10 de abril de 2015, Rol N° 90-2015. En sentido similar sentencia de la misma Corte de fecha 20 de julio de 2015, Rol N° 197-2015. También aludiendo expresamente a la soberanía del juez de fondo sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 5 de diciembre de 2014, Rol N° 3044-2014 y de la Corte Suprema de fecha 24 de julio de 2013, Rol N° 3787-2013.

traduce la interpretación de la causal de errónea fundamentación prevista en el artículo 374 letra e) en su conexión con lo dispuesto en los artículos 297 y 342 letra c) del CPP.

Es paradigma de esto último la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el llamado “*caso doctora Jäger*”¹⁰⁶, en que se aprecia la transcripción íntegra de las declaraciones de testigos y peritos culminando la sentencia con la afirmación que dicha prueba no fue valorada indicando “*que el tribunal no ha efectuado una exposición y análisis completo y claro de las declaraciones prestadas por el perito y testigos presentados por el Ministerio Público, de los que se ha dejado constancia, así como tampoco ha expuesto, tal como lo exige la norma, el razonamiento que le permitió llegar a determinadas conclusiones probatorias*”.

En esta misma línea señala que “*...el que se haya omitido en el fallo cuestionado el análisis de la declaración de los testigos, Óscar Sepúlveda Pacheco, periodista, Waldo Ortega Flores, médico, Claudia Torres Saavedra, médico, y del perito médico, Bernardo Javier Morales Catalán, de lo que cada uno de ellos declaró en el juicio oral, que es lo que constituye la esencia probatoria, implica que el fallo no se ha hecho cargo de toda la prueba rendida en el juicio*”.

Es nítida la confusión que se evidencia de los razonamientos de la Corte mencionada, pues en ellos al parecer se está exigiendo al tribunal de fondo la transcripción íntegra de lo que han declarado los testigos y peritos, o al menos más completa de lo que se ha hecho por el tribunal oral, pues éste ha analizado la prueba, análisis que al tribunal de nulidad no le ha satisfecho, requiriendo la transcripción más detallada y, finalmente, transcribiendo la Corte lo que estima ausente.

A la inversa, la Corte Suprema en el fallo del llamado “*caso Tocornal*” se pronunció indicando que la transcripción íntegra de la prueba no era un requisito exigido por la ley, señalando que “*... en dicho mérito, y del tenor del extenso fallo que ha precedido a la decisión de los sentenciadores, quienes incluso como plus han transcrito las diversas actuaciones llevadas a efecto en la audiencia, sin que ello sea una exigencia de las estrictamente necesarias que señala el artículo 342 del Código Procesal Penal...*”¹⁰⁷.

En otro pronunciamiento, la Corte de Apelaciones de Santiago censura en el fallo de mérito precisamente que no valora la prueba y sólo se limita transcribir en

¹⁰⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 4 de agosto de 2007, Rol N° 172-2007.

¹⁰⁷ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 17 de enero de 2007, Rol N° 6.112-2006.

extenso la prueba rendida, e indica “...en efecto, en el motivo 6° del fallo se dice que la decisión ha sido consecuencia de las probanzas producidas en el juicio, y a continuación se las reseña detalladamente. Más tarde, en el considerando 8°, los sentenciadores afirman que han adquirido convicción acerca de los hechos imputados en la acusación, y desarrollan, nuevamente, un trabajo puramente descriptivo del contenido de los diversos elementos de convicción producidos en el juicio...”¹⁰⁸.

Por la senda de una sana hermenéutica y en un pronunciamiento de reciente data el tribunal de alzada de Puerto Montt¹⁰⁹, ha resuelto: “Que al respecto cabe tener presente en primer lugar que fundamentar la prueba no consiste en transcribirla completamente o en su totalidad y la valoración de la misma no puede confundirse ni asimilarse al mecanismo de colocar en el fallo todo lo que cada uno de los testigos o peritos declaró en el juicio oral; incluso en el último párrafo del considerando séptimo del fallo el tribunal se refiere a lo innecesario que resulta la transcripción de los audios del juicio, lo que no es una exigencia de las estrictamente necesaria que señala el artículo 342 del Código Procesal Penal según lo ha señalado la Excm. Corte Suprema en causa rol 6.112 de 2006, caso Tocornal”.

§25. Sexta vertiente. La posibilidad de verificar la correspondencia entre el razonamiento probatorio y los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos. Este es aquél momento que Ferrer¹¹⁰ denomina como de valoración en sentido estricto, que situaría el momento en que se determinaría el apoyo empírico que los elementos de juicio aportados al proceso proporcionan a las hipótesis en competencia, de forma individual y en conjunto, desde el punto de vista justificatorio, es decir, “apuntaría a verificar la existencia de relaciones lógicas de corroboración, correctamente establecidas en la

¹⁰⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 28 de septiembre de 2007, Rol N° 1.969-2007. En el mismo sentido, fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 4 de enero de 2008, Rol N° 265-2007.

¹⁰⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 6 de septiembre de 2013, Rol N° 248-2013. Señala la misma Corte en otro pronunciamiento: “Que, en cuanto al cuestionamiento de la defensa sobre la reducción literaria de la prueba, al presentar la transcripción parcial de los dichos de los testigos en la sentencia, tales alegaciones deben ser desestimadas, por no ser requisito del fallo la reproducción íntegra de toda la prueba producida en juicio, sino en sus elementos esenciales, lo que la sentencia que se revisa cumple a cabalidad”, sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 1 de septiembre de 2014, Rol N° 291-2014.

¹¹⁰ Vid. Ferrer, J. *La valoración...* op. cit. pp. 41y ss.

fundamentación de la sentencia, entre los elementos de juicio aportados al proceso y los enunciados empíricos que se tienen por probados”¹¹¹.

No obstante las interpretaciones de que se ha dado cuenta, es posible encontrar fallos en que por la vía del recurso de nulidad se intenta controlar la racionalidad de los cánones que constituyen los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos y en que se realiza algún esfuerzo argumentativo en tal sentido. Normalmente se aplican generalizaciones de conocimientos empíricos para determinar si un elemento de prueba presta o no suficiente apoyo de corroboración a la hipótesis o en otros pronunciamientos se fiscaliza la aplicación de la sana crítica aludiendo a la inferencia inductiva que la hace posible, los que son más abundantes especialmente en los últimos años, existiendo, al parecer, una tendencia a abandonar iniciales interpretaciones restrictivas.

Así, la Corte de Apelaciones de Santiago razonó lo que sigue: *“El pasaje transcrito de la sentencia es una muestra palmaria de la omisión en que incurre el tribunal al no valorar toda la prueba rendida por el Ministerio Público y aquella que valoró, lo hace sin incorporar las normas de la lógica y máximas de experiencia según lo ordena el artículo 297 del Código del Ramo”*.

Y agrega *“Que de haberse realizado una valoración en conjunto de toda la prueba, el tribunal debió arribar a una justa y racional conclusión. En efecto, todo indica, después de considerar la declaración de la víctima al señalar que dejó cerrado su inmueble incluida la reja perimetral y una vecina ve al acusado saltando la reja con un televisor para salir de la casa. Quien quiera sea el que analice dichas declaraciones, deberá sostener que la manera de entrar a la casa, fue mediante escalamiento. (...) Las máximas de experiencia y la lógica, nos llevan a concluir que el acusado ingresó al interior (sic) de la casa por el único lugar que podría hacerlo, esto es, por la ventana...”*¹¹².

Se ha argumentado por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, para desechar el arbitrio intentado por la defensa, que el fallo cumple con el razonamiento exigido por la ley conforme a los cánones del artículo 297. Señala que *“En lo que respecta al cuestionamiento que hace el recurrente al considerando séptimo, en cuanto a la falta de fundamentación de la participación del acusado en los ilícitos, estos sentenciadores no consideran plausible el*

¹¹¹ Accatino, D. “Forma y sustancia...” op. cit. p. 353.

¹¹² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 2 de octubre de 2006, Rol N° 1.634-2006. Razonamientos en esta línea encontramos en los fallos de la misma Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 1 de agosto de 2006, Rol N° 77-2006 y 14 de junio de 2006, Rol N° 940-2006.

reproche, desde que de éste se establece que los testimonios de los funcionarios policiales Contreras Tapia y Alegría Guerrero, son precisos, concordantes y contestes en la descripción de los hechos y acciones que se ejecutaron durante los hechos de que trata la acusación, tanto en las que ellos desarrollaron como de la participación del acusado en los mismos, ambos policías fijan el sitio del suceso en el mismo lugar como también las circunstancias y tiempo en que acaecen y por otro lado, tiene la oportunidad de ver al sujeto que los apunta con un arma de fuego a corta distancia y a una hora del mes de diciembre en que aun hay luz natural”¹¹³.

La Corte de Apelaciones de Santiago en un pronunciamiento del año 2014 invoca en su razonamiento expresamente una máxima de experiencia, que estima transgredida por el tribunal de nulidad. Reza el motivo: *“En efecto, las máximas de la experiencia indican que dicho instrumental es usado por los vendedores para dosificar la droga que se comercializa en pequeñas cantidades. Resulta incongruente que la misma imputada Correa afirme, por una parte, que se le había traído marihuana desde la localidad de Los Vilos y acto seguido sostenga que la balanza que llevaba en su poder al momento de la detención estaba destinada a la adquisición de la misma clase de droga”¹¹⁴*, esto último para afirmar que sólo es consumidora y que la balanza que portaba era para pesar la droga que adquiriría.

A su turno el Tribunal de alzada de Antofagasta igualmente recurre a una máxima de experiencia que estima vulnerada, así ha indicado que *“porque la máxima de experiencia hace a lo menos difícil o extraño que una persona decidida a sustraer especies mediante violencia o intimidación, porte además una cantidad importante de droga, ello por lo demás no responde al patrón general del sujeto que asalta y por lo tanto a lo menos exigía una explicación lógica que haga desaparecer la duda natural en cuanto a la motivación de la sustracción de especies de poco valor frente a un par de personas que huyendo del lugar se desprenden del dinero y las especies y no de la droga, sabiendo que son perseguidos por la Policía”¹¹⁵*

En el máximo tribunal es posible advertir la existencia de esta corriente sobre todo en los fallos más recientes, pues hasta no hace mucho, se aludía a los cánones de racionalidad para imposibilitar el control del razonamiento probatorio

¹¹³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 5 de febrero de 2014, Rol N° 3-2014.

¹¹⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 9 de septiembre de 2014, Rol N° 2205-2014.

¹¹⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha, 28 de enero de 2013, Rol N° 3-2013. Igualmente aplicando una máxima de experiencia ha razonado el mismo tribunal en sentencia de fecha 5 de octubre de 2010, Rol N° 309-2010.

del tribunal de fondo, aludiendo a la soberanía de aquellos. En la actualidad la Corte Suprema, cumpliendo el cometido que la ley le asigna, en algunos casos realiza un juicio sobre el juicio, censurando los defectos de motivación que pueden y deben ser pesquisados a través de la causal del artículo 374 letra e).

Ha señalado la Corte que el tribunal de juicio oral al valorar la prueba ha violentado la tríada del artículo 297, pero no se limita a ello, sino que lo justifica indicando que: *“Un sujeto que mantiene a la vista 442 gramos de cocaína clorhidrato, en conocimiento de ese hecho, no autoriza voluntariamente el ingreso de un funcionario policial a su domicilio. (...) Del mismo modo carece de toda lógica que el acusado mantenga la cédula de identidad en su poder y la entregue al funcionario policial, pero que al mismo tiempo aquélla aparezca al lado de la droga, como demostración que es suya o que se encuentra en su posesión. El referido documento de identificación no podía haber estado en dos lugares al mismo tiempo, porque ello atenta contra las leyes de la física. Tampoco aparece razonable que si los funcionarios vienen acompañados por un camarógrafo, entren al domicilio y no fijen la presencia de la cédula en el lugar del hallazgo. Ello contraría sin duda las máximas de la experiencia”*¹¹⁶. Razonamientos que resultan impecables, a la luz del sistema racional y epistemológico que nos rige actualmente.

La Corte Suprema igualmente ha acogido sendos recursos por defecto de motivación estimando que ésta es incompleta y que no satisface las exigencias del artículo 342 letra c), lo que hasta hace unos años no realizaba, fundado en que los temas probatorios eran privativos de los jueces de fondo.

Ha señalado La Corte Suprema¹¹⁷ que *“Motivar la decisión sobre los hechos significa elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener*

¹¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de abril de 2012, Rol N° 1258-2012. Agrega además, lúcidamente la sentencia *“Que lo que hasta ahora se viene evidenciando no constituye una nueva valoración de los antecedentes reunidos en la investigación y de los que tomaron conocimientos los jueces de modo directo en las audiencias en que se realizó el juicio oral, sino que conforma un simple ejercicio de control y verificación de aquello que la sentencia dice que han dicho los testigos, de acuerdo a lo que en ella misma se consigna y de la forma en que se aprecia, divorciándose de los principios que deben inspirar esta labor propia de esos jueces, esto es, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”*. Y agrega *“En aquella parte donde se advierte que los jueces han incurrido en contradicción con lo afirmado por los testigos y han arribado a conclusiones que contrarían los principios que reglan la sana crítica, se incurre ciertamente en un vicio que se traduce en el incumplimiento de la exigencia que el legislador les ha impuesto en la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal y que se sanciona con la nulidad tanto de la sentencia como del juicio oral que le precedió, que es precisamente lo que ha ocurrido en la especie”*. Considerando 19°, fallo redactado por el Ministro Milton Juica.

Existen otros pronunciamientos en que igualmente se revisa el razonamiento del tribunal de fondo en cuanto a la prueba: Sentencia de la Corte Suprema de fecha 9 de enero de 2014, Rol N° 15.187-2013, de fecha 23 de diciembre de 2009, Rol N° 6.934-2009.

¹¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 22 de abril de 2013, Rol N° 1.179-2013.

algunos de éstos por probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en la litis. Tal deber apunta no sólo a hacer inteligible la decisión, sino también a asegurar un modo de actuar racional en el terreno previo de la fijación de las premisas fácticas” y añade “El cumplimiento de este deber posibilita la fiscalización de la actividad jurisdiccional por los tribunales superiores mediante el ejercicio de los recursos procesales”.

Concluye indicando, *“Que atendido a estas exigencias puede afirmarse que el pronunciamiento objetado no pone de manifiesto la voluntariedad y propósito criminal del inculpado en relación a la muerte del carabnero Heraldo Peña Neira, como resultado buscado, ni indica que su comportamiento sea demostrativo de una voluntad decidida de llevar a la práctica ese resultado y lesionar el respectivo bien jurídico protegido”* y concluye que la sentencia incumple la obligación de una motivación completa y exhaustiva y acoge el recurso anulando el fallo condenatorio.

§26. Séptima interpretación. Identificación de la lógica con las cuatro leyes del pensamiento. Desde hace algunos años a la fecha¹¹⁸ esta es la corriente que más se advierte de la lectura de los fallos de la Corte, incluyendo al máximo tribunal y es la manera en que se fiscaliza la racionalidad del establecimiento de los hechos probados, confrontando las conclusiones probatorias y su establecimiento con el contenido de estos principios, fundamentalmente el de no contradicción y de razón suficiente.

Se suele afirmar que las leyes de la lógica son leyes universales a las cuales se recurre para asegurar la corrección del razonamiento y que están constituidas por las leyes fundamentales de la derivación y de la coherencia, esta última es entendida como la concordancia que ha de existir entre los elementos del pensamiento, de la que se deducen sus principios formales, esto es, el de identidad, el de no contradicción y el de tercero excluido; a su vez la ley de la derivación, es concebida como una regla que expresa que cada pensamiento

¹¹⁸ Podría decirse que aproximadamente desde hace unos ocho años y progresivamente en los recursos de nulidad por defecto de fundamentación se comenzaron a invocar las cuatro leyes del pensamiento como base del razonamiento lógico, que se estima vulnerado. Hoy en día prácticamente la totalidad de los recursos aluden al quebrantamiento de estos principios, fundamentalmente los de no contradicción y de razón suficiente, para sustentar la revisión de las sentencias de los tribunales orales, por infracción a las reglas de la lógica.

debe provenir de otro con el cual está relacionado, de esta última se extrae el principio de razón suficiente¹¹⁹.

El principio de identidad se enuncia como “todo objeto es idéntico a sí mismo” o “lo que es, es”, es decir una cosa solo puede ser igual a sí misma, lo que significa que si se atribuye a un elemento un contenido determinado, debe mantenerse en todo el curso racional. El principio de no contradicción indica que si dos juicios se contraponen, implica que ambos no pueden ser verdaderos, porque una misma cosa no puede ser dos cosas a la vez o algo que es no puede no ser. Finalmente el de tercero excluido, dictamina que si una cosa sólo puede explicarse dentro de una de dos proposiciones contrapuestas, una debe ser falsa y la otra verdadera, pero no puede haber una tercera posible¹²⁰.

Existe un último principio que es enunciado de la siguiente forma “todo tiene su razón suficiente” o “las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia”¹²¹, es decir, para ser verdadero todo juicio necesita una razón suficiente y en términos más comunes nada es “porque sí”, sino que debe estar suficientemente fundado¹²².

En los tiempos que corren prácticamente la totalidad de los recursos que se interponen por la causal de nulidad del artículo 374 e), recurren a la vulneración de los principios de no contradicción o razón suficiente y en menor medida al de identidad y de tercero excluido. En sintonía con lo anterior, los fallos de la Cortes razonan en torno a estos principios al pronunciarse sobre la impugnación, lo que a mi juicio representa un avance en cuanto a la comprensión del recurso de nulidad como contralor de la racionalidad de la decisión sobre los hechos. Así, al efectuar la revisión del establecimiento del núcleo fáctico los tribunales superiores analizan las respectivas inferencias, la aplicación de máximas de experiencia o de conocimientos científicos. No obstante lo anterior, defiende que no es posible reducir la conceptualización “los principios de la lógica” en los estrictos términos normativos, únicamente a las cuatro leyes ya aludidas, pues la lógica -que constituye uno de los pilares de un sistema de sesgo epistemológico destinado a

¹¹⁹ Vid. Couture, E. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, pp.191-192; Astudillo, O. *El recurso de Nulidad Laboral. Algunas consideraciones técnicas*, Ed. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Santiago, 2012, pp. 98 y ss., Maturana, J. *Sana Crítica...* op. cit. pp. 240 y ss, y Cerda, R. *Valoración de la prueba. Sana crítica*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2008, pp. 42 y ss.

¹²⁰ Estos tres principios –que se consideran los principios clásicos del pensamiento- se atribuyen a Aristóteles, en tanto que un cuarto principio: el de razón suficiente fue formulado posteriormente por Leibniz. Astudillo, O. op. cit. p. 98.

¹²¹ Vid. Cerda, R. op. cit. pp. 43. Dice Astudillo, que los estudiosos de la lógica no mencionan a la razón suficiente como uno de sus principios. Astudillo, O. op. cit. p. 98, cita 132.

¹²² Vid. Astudillo, O. op. cit. p. 98.

la valoración de la prueba, según las tesis a que adscribo-, es el método de corroboración de hipótesis o inferencia inductiva, siendo éste, al parecer, el que mejor se adecua al razonamiento judicial y sus peculiaridades, según se desarrollará con más detalle en el capítulo segundo de este trabajo.

Sobre esta vertiente pueden mencionarse muchos pronunciamientos, pero sólo traeré a colación algunos de ellos que la ejemplifiquen adecuadamente. Así se ha pronunciado la Corte Suprema, *“[e]n efecto, la contradicción se presenta cuando se declara que algo es y no es al mismo tiempo, cuestión que no ocurre en el fallo. No afirman los sentenciadores que no se ha demostrado la autorización de la diligencia para luego asegurar que está acreditada, sino simplemente se ha delimitado el hecho punible acreditado, eliminando una mención de la acusación. Pretender que ello se ha hecho precisamente por haber alcanzado los jueces la convicción de su ausencia constituye un supuesto que no encuentra correlato en el texto del fallo (...)”*¹²³.

Las Cortes de Apelaciones no están ajenas a dar cabida a esta línea interpretativa, por lo que la Corte de Santiago ha resuelto que *“resulta ostensible que se infringe el principio de la no contradicción al examinar el considerando octavo y confrontarlo con el considerando Undécimo; ya que para llegar a la decisión absolutoria, los sentenciadores fraccionan el testimonio de la víctima Pamela Estay Miño, estimándolo creíble en cuanto al día, hora y lugar en que ocurrieron los hechos, atribuyéndoles ser veraz cuanto a la intimidación de que fue objeto y a la dinámica de los hechos, pero calificándolo de no creíble exclusivamente en relación al reconocimiento del acusado Claudio Lara Villafaña, de suerte tal que no es coherente lo que afirma el fallo en cuanto a que la víctima no reconoció al imputado”*¹²⁴.

Igualmente las Cortes de Apelaciones han indicado que *“[e]llo refuerza la conclusión de este Tribunal en cuanto a existir una transgresión a las reglas de la lógica, pues como se ha señalado, se vulnera el principio de razón suficiente al desestimar el reconocimiento de la víctima, pese a calificarla de objetiva,*

¹²³ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 10 de febrero de 2015, Rol N° 31.090-14. Otros pronunciamientos de la misma Corte en que se recoge este principio son Sentencia de fecha 24 de marzo de 2015, Rol N° 1323-2015, de fecha 23 de diciembre de 2013, Rol N° 11.785-2013; de fecha 12 de octubre de 2012, Rol N° 5922-2012, de fecha 25 de julio de 2012, Rol N° 421-2012.

¹²⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 11 de noviembre de 2014, Rol N° 2943-2014. En otros fallos de la misma Corte se alude al principio de no contradicción y/o al de razón suficiente, tales como sentencia de fecha 05 de diciembre de 2014, Rol N° 2930-2014; de 10 de septiembre de 2014, Rol N° 2117-2014 y de 09 de noviembre de 2014, Rol N° 237-2012, entre otras. Puede citarse igualmente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 31 de julio de 2014, Rol N° 217-2014. De la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencias de fecha 3 de agosto de 2015, Rol N° 229-2015; 7 de junio de 2010, Rol 62-2010 y de fecha 25 de abril de 2011, Rol N° 20-2011.

*coherente y veraz, y de resultar dicho reconocimiento consistente con la declaración del Carabinero, sin aportar las explicaciones necesarias para sustentar dicha descalificación*¹²⁵.

No puede dejar de hacerse una reflexión en torno, especialmente al principio de no contradicción, pues podría entenderse que su utilización por las Cortes no es más que una versión más sofisticada de aquella corriente inicial que entendía limitada la posibilidad de fiscalizar el establecimiento de los hechos solo a la revisión de razones justificativas claramente expresadas en la sentencia y de la ausencia de contradicciones entre ellas, pues en el fondo lo que se pesquisa es la existencia de contradicciones en el razonamiento valorativo, ya sea en las conclusiones o en las argumentaciones vertidas.

Finalmente en cuanto al principio de razón suficiente, se recurre a él para dar cuenta de que los antecedentes de cargo no son suficientes para justificar la condena, esto es, se le vincula –aunque a veces en forma intuitiva- a la revisión del estándar de prueba como suficiente para dictar sentencia condenatoria o insuficiente para imperativamente absolver al acusado.

Además de la utilización anterior, igualmente se fiscaliza –invocando este principio de razón suficiente-, la suficiencia de la motivación o fundamentación exteriorizada en la sentencia, que permite tener por cumplido el exigente mandato legal. En esta línea interpretativa se ha afirmado que: *“La razón suficiente atañe a la necesidad de que en la sentencia se contengan los fundamentos que justifiquen racionalmente el juicio de hecho. Por lo mismo, se relaciona inescindiblemente con la falta de motivación*¹²⁶.

§27. Octava línea de interpretación. Rechazo del recurso por no cumplir con la obligación de señalar expresamente el principio de la lógica, la máxima de experiencia o el conocimiento científico infringidos. Existe un gran número de recursos rechazados por las Cortes, pues se señala que no se cumple con indicar qué canon de racionalidad específico se estima vulnerado, lo que muchas veces va acompañado con la frase de rigor que alude a que el recurso es de derecho estricto, lo que obliga insoslayablemente a circunscribir la causal invocada ajustándola a este exigencia, si se quiere recurrir con éxito.

¹²⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 8 de octubre de 2014, Rol 2500-2014. Igualmente se fundan en este principio las sentencia de la misma Corte de fechas 27 de octubre de 2014, Rol N° 2633-2014; 22 de septiembre de 2014, Rol N° 3381-2014 y 4 de abril de 2014, Rol N° 3568-2013.

¹²⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 27 de febrero de 2014, Rol N° 66-2014. Similar razonamiento en sentencia de la misma Corte de fecha 4 de julio de 2014, Rol N°1485-2014.

En efecto, en algunos casos es posible individualizar la máxima de experiencia infringida o el uso de conocimientos científicos que no reúnen el estándar mínimo de científicidad para justificar alguna decisión sobre la prueba, pero igualmente en otros la construcción argumental es irracional o incluso arbitraria, precisamente porque no se justifica por los jueces de fondo conforme al método de la inferencia inductiva, la decisión de dar o no dar por probado determinado enunciado de contenido fáctico, siendo factible impugnar el razonamiento en su conjunto.

Si se permite desechar acriticamente los recursos de esta manera, a mi juicio, se estrecha nuevamente lo que las Cortes pueden adecuadamente revisar a través de esta vía y ello se transforma en una declaración de inadmisibilidad velada que se formula una vez que se conoce el fondo del asunto con todos los gastos humanos y materiales que ello conlleva.

Un pronunciamiento muy gráfico respecto de la interpretación de que se ha dado cuenta es el de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, que señala: *“Que por otra parte al no haberse señalado cuáles son aquellos errores que denuncia la defensa, los que en su concepto causarían la nulidad de la sentencia, y al no cumplir el recurrente con la señalada exigencia, esta Corte no puede analizar ni establecer la manera cómo pudieron haberse infringido las normas que señala, por lo que esta razón resulta suficiente para rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa”*¹²⁷

La Corte de Apelaciones de Santiago afirma sobre el particular que *“un primer análisis de la causal, permite advertir, que su carácter estricto exige señalar cómo se infringe la lógica al apreciar la prueba o se vulneran las demás reglas que debe observar el tribunal (...)”*¹²⁸.

La Corte Suprema impone al recurrente este mismo imperativo e incluso va más allá pues parece exigir se indique cuál o cuáles de las leyes del pensamiento han sido infringidas en la sentencia, instalando férreamente en el discurso judicial la identificación de los principios de la lógica, con aquellas cuatro leyes. Es por ello que el máximo tribunal ha sostenido que *“(...) a fin de que esta Corte, en cuanto tribunal de nulidad, se encuentre en condiciones de efectuar un control sobre las*

¹²⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 30 de septiembre de 2013, Rol N° 257-2013. En este caso el recurrente señaló a la Corte el análisis de la declaración de los testigos de cargo y de descargo, que estimó alejados de la racionalidad, además de insuficientes.

¹²⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 30 de noviembre de 2012, rol N° 2823-2012. En similar sentido de la misma Corte, sentencia de fecha 20 de abril de 2011, Rol N° 386-2011, de 28 de enero de 2012, Rol N° 3452-2012; de fecha 24 de diciembre de 2013, Rol N° 3139-2013;

reglas de valoración de la prueba en la fundamentación de la sentencia penal, resulta indispensable que la parte recurrente precise al momento de formalizar su recurso las reglas fundamentales de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que habrían sido incumplidas por los jueces de la instancia, límites de ponderación que tradicionalmente se han entendido referidos a la leyes de coherencia y derivación y a los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente”.

Y añade, “[p]ara dar cumplimiento a ese imperativo no basta con afirmar que la sentencia contraviene las reglas de la lógica si no se dota de contenido a esa afirmación, exigencia que no se satisface si, como se sostiene en el recurso, el incumplimiento del deber de fundamentación y error de ponderación se genera porque se otorga valor al relato de las víctimas C.R.B.A. y P. A.B.R., que a la defensa parecen insuficientes, o se desecha la tesis alternativa de que a lo sumo el primero de los nombrados fue afectado por un delito de hurto”¹²⁹.

Es necesario poner el acento en que a través de interpretaciones que reducen la lógica de la manera descrita, o eventualmente a la utilización retórica de los principios del pensamiento, pueden exacerbarse afanes reduccionista en la interpretación del recurso de nulidad, estableciendo así y con base en la naturaleza del recurso de nulidad –de derecho estricto- exigencias no siempre justificadas y no deseadas por el legislador histórico.

§28. Novena línea interpretativa. Examen de la justificación de la suficiencia o insuficiencia de los elementos de juicio para tener por probada la hipótesis acusatoria. Esta interpretación, que permitiría examinar si los elementos de prueba otorgan, individualmente y en su conjunto, suficiente justificación a los enunciados de contenido fáctico de la acusación, es constantemente negada en los pronunciamientos de los tribunales de nulidad, ya sea porque se argumenta que la nulidad es un recurso de derecho estricto y se teme, que por su cauce, se termine instaurando una suerte de apelación encubierta, permitiendo que las Cortes cambien la decisión sobre los hechos o porque se suele aludir al principio de inmediación para impedir que un tribunal que no ha tenido contacto con la prueba rendida, pueda censurar la suficiencia o insuficiencia de ésta para tener algún hecho por probado.

¹²⁹ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de noviembre de 2015, Rol N° 14.639-15. En similar sentido sentencia de la misma Corte de fecha 13 de enero de 2014, Rol N° 12.744-13 y de las Cortes de Apelaciones de Santiago de fecha 17 de abril de 2014, Rol N° 3649-2014 y de Puerto Montt de fecha 30 de septiembre de 2013, Rol N° 257-2013 y de 13 de enero de 2014, Rol N° 376-2013.

Las cortapisas que se autoimponen los tribunales de nulidad carecen de todo sustento, pues no se le pide a la Corte que valore nuevamente la prueba rendida, hipótesis que fue desechada cuando se produjo el rechazo legislativo del recurso extraordinario, sino únicamente que examine si se encuentra justificada la valoración de la prueba como suficiente para condenar o insuficiente para absolver¹³⁰. Es decir, el ámbito del control que puede realizar el tribunal de nulidad abarca lo relativo a la valoración en sentido estricto (segundo momento de la actividad probatoria y primer momento de la valoración de la prueba, en términos de Ferrer¹³¹) y en el que corresponde examinar cómo han razonado los jueces de fondo respecto del apoyo empírico que los elementos de juicio aportan a las hipótesis en conflicto, lo que desde el punto de vista de la justificación de los enunciados probatorios, correspondería al establecimiento de relaciones lógicas de corroboración entre los enunciados fácticos que se trata de probar y los elementos de juicio disponibles.

Pero el ámbito de revisión del tribunal *ad quem* también abarca el segundo momento de la valoración de la prueba o de decisión sobre los hechos probados, toda vez que el razonamiento probatorio adquiere la forma de una inferencia inductiva que permite medir la probabilidad de hipótesis, pero jamás adquirir certezas absolutas sobre su ocurrencia. Como la primera fase no es suficiente y se necesita algo más, esta segunda fase implica fijar un umbral a partir del cual aceptamos una hipótesis como probada. Acorde con lo indicado, el control que debe realizar la Corte dice relación con determinar si se encuentra correctamente justificada o no, de acuerdo al estándar de prueba, la suficiencia (o la insuficiencia en su caso) de los elementos de juicio para tener por probado cierto enunciado empírico¹³².

No se le pide a la Corte que valore nuevamente la prueba o su suficiencia, revisando los registros del juicio oral, que se conservan en formato de audio digital, sino que controle la justificación de las conclusiones que sobre la prueba alcanza el tribunal oral, es decir, examine las inferencias realizadas por éste y la aplicación del estándar objetivo de prueba.

Por otra parte, el rechazo del examen del estándar de prueba a través de la causal de defecto de fundamentación, que se escuda en la inmediación igualmente es inconsistente, pues el principio de inmediación no otorga a los

¹³⁰ Accatino, D. "Forma y sustancia..." op. cit. pp. 357 y ss.

¹³¹ Vid. Ferrer, J. *La valoración racional de la...* op. cit. pp. 91 y ss.

¹³² Accatino, D. "Forma y sustancia en..." op. cit., p. 353.

jueces que recibieron la prueba un estado de convencimiento intransferible e incomunicable, debiendo justificar y motivar racionalmente todas las conclusiones probatorias a las que arriben, pudiendo de esta manera ser racionalmente controladas.

La restricción de la que nos hacemos cargo, puede haber tenido su génesis en los debates que se produjeron en el Parlamento, al consagrarse el recurso de nulidad, contexto en el cual, y a propósito de destacar las ventajas del recurso de nulidad por sobre el extraordinario y de casación, el Segundo Informe de la Comisión de Constitución señala, a modo de advertencia, : *“Si se apreció bien o se apreció mal la prueba, por tanto, no es un aspecto que esté sujeto al control de un tribunal superior. Otra cosa es la revisión que éste puede hacer acerca de la relación lógica entre la valoración de la prueba que los sentenciadores hacen y las conclusiones a que llegan en su fallo”*¹³³.

Igualmente se argumenta por la Comisión, que mediante la incorporación del recurso de nulidad y la eliminación del extraordinario, se evita una incongruencia con el rechazo legislativo del recurso de apelación, que supone que *“el tribunal de juicio oral, que es el que recibió la prueba, es el más idóneo para valorarla y dictar la sentencia”*¹³⁴. Lo anterior insinuaba atisbos de una interpretación restrictiva, que propia de la casación, y muy a pesar del espíritu de los legisladores, contaminó a la nulidad.

Paradigma de la tesis que se viene describiendo, es la sentencia de la Corte Suprema, por la cual afirma categórica que *“...así la convicción del tribunal, más allá de toda duda razonable, sobre la perpetración de un delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimientes llamados a conocer de una determinada materia, sin que esta Corte tenga la facultad de anular, por ese motivo, el juicio que ellos han sido llamados a resolver, ya que dicha decisión emana del ámbito de su propia conciencia, previo un conocimiento exhaustivo y directo de los hechos”*.¹³⁵

Sin perjuicio de lo anterior, el máximo tribunal, como se ha anunciado, paulatinamente ha realizado un viraje en la interpretación restrictiva de que da cuenta el fallo anterior, pues ha comenzado a conocer el recurso de nulidad por la casual de defecto de fundamentación, en lo que respecta a la valoración y también al estándar de prueba.

¹³³ Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 1167. www.bcn.cl

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 12 de junio de 2007, Rol N° 1646-2007.

Si bien aplica en su correcta dimensión el control de las inferencias probatorias y lo relativo al estándar penal, el déficit radica en la falta de determinación de los criterios de racionalidad que importa la aplicación de inferencias inductivas y la correspondiente regla de conexión y -tratándose del estándar de prueba penal de más allá de toda duda razonable- determinar los criterios objetivos que lo componen, ideando una propuesta o acudiendo a las que ha efectuado la doctrina más autorizada.

Ejemplo de lo anterior es el fallo de la Corte Suprema¹³⁶ por el cual el tribunal razonó como sigue: *“Menos clarificadora para estos efectos resulta la fundamentación de la absolución respecto del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, para lo cual el fallo argumenta que no hubo otro elemento de contexto, distinto del hallazgo del arma, que permitiera vincularla con el acusado. Sin embargo, para dotar de contenido a la condena por tráfico de drogas, el tribunal señala que la situación difiere, pues tratándose del tipo penal de ‘comercio ilícito de droga hubo información y antecedentes previos que vinculaban al acusado con la sustancia ilícita encontrada en el domicilio’. Pero dicha argumentación aparece contradictoria con el mérito de la prueba de cargo, pues según los dichos de los funcionarios policiales realizaban diligencias de investigación que revelaban que el acusado vendía droga, hecho que en el juicio no se comprobó, para lo cual el tribunal muta la conducta precisa atribuida en la acusación, cual es la de comercializar, por la de poseer y guardar, presumiendo que la droga le pertenecía dada su permanencia en el lugar, y que por su cantidad, necesariamente debía estar destinada a su transferencia”*.

Y acota *“Que como se viene sosteniendo, en el fallo no hay una explicación acabada acerca de la fuerza probatoria que se atribuye a cada una de las pruebas rendidas ni es posible sostener la suficiencia de razonamientos acerca del modo como el tribunal decide tener unos hechos como justificados”*. La corte, en consecuencia, censura lo relativo a la justificación de la suficiencia de los elementos de juicio, acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa e invalida la sentencia y el juicio.

En las Cortes de apelaciones igualmente es posible encontrar razonamientos de sesgo restrictivo, como el del tribunal de alzada de Santiago¹³⁷ que indicó *“Cuestión muy distinta es que esas razones no convenzan al recurrente o que éste considere como en definitiva pretende – que la prueba producida sería suficiente*

¹³⁶ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 1 de abril de 2013, Rol N° 790-2013.

¹³⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 27 de junio de 2006, Rol N° 1018-2006.

para establecer la participación que se atribuye a los imputados, suficiencia que según se explicó atañe a una materia del todo ajena a los objetivos de un recurso de esta naturaleza, desde que se relaciona con la ponderación de probanzas, actividad que no cabe revisar en esta sede.”

Incluso en algunos pronunciamientos se afirma que la causal de defecto de fundamentación no abarca lo relativo al estándar de prueba, es decir, no tiene vinculación con lo previsto en el artículo 340 que consagra el estándar penal de más allá de toda duda razonable, por lo que la Corte se pronuncia indicando que *“[e]n esta perspectiva, está claro que es ajeno a la causal ya mencionada el estudio de alguna transgresión a la apreciación de la prueba y su valoración, que es el fundamento concreto del recurso, al pretender que aquella que se tuvo en cuenta para la condena era insuficiente para lograr la convicción a que alude el artículo 340 del Código Procesal Penal”*¹³⁸.

Sin embargo de una corriente restrictiva que todavía pervive en el discurso jurisprudencial, según fuera analizado con precedencia, es posible encontrar fallos que al parecer aluden al control de la suficiencia de los elementos de prueba. En torno a este predicado, parece razonar la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que resolvió acogiendo la acción del Ministerio Público deducida en contra de la sentencia de absolución, señalando que: *“... como ya se sostuvo precedentemente, que apreciar bien o mal la prueba no se encuentra sujeto al control de esta Corte, pero lo que sí este tribunal puede hacer es que la libre apreciación de la prueba no entre en contradicción con las limitantes que el legislador estableció (...) la lógica, ni las máximas de la experiencia y estos parámetros permiten concluir a estos sentenciadores que no existe insuficiencia probatoria como se señaló precedentemente”*.

Y añade *“Que, de lo razonado precedentemente resulta que la sentencia recurrida no cumple con las exigencias de las directrices establecidas en el artículo 297 y 340 del Código del Ramo, puesto que no satisface la rigurosidad que ella misma exige para resolver ‘más allá de toda duda razonable’ (...) toda vez que la decisión del Tribunal no se funda en la sentencia con reflexiones*

¹³⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones Santiago de fecha 29 de octubre de 2014, Rol N° 2739-2014, de fecha 15 de julio de 2014, Rol N° 1586-2014, de 19 de agosto de 2011, Rol N° 1551-2011 y de 2 de diciembre de 2011, Rol N° 2260-2011. También se ha pronunciado en base a esta argumentación la Corte Suprema en sentencia de fecha 23 de noviembre de 2011, Rol N° 8178-2011, al sostener que: *“en cuanto a la segunda causal (...), referida a la presunción de inocencia, claramente ella está orientada a impugnar la valoración que se hizo de la prueba producida en el juicio oral, desde que se ha fundado en la supuesta imposibilidad de arribar al grado de certeza necesaria para condenar”*.

*lógicas, ni basadas en las máximas de la experiencia, ni en conocimientos científicamente afianzados...*¹³⁹.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta ha indicado así , que “...*si bien los acusadores, tal como ya se señalara, lograron acreditar el hecho punible, no lo hicieron con la misma fuerza respecto de la participación de los acusados, para entrar posteriormente a analizar los dichos de los testigos para concluir que si bien estuvieron en el lugar de los hechos y en un tiempo próximo, lo cierto es que no dieron antecedentes que permitan establecer el nexo causal entre la acción desplegada por cada uno de los sujetos con el resultado muerte. Por lo que con sus testimonios no se puede dar por acreditada la participación de los acusados (...), toda vez que ellos no pudieron apreciar que los acusados hayan tenido participación en los hechos de una manera inmediata y directa.*”¹⁴⁰.

Finalmente, se suele invocar la contravención o el respeto del principio de razón suficiente para significar que la prueba de cargo que sustenta la decisión de tener por probados los hechos, es insuficiente o suficiente para condenar, es decir se asimila el contenido de este principio con la justificación de la suficiencia de la prueba de cargo para derrotar la presunción de inocencia.

De este modo se ha señalado por la Corte de Apelaciones de Santiago “*Que esta Corte advierte la inobservancia del principio citado [razón suficiente] en los razonamientos aludidos y reproducidos en la sentencia de primer grado, toda vez que, por una parte, desestima el informe pericial de verosimilitud de la versión de la menor dada por el psicólogo, citado al juicio oral por el ente persecutor, por no efectuar una exposición de las facultades mentales y otras características de personalidad de relevancia de la ofendida que permitan a la sala conocer los mecanismos de funcionamiento de pensamiento y emocionales de la ofendida y determinar su calidad de deponente y, a pesar de ello, contradictoriamente, había considerado previamente que posee una edad y desarrollo mental y emocional normal y suficiente para dar testimonio*”.

Y agrega que “*(...) el explicitado yerro de la sentencia que se revisa tiene trascendencia condenatoria y, por lo mismo, influencia en lo dispositivo de la misma, toda que (sic) no hay otra prueba directa de inculpación en contra del acusado López López, que no sea la efectuada por la menor de iniciales*

¹³⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 12 de febrero de 2007, Rol N° 8-2007.

¹⁴⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 15 de junio de 2006, Rol N° 73-2006.

*I.D.P.G.C.*¹⁴¹, anulando de esta manera el fallo condenatorio por insuficiencia de la prueba de cargo.

La Corte Suprema aludiendo a este principio ha sostenido que *“en cuanto a la ausencia de razón suficiente en el asentamiento de la conducta típica del delito de abuso sexual (...), lo cierto es que el razonamiento 12° del fallo tiene como sustento no sólo las aseveraciones de la menor afectada, sino además lo declarado por su madre y la psicóloga, que depuso en juicio como perito, sobre la gravedad y multiplicidad de síntomas presentados por la niña, por lo que concluyen lógicamente que el acercamiento y las interacciones efectuadas por el acusado fueron de índole sexual”*¹⁴², por lo que rechaza el recurso interpuesto.

Como corolario, es posible diferenciar grandes matices en cuanto al alcance del control del juicio de hecho que se le imprime al recurso de nulidad. Algunas veces las Cortes se tornan extremas al reducir las situaciones susceptibles de control a la existencia de contradicciones u omisión de la valoración de algún medio de prueba, especialmente en los primeros años de la implementación del actual sistema, sin embargo, en otras se vislumbra una apertura a situaciones en que por la vía del respeto de los parámetros de racionalidad previstos en el artículo 297 del CPP se comienza a ampliar el espectro del material controlable mediante esta vía de impugnación especial. Así mismo es ostensible la irrupción de los cuatro principios del pensamiento en el razonamiento valorativo judicial, que ha permitido a los tribunales superiores controlar la racionalidad del juicio de hecho e incluso lo relativo a la superación del estándar de prueba penal.

No obstante lo anterior, el problema que deviene meridianamente claro es que todavía no es posible identificar los criterios utilizados por los tribunales superiores, en base a los cuales el caso es merecedor de tales esfuerzos y en que otras condiciones no lo amerita, lo que obviamente puede acarrear sendas situaciones de arbitrariedad e injusticia.

Si bien entonces hoy en día las Cortes ingresan a conocer cómo se ha razonado en torno a la *quaestio facti*, es posible aventurar que todavía existe un buen número de pronunciamientos en que aún campea el subjetivismo cercenador de las facultades fiscalizadoras, fundamentalmente mediante la invocación de la inmediación y la naturaleza de derecho estricto del recurso.

¹⁴¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 15 de enero de 2014, Rol N° 3563-2013. Se ha resuelto igualmente que *“(...) para llegar a conclusiones que evidentemente no tiene sustento en la prueba rendida y desde ese punto de vista contradicen el principio del razón suficiente y las reglas de la lógica”*. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 20 de noviembre de 2013, Rol N° 2680-2013.

¹⁴² Sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de noviembre de 2014, Rol N° 23.925-14.

4.2.- La exclusión de un control autónomo a través de la causal de infracción de la garantía de la presunción de inocencia o del debido proceso

§29. *Infracción a la presunción de inocencia.* Dentro de las posibilidades de impugnación de la sentencia vinculadas a la apreciación de la prueba, y más específicamente a la suficiencia de los elementos de juicio, se ha invocado la causal contenida en la letra a) del artículo 373 del CPP, que tiene aplicación cuando *en cualquier etapa de procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.*

Atento a ello, se ha intentado por la Defensa en nuestro país el recurso de nulidad fundado en que el máximo tribunal podría conocer de la valoración de la prueba en aquellos casos en que sea posible sostener que se ha vulnerado la garantía fundamental sobre presunción de inocencia, al no existir prueba que sea de cargo que permita derrotar la referida presunción o que existiendo ésta, es notoriamente insuficiente.

Es decir, se aplicaría en aquellos casos en que se condena valorando la prueba y estimando que existen suficientes elementos de juicio que permitan dar por justificada una proposición o enunciado sobre un hecho, lo que equivale a afirmar que se ha cumplido un estándar de valoración necesario e imprescindible para justificar la hipótesis. Sin embargo, quienes intentan esta vía reclaman que, en el caso concreto, no se ha justificado la suficiencia de los elementos de juicio para corroborar la hipótesis de la acusación, pidiéndose que el tribunal de nulidad –en este caso la Corte Suprema- sustituya al tribunal de mérito en materia probatoria y realice su propia y nueva valoración del material fáctico, la compare con la de aquél y concluya determinando la insuficiencia de los medios de prueba en los términos anotados.

Se sostiene, entonces, por quienes plantean este predicamento, que si al valorar la prueba el tribunal de fondo no respetó la presunción de inocencia, la sentencia que resulte de dicha valoración puede ser anulada. En lo anterior se recogen planteamientos similares a los desarrollados en España en torno al concepto de “mínima actividad probatoria”¹⁴³.

¹⁴³ Cfr. Miranda, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Ed. José María Bosh editor, Barcelona, 1997.

Entonces en Chile, en base a este predicado, si se afirma que se ha vulnerado la presunción de inocencia, equivaldría a sostener que se ha condenado sin que los elementos de juicio disponibles sean suficientes para declarar probada la hipótesis de la acusación, de acuerdo a los criterios fijados por el estándar de prueba.

Pero para poder afirmar que no se ha colmado este estándar es preciso que se haya realizado una valoración de la prueba en sus dos momentos¹⁴⁴, es decir, en aquel que se verifica individualmente -y en su conjunto- respecto de si los elementos de juicio prestan apoyo empírico a las hipótesis en conflicto, realizadas mediante las correspondientes inferencias inductivas y si la hipótesis puede o no declararse por probada con el grado de confirmación de que disponga, de acuerdo a los criterios fijados por el estándar de prueba.

Como condición para que opere este cauce de anulación, es menester que ante el tribunal de nulidad se reproduzca el juicio oral en su integridad mediante la reproducción o revisión íntegra del registro de audio, por lo que el *ad quem* no realizaría un control *ex post* de la justificación de la suficiencia de los elementos de juicio -como ocurre con la causal de nulidad del 374 letra e)-, si no que verifica su propia valoración y la compara con la del tribunal a quo, es decir, es imprescindible para quienes propician esta vía de nulidad la reproducción de los registros del juicio oral para que el tribunal de nulidad realice la evaluación directa de la suficiencia de la prueba para dictar sentencia.

Si bien la presunción de inocencia no tiene en Chile expresamente rango de garantía constitucional, pues sólo está consagrada positivamente en el artículo 4° del CPP, sí está contemplada con tal carácter en los pactos. Así el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiere que: “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*” y la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 8.1 que “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”.

De esta forma y habiendo Chile suscrito los referidos tratados, ellos tienen aplicación en nuestro país de conformidad con lo que previene el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República.

¹⁴⁴ Cfr. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. pp. 6 ss.

Pues bien, si al valorar la prueba no se ha respetado la garantía de presunción de inocencia, según esta tesis, es posible recurrir ante la Corte Suprema por el cauce concedido por la letra a) del artículo 373 del CPP.

Esta causal de nulidad se ha intentado con escaso éxito. Se interpone el recurso de nulidad fundado en la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP, esto es vulneración de garantías fundamentales reconduciéndolo a la infracción de la presunción de inocencia, sin embargo, el máximo tribunal ha rechazado la mayoría de los recursos mediante un considerando tipo que reza lo siguiente: *“Que los argumentos esgrimidos para invocar la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal como fundamento de su recurso y de la competencia de esta Corte Suprema para conocerlo, se refieren más allá de la garantía que mencionan, se habría vulnerado, a una supuesta infracción a la valoración de la prueba conforme a derecho en la sentencia, y a la disconformidad en cuanto a la forma cómo lo hizo el Tribunal Oral en lo Penal, por lo que estima este Tribunal que ellos podrían configurar las causales de nulidad absoluta previstas en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, por cuyo motivo se procederá en conformidad con lo dispuesto en el artículo 383 inciso tercero letra a) del mismo código”*¹⁴⁵ y dispone su remisión a la Corte de Apelaciones respectiva.

En el período de vigencia del nuevo procedimiento penal, el máximo tribunal sólo en un fallo ha entrado al conocimiento del asunto, acogiendo el recurso por infracción a la presunción de inocencia vinculándola con la valoración de la prueba. Así en el llamado *“caso Chat”* razonó en el motivo octavo lo siguiente: *“Que, la condena de José Selim Chat Aldúñez y Valerio Bravo Echeverría como autores de los delitos de incendio frustrado e incendio consumado, sin que su participación haya sido acreditada en la forma prevista por la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Chile y el Código Procesal Penal, constituye motivo suficiente para anular tanto el juicio como la sentencia, por*

¹⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 27 de junio de 2007, Rol N° 2.054-07. Asimismo se aprecia esta motivación en los fallos de 11 de abril de 2006, Rol N° 1.444-06, 11 de abril de 2006, Rol N° 1.398-06; 29 de junio de 2006, Rol N° 2.882-06; 19 de junio de 2006, Rol N° 3.146-06; 25 de julio de 2006, Rol N° 3.435-06; 22 de agosto de 2006, Rol N° 4.011-06; 31 de octubre de 2006, Rol N° 5.383-06; 13 de noviembre de 2006, Rol N° 5.020-06; 28 de diciembre de 2006, Rol N° 6.248-06; 23 de enero de 2007, Rol N° 6.515-06; 23 de enero de 2007, Rol N° 6.664-06; 23 de enero de 2007, Rol N° 181-07; 23 de enero de 2007, Rol N° 6.516-06; 30 de enero de 2007, Rol N° 6.547-06; 19 de marzo de 2007, Rol N° 993-07; 19 de marzo de 2007, Rol N° 782-07; 29 de marzo de 2007, Rol N° 1.100-07; 9 de abril 2007, Rol N° 1.299-07; 20 de junio de 2007, Rol N° 2.425-07; 24 de mayo de 2007, Rol N° 1.900-07; 23 de mayo de 2007, Rol N° 2.242-07; 23 de mayo de 2007, Rol N° 1.772-07 y 2 de mayo de 2007, Rol N° 1.535-07.

*haberse producido la situación prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal*¹⁴⁶.

Como indicamos, la pretensión de la defensa es que se abra un cauce de nulidad para controlar, o mejor dicho, para realizar una nueva valoración de la suficiencia de la prueba rendida ante el tribunal de mérito.

§30. *Infracción a la garantía constitucional del debido proceso.* Igualmente se ha intentado obtener la declaración de nulidad por infracción a la garantía del debido proceso –justo y racional procedimiento- vinculada a la errónea apreciación del material probatorio, resolviendo el máximo tribunal que tal alegación es reconducible a la causal de nulidad absoluta del artículo 374 letra e) del mismo cuerpo de leyes y disponiendo –en un considerando tipo- su remisión a la Corte de Apelaciones respectiva, por lo que ha señalado: “*Que los argumentos esgrimidos por el recurrente para invocar la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal como fundamento de su recurso y de la competencia de esta Corte Suprema para conocerlo, se refieren más allá de la garantía que menciona, se habría vulnerado, a una supuesta infracción a la valoración de la prueba conforme a derecho en la sentencia, y a la disconformidad en cuanto a la forma cómo lo hizo el tribunal Oral Penal, por lo que estima este Tribunal que ellos podrían configurar la causal de nulidad absoluta prevista en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, por cuyo motivo se procederá en conformidad con lo dispuestos en el artículo 383 inciso tercero letra a) del mismo código*”¹⁴⁷.

§31. *Rechazo a la nulidad por infracción de garantías.* Este intento de ensanchar los márgenes del recurso en lo relativo a la apreciación de la prueba resulta inviable, y aún más innecesario, a la luz de lo que previenen los artículos 297, 342 letra c) y 374 letra e) del CPP chileno, como se analizará con detalle más adelante.

¹⁴⁶ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de abril de 2005, Rol N° 740-2005.

¹⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 2 de mayo de 2007, Rol N° 1.699-07. En el mismo sentido: Fallos de 24 de mayo de 2007, Rol N° 1.762-2007; de 12 de abril de 2007, Rol N° 1.187- 2007; 2 de mayo de 2007, Rol N° 1.743-07; 24 abril de 2007, Rol N° 647-07; 24 de abril de 2007, Rol N° 1.263-07; 23 de enero de 2007, Rol N° 6539-06; 6 de noviembre de 2006, Rol N° 5.432-06; 5 de septiembre de 2006, Rol N° 4111-06; 31 de julio de 2006, Rol N° 3.478-06; 15 de junio de 2006, Rol N° 2487-06; 13 de junio de 2006, Rol N° 1884-06; 15 de mayo de 2006; Rol N° 1.885-06; 23 de enero de 2006, Rol N° 6419-06; 8 de noviembre de 2006, Rol N° 5565-06; 15 de mayo de 2006, Rol n° 1.702-06; 12 de abril de 2006, Rol N° 1077-06; 10 de abril de 2006, Rol N° 1259-06; 18 de junio de 2007, Rol N° 2.470-07 y 11 de junio de 2007, Rol N° 2.683-07.

Entonces es posible afirmar -sin temor a errar-, que desechado que fuera el recurso extraordinario la vía en análisis de control autónomo de la valoración de la prueba por el cauce del artículo 373 letra a) del CPP, resulta inviable.

En Chile la interpretación de la letra a) del artículo 373 mencionado es improcedente, y aún innecesaria, como categóricamente se afirma, pues requiere la reproducción íntegra de los registros de audio del juicio oral ante la Corte Suprema, para que ésta, apreciando la prueba, realice una nueva y propia valoración, distinta a la del tribunal de mérito y concluya afirmando que se ha vulnerado o no la garantía de la presunción de inocencia.

Pueden, a fin de respaldar el rechazo de esta propuesta, proporcionarse dos órdenes de razones:

La primera es que en Chile la conjugación de las normas de los artículos 374 letra e), 342 letra c) y 297 del CPP, constituyen un contundente argumento jurídico normativo que desplaza la interpretación en comento.

En efecto, la conjugación armónica y sistemática de tales normas nos permite afirmar que el recurso de nulidad lo que persigue es la censura de la justificación de la suficiencia de los elementos de prueba para dar por concurrente el enunciado fáctico contenido en la acusación. No se busca cambiar la decisión del tribunal *a quo* sino que el control del tribunal superior se dirija a la motivación, pues cuando un tribunal conoce de un recurso y está facultado para decidir sobre el fondo de lo debatido y, en consecuencia, decidir nuevamente sobre la causa, controla lo fundado de la decisión a través de la motivación, lo que es distinto de aquella situación en que el control no pasa a través de la motivación para llegar a la decisión sino que versa sólo y precisamente sobre la motivación. “En el primer caso, el control de la motivación es un *medio* para controlar la justicia de la decisión (como ejemplifica el control en apelación); en el segundo, el control sobre la motivación se efectúa como un *fin* en sí mismo, controlando de ese modo la justificación de la decisión (situación que se retrata p. ej. en el control casacional en materia de hechos probados)”¹⁴⁸.

La interpretación contraria significaría revisar la decisión, tal como si se tratara de una apelación lo que implica subvertir el espíritu del recurso, pues después de los amplios debates que se originaron en la génesis del instituto, se desechó la apelación y el recurso extraordinario, que permitían revisar la decisión e incluso cambiarla, es decir, “si resulta acertada o no la relación que el juez de

¹⁴⁸ Igartua, J. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Ed. Temis, Lima-Bogotá, 2009, p. 27.

primer grado ha establecido entre los *elementos* de prueba y su *valoración*¹⁴⁹ y se concibió una vía de impugnación que se centra en la justificación de la decisión de tener por probados determinados enunciados de contenido fáctico y su motivación.

La censura a través del recurso de nulidad no requiere una nueva valoración de los elementos de juicio, mediante la aplicación directa del método inductivo inferencial o de corroboración de hipótesis o la evaluación directa de la prueba, sino un control del juicio de hecho que se realiza con posterioridad, únicamente fiscalizando la correcta aplicación del indicado método de corroboración de hipótesis y de la justificación de la suficiencia o insuficiencia de los elementos de juicio.

La segunda razón, y tal como se adelantó, resulta inviable y forzada la interpretación que se cuestiona, pues esta causal de nulidad que se pretende intentar, por infracción a la garantía de la presunción de inocencia y que representa “la evaluación directa de la suficiencia de la prueba para condenar a la luz de los registros del juicio oral”¹⁵⁰, requiere que el *ad quem* consulte el registro íntegro del juicio oral, pues sólo así podrá valorar nuevamente la prueba, audios que están contenidos en soporte digital, en circunstancias que con lo que cuenta el tribunal de nulidad es el texto de la sentencia, pudiendo consultar los registros del juicio oral (audio), si se reclama falta de consideración de alguna prueba rendida o inconsistencia en cuanto a lo que se vertió en el fallo y lo que se produjo en la audiencia de juicio. El expediente de escuchar y reproducir el audio completo implica trabas innecesarias y gastos de recursos materiales y humanos.

Debo consignar que en la configuración del recurso extraordinario lo que se pretendía –para subsanar la eliminación de la apelación- era que se repitiera el juicio ante el *ad quem* mediante la reproducción completa de los registros de audio, lo que posibilitaría un reexamen de la prueba rendida. Con la incorporación del recurso de nulidad y el explícito reconocimiento de las garantías procesales ínsitas en el juicio oral (fundamentalmente la centralidad de éste, la oralidad, la inmediación y el principio de contradicción) la reproducción de lo obrado en el juicio, si bien es factible a través las modernas técnicas que hoy se contemplan, es rechazable, no tiene sustento y se encuentra en pugna con aquellas garantías fundamentales y con el actual régimen de recursos, en que lo primordial es la legitimidad del enjuiciamiento, y no la posibilidad de revisar el mérito de lo

¹⁴⁹ *Ibidem.* p. 88.

¹⁵⁰ Accatino, D. “Forma y sustancia...” op. cit. p. 357.

decidido, caso en el cual es insoslayable contar con aquellos registros, la reproducción o repetición del juicio.

Resulta viable concordar entonces con el rechazo de la tesis que recurre a la infracción de garantías como cauce de nulidad por insuficiencia de la prueba, por resultar en Chile superfluo, pues se ha articulado un adecuado sistema de control del núcleo fáctico en el código de enjuiciamiento penal, según se ha afirmado con antelación.

Es por ello del todo coherente y acertada la reconducción de la causal y el reenvío por la Corte Suprema a la respectiva Corte de Apelaciones, para que, por la vía del artículo 374 letra e) del CPP, conozca de los defectos e incorrecciones en el establecimiento de los enunciados fácticos, y proceda, en los casos en que no se encuentre justificada la suficiencia de los elementos de prueba, para dar por corroborada la hipótesis de la acusación, en base a los criterios que proporciona el estándar de prueba, a declarar la nulidad del juicio oral y disponga la repetición del mismo.

Es preciso indicar en este acápite, que resultan relevantes aquellos postulados que sostienen que cuando no se respeta el estándar de prueba se viola la presunción de inocencia y que ello podría configurar una infracción de ley. En efecto, en nuestro sistema procesal penal se concibe el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable consagrado normativamente en el artículo 340 del CPP, el que no dice mucho respecto de qué es el estándar y cuándo puede entenderse éste satisfecho para derrotar la presunción de inocencia, por lo que habría que reformularlo desde el cognoscitivismo¹⁵¹. Ahora bien, si se ha transgredido el estándar de prueba, pues se ha condenado sin haber sido satisfechos los *tests* que lo integran, podría entenderse que se ha transgredido el artículo 340 ya referido y que ello podría reclamarse por la causal prevista en el artículo 373 letra b) del CPP que señala: *“Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: b) Cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiese hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*.

De esta manera y siguiendo los lineamientos de esta interpretación, si se estima que se ha aplicado erróneamente el estándar de prueba contenido en la norma legal indicada precedentemente, a la par que se viola la presunción de inocencia, se entiende que se ha efectuado una errónea aplicación del derecho y

¹⁵¹ Propuestas que serán examinadas en el capítulo tercero de este trabajo.

que procede por este cauce la revisión de la sentencia. Sin embargo este postulado, que podría ser acertado, resulta superfluo en la legislación chilena, pues el sistema de valoración racional de la prueba que se contempla y su interpretación sistemática, permiten que se recurra de la infracción al estándar de prueba y, a través de la él, de la vulneración a la presunción de inocencia, por la vía de la causal de defecto de motivación.

II.- Las razones que justificarían la Interpretación restrictiva de los controles a posteriori

§32. *El recurso de nulidad y su interpretación en la praxis.* Hasta este punto hemos efectuado un recorrido por el panorama existente en la práctica jurisprudencial en cuanto a la hermenéutica del recurso de nulidad y la tendencia que es posible advertir. Ahora, por qué se ha interpretado mayoritariamente con un sesgo restrictivo el recurso de nulidad, en el inicio de la implementación sistema procesal penal chileno, y la mantención de esta, al parecer, errada tesis, es la cuestión que pretendo abordar continuación.

Esta hermenéutica del instituto, que es cuestionada en este trabajo, no tiene una causa única y tampoco una única vertiente, pudiendo apreciarse en los últimos años, una paulatina apertura hacia los hechos.

El sistema procesal penal, como se ha señalado, es de relativa reciente implementación (progresivamente desde el año 2000 al 2005) y pese a que el recurso de nulidad, en su causal de la letra e) del artículo 374, fue concebido precisamente para cubrir aquellos espacios donde la prueba ha sido incorrectamente analizada y, por ende, los hechos incorrectamente establecidos, se ha plasmado en su implementación práctica una tendencia marcadamente restrictiva o limitada. Ello es muy probablemente explicable, por la pervivencia del subjetivismo, presente en el antiguo sistema de enjuiciamiento criminal, lo que ha irradiado a los principios constitutivos del nuevo procedimiento, tales como la intermediación y la libre valoración de la prueba.

Igualmente la supresión del recurso de apelación –que fue debatido y central en la aprobación del proyecto de ley que se plasmó en el actual CPP- trajo como consecuencia, que la revisión de los hechos quedara limitada y restringida por el terror a identificar el recurso de nulidad con el de apelación, levantándose casi

como consigna que la nulidad sólo recae sobre cuestiones de derecho y que cualquier aproximación a aquéllos importaría subvertir el sistema.

La interpretación del recurso de nulidad ya anotada no se aviene a los cambios que se han producido en la interpretación de la casación (especialmente en la dogmática) y que, desde la posición más ortodoxa que la concebía en su rol de unificadora de la jurisprudencia y protectora de la ley, le ha imprimido influjos provenientes de la consagración de garantías procesales en los instrumentos internacionales que la miran como adecuado camino para asegurar la justicia del caso concreto, en materia penal fundamentalmente, en los casos en que es la única vía para impugnar la decisión de condena¹⁵².

A pesar de esta evolución, la casación – y consecuentemente la nulidad-tropieza con los principios propios del sistema acusatorio, a los que debe adaptarse y con enclaves que pueden explicarse recurriendo a su génesis, en base a los que estrecha sus márgenes por el temor a transformarse en instancia; reducida hermenéutica que se ha sustentado en la reiterada consigna que el instituto es un recurso extraordinario, que no constituye instancia, por lo que sólo está reservado a las cuestiones de derecho so pena de trastocar su naturaleza.

Igualmente se recurre a los principios de inmediación y libre valoración de la prueba para coartar los afanes amplificadores del recurso pues en el caso del primero se suele invocar estimando que el convencimiento que se adquiere en la audiencia de juicio se obtiene en forma instantánea, en un momento casi mágico y extático, formándose de esta manera un razonamiento que se torna inefable y blindado a toda posibilidad de control. A su turno, la libre valoración de la prueba enarbola precisamente la libertad del adjudicador, elevándola a la categoría de soberana y por lo tanto sin contrapesos, lo que también aleja toda posibilidad de delimitar y cuestionar la aplicación de los parámetros de racionalidad que deben estar presente en todo sistema de sana crítica racional.

5.- La incidencia de la libre valoración de la prueba en la interpretación de la nulidad

§33. *Cuánto pesa la libre valoración en la visión estrecha del recurso de nulidad.* Uno de los factores que contribuyen a estrechar los contornos que debe respetar el recurso de nulidad en el ámbito del control de los enunciados fácticos,

¹⁵² Vid. Pastor, D. *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal.* Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001. pp. 85 y ss.

es la confusión existente en orden al sistema de libre valoración de la prueba, el cual se interpreta mayoritariamente en clave subjetivista, excluyendo inconscientemente la posibilidad de objetivar la valoración y el consecuente control de la misma.

En efecto, se pretende que los parámetros de racionalidad contenidos en el artículo 297 del CPP constituyen un perímetro infranqueable para quien realiza la valoración, el que puede ser graficado como una reja que delimita el espacio que los adjudicadores deben respetar al efectuar la ponderación de la prueba, es decir, no debe transgredir los límites de la lógica, las máximas de experiencia ni los conocimientos científicos, pero se estima, asimismo, que dentro de este espacio existe plena libertad para los sentenciadores y que, por tanto, este margen está fuera del alcance del control del tribunal de nulidad.

Así, es posible afirmar que en el tiempo que corre desde la implementación de la reforma procesal penal hasta hoy en Chile, los tribunales superiores mayoritariamente han evidenciado una confusión conceptual en orden a darle un correcto contenido al continente del mencionado artículo 297, siendo del todo pertinente afirmar que en este ejercicio de control la libre valoración de las pruebas, por regla, termina por producir una suerte de *quid inefable*¹⁵³, sustraída de cualquier forma de control, con ello se pierde de vista que el convencimiento del juez debe estar libre de vínculos normativos, pero no de reglas de racionalidad que otorguen garantías.

Esta interpretación da cuenta de una eventual tensión entre el sistema de libre valoración racional de la prueba y la existencia de control por un órgano distinto de aquel que la realizó, sin embargo, es posible adelantar que esta tensión únicamente tiene cabida en una interpretación subjetivista de la valoración, que promueva la soberanía del tribunal de fondo dentro de los contornos del artículo 297, interpretación que, si bien progresivamente está siendo abandonada, todavía tiene cabida muy ostensiblemente en la jurisprudencia nacional.

Es ejemplo de lo que se reseña el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción que resolvió que “...no cabe discutir la apreciación de la prueba que de manera soberana, han realizado los jueces de primer grado, ya que en este caso sólo se trata de revisar si efectivamente el fallo cumple con los requisitos

¹⁵³ Cfr. Gascón, M. *Los hechos en el derecho*.... op. cit. p. 199.

formales que señala la ley, y en este aspecto, la sentencia recurrida no merece reproche”¹⁵⁴.

También ha interpretado el alcance del recurso, estimando que la libre valoración importa un freno a la posibilidad de control, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al resolver que “...*habiendo aplicado correctamente el artículo 297 del Código Procesal Penal, los jueces han sido soberanos para apreciar la prueba rendida en la audiencia y esta Corte no puede entrar a ponderar los hechos establecidos pues con ello vulneraría el principio de la inmediación, sea que comparta o no las conclusiones de esa valoración*”.¹⁵⁵

Estos pronunciamientos son palmarios en cuanto al sesgo subjetivista que se le imprime a la libre valoración de la prueba, el uso del adjetivo *soberano* da cuenta de ello, estableciendo un espacio libre de la injerencia de otro órgano, en el que prima la plena libertad sin contrapesos, es decir, el parecer particular y subjetivo del “soberano”.

En idéntica línea se aprecia la sentencia de la misma Corte, la cual consignó “...*el Tribunal ante el cual se realizó el juicio, es soberano para apreciar y valorar la prueba y por lo tanto la credibilidad de los testigos de cargo, de modo tal que a esta Corte le parezca o no acertadas las conclusiones de esa valoración; le está vedado alterar los hechos establecidos por el fallo, si no se han vulnerado aquellos principios y reglas ya señalados, no cabe sino desestimar el recurso de nulidad*”¹⁵⁶.

En sentencias más actuales se hace alusión -expresa o implícitamente- a la soberanía del juez de los hechos, no obstante lo cual de todas formas se analiza la racionalidad del juicio de hecho, siendo muy variable la profundidad y acuciosidad del tal examen. Así se ha sostenido: “*Tampoco corresponde a este Tribunal revisar dicha ponderación o sus fundamentos, por ser facultad privativa de los jueces del Tribunal del Juicio Oral, únicos que están en situación de ponderar y valorar la prueba que han percibido directamente en la audiencia (...)*”¹⁵⁷

¹⁵⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 24 de junio de 2005, Rol N° 329-2005.

¹⁵⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 2 de octubre de 2006, Rol N° 265-2006.

¹⁵⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 28 de febrero de 2007, Rol N° 24-2007.

¹⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 27 de mayo de 2014, Rol N° 7785-14. Se alude igualmente a la soberanía del juzgador en sentencias de la misma Corte de fecha 24 de julio de 2013, Rol N° 3887-2013, de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 15 de diciembre de 2014, Rol N° 479-2014, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 4 de diciembre de 2013, Rol N° 320-2013 y de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 3 de julio de 2014, Rol N° 1503-2014, entre otras.

§34. *La libre valoración que perpetúa la interpretación estricta del recurso de casación.* La libre valoración de la prueba, paradójicamente, es uno de los factores que contribuyen al estrechamiento de los márgenes del recurso de casación español, pues superado el sistema de prueba legal se entró de lleno en la aplicación del de libre valoración de la prueba o íntima convicción; sin embargo, este sistema originalmente fue concebido no sólo como la “liberación de las reglas legales de valoración, sino como la liberación de toda regla, incluidas las de lógica o las leyes científicas”¹⁵⁸, así se interpretó prontamente que el juez era llamado a juzgar según su personal convicción sobre los hechos, entendiéndose que dicho mandato le autorizaba –más aún-, le imponía atenerse en todo caso a su convicción íntima o en conciencia¹⁵⁹.

Es válido el cuestionamiento que formulaba ya hace algunos años Walter¹⁶⁰, en orden a que “si se parte de la base de que el control de una sentencia en casación solo puede extenderse a la ‘cuestión de derecho’, pero no a la ‘cuestión de hecho’, tenemos que preguntarnos, por lo pronto, cuando se examinan no obstante constataciones y apreciaciones cumplidas por los jueces de los hechos, hasta qué punto esa práctica resulta compatible con el principio de libre apreciación de la prueba”.

Dicho en otras palabras: ¿puede el principio de la libre apreciación de la prueba ser opuesto a un intento de llevar a casación constataciones cumplidas por el juez de los hechos, o estamos en presencia de un ‘limite’ al principio? Tal pregunta fue inicialmente contestada afirmativamente por la doctrina española, entendiéndose que el referido principio hacía incontrolable en casación lo resuelto por el tribunal de fondo en cuanto a los hechos, estimándose igualmente que el adjudicador en esta parcela de su pronunciamiento era soberano e inexpugnable¹⁶¹, y en base a tal doctrina se emitieron pronunciamientos como el que indica que “*los tribunales apreciaran las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado o imputado en conciencia, es decir, no ya sin reminiscencia de valoración tasada o predeterminada por la ley –sistema felizmente superado- o siguiendo los dictados*

¹⁵⁸ González Lagier, D. “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, *Revista Jueces para la democracia*, Julio de 2003, N° 47, p. 40.

¹⁵⁹ Vegas, J. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Ed. La ley, Madrid, 1993, p. 158.

¹⁶⁰ Walter, G. *Libre apreciación de la prueba*, Editorial Temis, Bogotá, 1985. pp. 349 y ss.

¹⁶¹ Vid. Montero, J. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 161-162. Señala además, este autor que: “En contra de lo que tradicionalmente se ha venido manteniendo el llamado sistema de la prueba libre no se introdujo para dar al proceso un elemento de racionalidad, sino para dejar en libertad absoluta al jurado, de modo que por prueba libre se entendió íntima convicción, con lo que ésta condujo a la arbitrariedad”.

o reglas de la sana crítica o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tal libérrimo u omnímmodo que el juzgador, a la hora de apreciar los elementos probatorios puestos a su disposición, no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder a ese análisis y a la consecutiva ponderación con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial”¹⁶².

Lo anterior, entonces ¿se trataría simplemente de una formulación hiperbólica, mediante la cual se pretende destacar la libertad del juzgador penal en la valoración de la prueba, pero que no debe tomarse al pie de la letra? Aunque es posible que algo de exageración puramente literaria haya en el fragmento jurisprudencial transcrito, elucubra Vegas¹⁶³, parece, sin embargo, que puede entenderse también que en el mismo se deja abierta, efectivamente, la posibilidad de que el juzgador dé crédito a elementos incriminatorios, que según las reglas de la lógica y la razón, no lo merecerían.

El juez de los hechos en virtud de una supuesta sabiduría que surge de la experiencia de larga data, dando valor de corroboración a pruebas que no lo poseen o que pueden calificarse de débiles, o derechamente al margen de los elementos de prueba producidos, realiza una apreciación de los insumos probatorios de manera libérrima y omnímmoda, y al no existir, consecuentemente, exigencias de fundamentación, lo que decida será llanamente incontrovertible e incontrolable.

La concepción anterior y la eventual tensión entre el principio de libre valoración de la prueba y el control, que del núcleo fáctico pueda hacerse a través del recurso de casación, sólo es posible de explicar si se comprende la libre valoración racional en clave subjetivista¹⁶⁴, mismo prisma desde el cual se interpreta el principio de inmediación, existiendo una conexión entre ambos, que permite comprender la estrechez de las posibilidades contraloras del instituto.

¹⁶² STS Español de 10 de febrero de 1978.

¹⁶³ Vid. Vegas, J. op. cit. p. 163.

¹⁶⁴ Ferrer ha explicado la falta de controles y sus efectos de la siguiente forma: “La jurisprudencia constitucional y ordinaria no ha sido muy exigente a la hora de controlar la falta de motivación en materia de hechos probados. Tampoco la doctrina procesal mayoritaria ha ido mucho más allá. Creo que ello es debido a dos tipos de razones: en primer lugar, a la falta de una teoría normativa que establezca algunos criterios de racionalidad que rijan en el ámbito de la libre valoración de la prueba. A falta de esos criterios claros, se tiende a maximizar el carácter de libre de la valoración, su vinculación a la íntima convicción del juez. (...) En segundo lugar, y en consonancia con lo anterior, se opera con una noción de prueba y de hecho probado marcadamente subjetivista que no distingue entre que un hecho esté probado y que haya sido declarado probado por un juez o un jurado”. Ferrer, J. “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, *Revista Jueces para la democracia*, N° 47, julio 2003, pp. 29-30.

Esta forma de entender la apreciación de la prueba exacerbando al máximo la existencia de una libertad sin contrapesos, acarrea dos consecuencias: a) la valoración de la prueba corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales de primera instancia, porque ante ellos se desarrolla la actividad probatoria, y además, b) éstos no están obligados a manifestar las razones que le llevan a formar su íntima convicción, porque ésta, “al constituir solamente un estado de conciencia, escapa al control casacional”¹⁶⁵.

§35. *Segunda etapa en la forma de entender la libre valoración.* Razonamientos como el referido en el pronunciamiento judicial aludido, no campean en demasía en estos tiempos, sin embargo, “el problema es que denotan un estado de cultura en la materia constituido a lo largo de un largo periodo de tiempo que no se remueve fácilmente”¹⁶⁶, reflejo de lo anterior es que hoy en día se suele afirmar que la libre valoración de la prueba no puede transgredir -o está limitada por- las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o el conocimiento científico, sin articular suficientemente lo que cada uno de estos parámetros de racionalidad representa y aludiendo a que sólo es controlable en casación, la estructura lógica de la motivación.

Así se sostiene, que “la doctrina procesalista y la jurisprudencia han superado ya la falacia de la ‘íntima convicción’, señalando que la valoración de la prueba no puede ser una operación libre de todo criterio y cargada de subjetividad, sino que debe estar sometida a las ‘reglas de la lógica’, las ‘reglas de la sana crítica’, ‘de la experiencia’, del ‘criterio racional’ o del ‘criterio humano’. Se trata sin embargo, de referencias sumamente vagas y muy difíciles de concretar”¹⁶⁷.

Refuerza este predicado, lo señalado por Igartua¹⁶⁸, quien radical opina que el control casacional, sin duda, ha tendido a expandirse producto de ímpetus renovadores, pero que existe un tabú que la casación no osa transgredir: la intangibilidad de la libre valoración probatoria, o sea los criterios mediante los cuales de un medio de prueba o de un indicio (o incluso de una serie de indicios) se consigue un cierto convencimiento y no otro, lo que explicaría que la casación no disimule su natural repulsa a tratar con visitantes de otra casta, como son las máximas de la experiencia.

¹⁶⁵ González Lagier, D. “Hechos y argumentos...” op. cit. p. 40.

¹⁶⁶ Andrés, P. “Sentencia penal: Formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción”, *Rev. del Poder Judicial*, N° 57, Primer trimestre de 2000, p. 165.

¹⁶⁷ González Lagier, D. “Hechos y argumentos...” op. cit. p. 41.

¹⁶⁸ Igartua, J. *El Comité de Derechos...* op. cit. p. 121.

Se insiste entonces por la doctrina, en que hoy día el límite lo representa la estructura racional de la motivación y que este límite está estrechamente conectado con el principio de inmediación, pues reiteradamente se ha sostenido que lo relacionado con la credibilidad de las declaraciones prestadas ante los tribunales de fondo, no pueden ser objeto de revisión, por el cauce del recurso de casación. Lo anterior no deviene de “una cierta soberanía de los jueces *a quibus* – como se sostenía en otros tiempos, (...) la razón de esta doctrina jurisprudencial es la imposibilidad técnica del Tribunal de casación de ver y oír las declaraciones testificales, en forma directa (es decir, con inmediatez). La convicción en conciencia respecto de la prueba testifical y de las declaraciones de los inculpados depende de la percepción directa de las mismas, por lo tanto, ella no es revisable en la medida en la que no es posible la repetición de la prueba”¹⁶⁹.

Esta interpretación, no obstante deja a salvo la posibilidad de revisar la estructura racional del juicio sobre los hechos, esto es, la aplicación racional de la triada conformada por la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

Se distingue, al servicio de los afanes reduccionistas, entre la estructura de la motivación y la valoración de la prueba, así “la ‘estructura’ de la motivación es la secuencia constituida por una máxima de experiencia (premisa mayor), un dato probatorio (premisa menor) y un hecho probado (conclusión). En cambio, la ‘valoración’, concierne al fundamento de la máxima de experiencia adoptada”¹⁷⁰, por lo anterior se dice que “para que control casacional sea el que debe y no se travista en un control sobre la valoración es necesario y suficiente con que se verifique si la motivación ha respetado la ‘estructura’ de la motivación (encadenando correctamente la máxima de la experiencia, el dato probatorio y el hecho establecido como probado); nada más que eso”¹⁷¹.

A fin de escudriñar en los fundamentos de esta postura mezquina o, si se quiere, limitada de la casación, es menester observar tanto la libre valoración de la prueba como el principio de inmediación desde un prisma subjetivista. En efecto, como se ha adelantado, si se considera que el contacto “directo” con los medios de prueba provoca un convencimiento que surge de manera automática, casi mágica y causa en el adjudicador un estado inefable y por lo mismo exento de todo deber de motivación y de posibilidad de control y que la libre valoración de la prueba, sólo reconoce como límite las reglas de la lógica, las máximas de

¹⁶⁹ Rives, A. *La prueba en el proceso penal, Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Ed. Thomson, Arazandi, Pamplona, 2008, p. 49.

¹⁷⁰ Igartua, J. *El Comité de Derechos...* op. cit. p. 122.

¹⁷¹ *Ibidem*.

experiencia y el conocimiento científico, pero sin delimitar lo que cada uno de dichos parámetros o cánones de racionalidad significan, quedando por lo tanto sujetas al personal criterio de quien las utiliza, obviamente las posibilidades de control del juicio de hecho se minimizan al máximo o prácticamente desaparecen.

§36. *Consagración normativa del principio de libre valoración en Chile.* En nuestra realidad se ha plasmado normativamente un modelo de valoración de la prueba, que se contiene en el artículo 297 del CPP, que señala que *los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*, agregando el artículo 342 letra c) -en orden a los requisitos que debe contener la sentencia-, *la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297.*

De esta forma se ha construido en Chile, un moderno sistema de valoración de la prueba, a diferencia de lo que ocurre en España¹⁷² en que existen preceptos aislados, los que gracias a labor emprendida por la jurisprudencia y, especialmente, por la doctrina, que ha realizado una interpretación amplia y extensiva de aquéllos, han servido de base a la apreciación de la prueba en sede cognoscitiva.

A pesar de esta consagración normativa, la interpretación en Chile del sistema de la sana crítica racional se ha visto inicialmente impregnada muy fuertemente por el subjetivismo, centrándose primordialmente en la libertad de prueba y dejando de lado la fuerte exigencia de motivación, remplazando incluso en etapas iniciales, esta obligación por la transcripción de lo vertido en el juicio oral y la mención ritual del respeto a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, sin articular esfuerzos por dotarlos de contenido.

Es factible entonces, comprender el fenómeno restrictivo que en Chile se ha producido en orden a la viabilidad de controlar el razonamiento probatorio, pues se sigue funcionando en la dinámica del fuero interno, de la convicción íntima y

¹⁷² En España la LECr establece en su artículo 717 que: *“Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testimoniales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional”*, por su parte el artículo 741 señala: *“El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”* y finalmente el artículo 973 dispone: *“El juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas(...)”*.

subjetiva, muy arraigado en la cultura jurídica y, especialmente, en la praxis judicial chilenas, prueba de lo cual son los pronunciamientos jurisprudenciales transcritos que remiten a la “soberanía del juez” al momento de valorar la prueba, soslayando la exigencia normativa contenida en el artículo 297 que expresamente alude a los cánones de racionalidad que deben colmarse y respetarse, dejándose constancia que en los últimos años se advierte una tendencia, que intenta distanciarse de esta interpretación en los términos ya señalados.

§37. *Derecho continental: una cierta evolución hacia la racionalidad.* En este mismo orden de ideas, es apreciable en el derecho continental una evolución desde la libre convicción entendida como “un sistema intelectual tan particular y subjetivo como el de cada persona”¹⁷³ –época de la decisión libérrima y omnímoda del juez- hasta la interpretación de la libre valoración en sede racional¹⁷⁴. Así, en “materia de libre convicción, ha pesado y sigue pesando notablemente la versión no racional, intuitiva, de la *intime conviction* en conexión con el criterio de *verdad material* como supuesto objeto de descubrimiento que no podría dejar de revelarse a un juez, en la inmediación y con la actitud (moral) adecuada”¹⁷⁵.

Esta concepción ha prevalecido ampliamente en la cultura jurídica, prueba de ello es la cita de una *summa* procesal “muy usada en años todavía no muy lejanos, en la que podía leerse que ‘la sentencia ha de basarse en un estado de conciencia...en un juicio crítico interno, que se proyecta al exterior [en] afirmaciones (...) no hay porque razonar y sería procesalmente incorrecto hacerlo sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador...”¹⁷⁶. Aunque actualmente no es fácil encontrar citas como la transcrita, como fuera examinado con mayor detalle en los acápites que preceden a éste, la jurisprudencia sigue funcionando en una dinámica subjetivista o intimista, al interpretar el principio de libre valoración como un límite a la posibilidad de censura del material probatorio, lo que resulta lógico pues si se concibe a la libre valoración de la prueba como una regla positiva, que remite a la creencia del juez como criterio de decisión sobre la prueba, es coherente pensar

¹⁷³ Gascón, M. *Los hechos en...* op. cit. p. 159.

¹⁷⁴ Existiendo múltiples propuestas en esta sentido: Cfr. Andrés, P. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Rev. Doxa*, N° 12, 1992. Igartua, J. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, Gascón, M. *Los hechos en...* op. cit. pp. 157 y ss., Ferrajoli, L. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, (traducción de Perfecto Ibáñez y otros), Editorial Trotta, Madrid, 1997, pp. 129 y ss. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 61. González Lagier, D. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Ed. Temis, Bogotá, 2005, pp. 53 y ss.

¹⁷⁵ Andrés, P. “Sentencia penal...” op. cit. p. 11.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

que el convencimiento que surja de aquellas creencias resulta incontrovertible y por lo tanto inobjetable, por lo que se reducen tendencialmente las exigencias de motivación y la posibilidad de control.

Es válido señalar que inicialmente la convicción judicial en su reducción psicologista experimentó una degradación a mero estado emocional, cuyo proceso de formación transcurre sub especie de incontrolable proceso psíquico, cual curso de sensaciones que acontece en la mente del juzgador y sobre las que su yo consciente tendría que interrogarse como si actuase desde fuera, únicamente para registrarlas¹⁷⁷, sin embargo, lo anterior no es la única manera de entender el principio de libre valoración de la prueba pues el propio Carrara postuló como de 'convicción razonada', porque el juez debería convencerse 'según la razón y según el proceso'¹⁷⁸.

Pero ha tenido que pasar más de un siglo para que ese otro paradigma lograra un aceptable grado de implantación, aunque es muy cierto también que hoy todavía comparte el espacio de la jurisdicción con muy perceptibles y sólidas supervivencias de la *intime conviction* en su versión más tradicional, que aun cuando se sigue practicando, ya no se defiende expresamente, porque iría incluso contra el dictado de las leyes de última generación en la materia y contra la lectura constitucional de las decimonónicas todavía en vigor¹⁷⁹.

Fenómeno similar se da en Chile, aun cuando el sistema de sana crítica racional -como se indicó- es de reciente implementación, por cuanto "la incorporación del principio de libre convicción ha estado marcado por una notable unanimidad de la doctrina procesal en torno a una concepción 'racional y justificada' del mismo, según la cual éste no libera al juez de la sujeción a las 'reglas de la sana crítica' o del 'correcto entendimiento humano'. Con todo, al mismo tiempo sigue vigente, de modo soterrado, en la misma doctrina y en nuestra práctica judicial, una noción subjetivista de la prueba, que entiende que el objetivo fundamental de la actividad probatoria es la de lograr la convicción del tribunal y que vincula conceptualmente la prueba de un hecho con la adquisición por parte del tribunal del estado mental consistente en la creencia en la ocurrencia de ese hecho"¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Vid. Andrés, P. "Sobre prueba y motivación...", op. cit. p. 52

¹⁷⁸ Vid. *Ibidem*. p. 53.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ Accatino, D. -"La fundamentación de la declaración de los hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico", *Rev. de Derecho UACH*, vol. XIX, n. 2, diciembre, 2006, p. 18.

6.- La influencia de la inmediación

§38. *Influencia de la inmediación en la hermenéutica del recurso de nulidad.* Dijimos que existe una multiplicidad de causas, en que el discurso de los tribunales superiores pretende sustentar su interpretación estrecha y limitativa del recurso, que aún subsiste. Así es muy frecuente encontrar en las sentencias de los tribunales de nulidad alusión directa al principio de inmediación como barrera que impide fiscalizar adecuadamente la valoración libre de la prueba.

Se suele afirmar que como el tribunal que realiza la censura no presencié la rendición de los medios de prueba, no está en condiciones de determinar si se produjeron defectos en la apreciación que de los elementos de prueba realizaron los jueces de fondo. Es decir, su invocación a fin de avalar una concepción restrictiva del recurso de nulidad implica sobredimensionar su alcance, como si constituyera, no una técnica de formación de la prueba, sino un método autónomo de valoración de la misma.

Es posible explicar esta concepción amplificada de la inmediación, nuevamente en base a la pervivencia del sistema subjetivista e irracional de la valoración, el retorno de la convicción íntima que permite a los sentenciadores, mediante el contacto directo con la prueba alcanzar un “estado mágico de convencimiento” que los transporta a la decisión final, excluyendo elementos de racionalidad e intersubjetividad y minimizando o impidiendo la posibilidad de control.

Se ha resuelto así por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt¹⁸¹, que “...en el proceso oral, por imperativo del principio de inmediación, el Tribunal ante el cual se realizó el juicio, es soberano para apreciar y valorar la prueba y por tanto la credibilidad de los testigos y peritos...” y que “...los jueces han sido soberanos para apreciar la prueba rendida en la causa y este tribunal no puede entrar a ponderar el hecho establecido pues con ello vulneraría gravemente el principio de la inmediación”.

Por otra parte, se ha resuelto que en base al principio de inmediación, la credibilidad que se le asigne a un testigo y el valor probatorio que de ello emana está fuera del alcance del control del tribunal que conoce del recurso. Así, se ha resuelto por la Corte de Apelaciones de Copiapó que “...los reproches que al señor defensor le merecen los dichos de esta única testigo presencial, entran

¹⁸¹ Sentencias de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fechas 21 de marzo de 2007, Rol N° 44-2007 y 28 de junio de 2006, Rol N° 146-2006.

*derechamente en el terreno de la credibilidad que los mismos pueden tener, cuestión que, como tantas veces se ha reiterado, es privativa de los sentenciadores del juicio*¹⁸².

Contribuye a la distorsión en orden al adecuado alcance que debe dársele al recurso de nulidad en esta materia, la distinción entre prueba directa y prueba indirecta y la comprensión de la testimonial dentro de las primeras, lo que importaría menores exigencias de justificación y que, por ende, estaría excluida del control del tribunal de nulidad, pues se estima que no existiría necesidad de racionalizar la información y que el convencimiento se adquiriría de inmediato y en forma espontánea, sin necesidad de ningún proceso inferencial, producto de la inmediación, tal como detallaremos en el capítulo dedicado a ella.

§39. *La inmediación y su incidencia en la interpretación de la casación.* Se ha consignado que impera en la doctrina y, con mayor intensidad, en la jurisprudencia, una visión limitada del control que mediante la casación pueda realizarse sobre la forma en que se establecen los enunciados de contenido fáctico en la sentencia y las conclusiones a que ha arribado el adjudicador. Tal hermenéutica en exceso restrictiva, es posible comprenderla si nos atenemos a la concepción de la inmediación en clave subjetivista y, además, a la confusión que existe entre el control sobre el juicio de hecho y la valoración directa de la prueba, según se pretende esclarecer en el curso del presente trabajo.

Alguna doctrina¹⁸³ ha entendido que el principio de inmediación significa que el Juez debe configurar su juicio sobre la base de la impresión personal que ha obtenido del acusado y de los medios de prueba y encuentra su origen en la negación del sistema de justicia secreta, que sólo se exteriorizaba en la ejecución pública de penas, frecuentemente crueles, pues la publicidad de la ejecución penal y el secreto del proceso fueron elementos característicos del sistema penal del antiguo régimen. El Estado liberal invirtió esta situación como una condición del principio democrático: sólo cabe un gobierno del pueblo, si el pueblo puede saber cómo gobiernan y administran sus representantes. El procedimiento judicial debe ser público y oral, ya que sólo bajo esas condiciones era posible un control

¹⁸² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de fecha 7 de marzo de 2008, Rol N° 23-2008. Ha dicho hace escasos meses la Corte Suprema que: “*Sin perjuicio de ello, importa señalar que en un recurso como el de la especie, no ha sido dada a esta Corte la Facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad*” sentencia de fecha 8 de octubre de 2015, Rol N° 10.602-15.

¹⁸³ Vid. Bacigalupo, E. *Justicia Penal y derechos fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 201 y ss.

democrático de la justicia. “La consecuencia necesaria de la publicidad y la oralidad era, por lo tanto la inmediación: si el juicio se debía realizar oralmente, para que cualquiera pudiera verlo, oírlo y entenderlo, los jueces, imprescindiblemente, sólo podían acceder a la prueba que se practicaba ante ellos de viva voz”¹⁸⁴.

No es infrecuente que, en base a los resabios que da cuenta el desarrollo aludido se tienda a confundir la inmediación con la oralidad como si constituyeran una sola cosa¹⁸⁵, indiferenciable e inescindible e incluso se les concibe ligadas a otros componentes, tales como la publicidad, y el contradictorio, en circunstancias que se trata de principios diferenciables y ni siquiera necesariamente unidos¹⁸⁶.

Así la oralidad implica “que es el juicio oral en donde hay que practicar las pruebas, porque sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamento legítimo de la sentencia, así lo exige tanto el carácter público del proceso como el derecho a defensa”¹⁸⁷.

Pese a esta posibilidad de diferenciar claramente los principios y entender su utilidad o función en el procedimiento penal y en la valoración de la prueba, es posible encontrar en la jurisprudencia razonamientos como: *“Al Tribunal de Casación, en su función de control sobre la observancia del derecho a la presunción de inocencia, corresponde comprobar la existencia de prueba de cargo que sea objetivamente lícita, practicada con observancia de los requisitos legales condicionantes de su validez procesal y bajo los principios de contradicción e inmediación, y de contenido incriminador como prueba de cargo. No alcanza en cambio la posibilidad de hacer una nueva valoración de la prueba, que es facultad exclusiva y excluyente del Tribunal de instancia conforme al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (...) La ponderación del resultado probatorio obtenido, valorándolo y sopesando la credibilidad de distintas pruebas contradictorias corresponde únicamente al Tribunal que presencié la prueba de cargo, a través del correspondiente juicio valorativo, del que en casación sólo cabe revisar su estructura racional, es decir, lo que atañe a la observancia en él, por parte del Tribunal de instancia, de las reglas de la lógica, principios de experiencia o los conocimientos científicos. Fuera de esta racionalidad del juicio valorativo, son*

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ “A su vez, el principio de libre valoración de la prueba llevó al dogma de la única instancia, por la dificultad de revisar vía recurso la apreciación probatoria del Juez que presencié la prueba bajo la inmediación y oralidad”. Montañez; M. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 124.

¹⁸⁶ Cfr. Igartua, J. “El Comité de Derechos...”, op. cit. p. 88.

¹⁸⁷ Jaén, M. *Estudios Penales*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 406.

*ajenos al objeto de la casación los aspectos del mismo que dependan sustancialmente de la inmediación, o sea, de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal*¹⁸⁸.

En el mismo sentido se ha resuelto *“El tribunal a quo, ha explicado en su fundamento jurídico primero que el fundamento de su convicción en conciencia fueron las contradicciones y la falta de credibilidad de las declaraciones de los procesados que, a su vez, se inculparon recíprocamente. Este juicio depende, indudablemente de la percepción directa de esas declaraciones y, por lo tanto, no puede ser revisado por esta Sala que carece de inmediación y que ni ha visto con sus ojos, ni ha oído con sus oídos los dichos de los procesados. (...) El juicio de los Tribunales de instancia sobre la prueba no resulta objeto de revisión, en principio, en el marco del recurso de casación en todo aquello en que depende de la oralidad y la inmediación; por el contrario -ha agregado la Sala en numerosos precedentes- puede ser objeto de revisión la adecuación del juicio a las reglas de la lógica, a los principios de la experiencia y a los conocimientos científicos*¹⁸⁹.

Predicados como los reseñados se han mantenido en el tiempo, así se ha señalado *“El recurso establecido en el num. 2 del art.849 LECr no introduce una excepción al principio de inmediación sino que viene a confirmarlo, como claramente se desprende de que el recurso se tenga que basar en documentos obrantes en autos que ‘demuestren’, esto es, que evidencien por sí solos la equivocación del juzgador, lo que queda aún más explícito cuando, en el art. 855, párrafo segundo de la LECr, se exige que en el escrito de preparación de un recurso de casación por error de hecho se designen los particulares del documento que ‘muestren’ el error en la apreciación de la prueba. Si el documento aducido en el recurso tiene que ‘mostrar’ el error, es porque éste no puede ser declarado por el Tribunal de casación sino cuando ante el documento se encuentra en las mismas condiciones de inmediación en que estuvo el Tribunal de instancia*¹⁹⁰.

En base a pronunciamientos como el anterior se afirma categóricamente que “[l]a fiscalización o control del Tribunal Supremo en casación consistirá, o deberá consistir, en la comprobación de que el juicio del juez de la instancia se ajustó a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los

¹⁸⁸ Sentencias del TS Español de fecha 30 de septiembre y 8 de marzo de 1999, 7 de abril y 22 de septiembre de 1992 y 30 de marzo de 1993, citadas por Herrera, R. *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 203.

¹⁸⁹ STS Español de 20 de julio de 1990, citada por Herrera, R. op. cit. p. 204.

¹⁹⁰ STS Español de 1 de abril de 2002, citada por Herrera, R. op. cit. p. 204.

conocimientos científicos, pero siempre que para ello no sea necesario valorar aquellos aspectos del juicio del juez a quo que dependan de la inmediación¹⁹¹, por lo que se dejan fuera de la posibilidad de control elementos tales como las declaraciones testificales y periciales y el juicio de credibilidad de la veracidad de las deposiciones de éstos¹⁹², estimándose sólo viable la fiscalización de la estructura del razonamiento probatorio, quedando la casación por ello limitada¹⁹³, “prácticamente sólo podrá moverse en el ámbito de la adecuación a lo racional, comprobando que el resultado de la valoración no sea absurdo ni irracional y que las declaraciones, en su caso practicadas, hayan sido obtenidas con observancia de las garantías constitucionales, es decir, bajo el principio de contradicción permitiendo la defensa del imputado, y bajo el principio de oralidad e inmediación”¹⁹⁴.

Se ha sostenido desde una mirada crítica dirigida a estos afanes reduccionistas que los tribunales suelen argumentar tratándose de la casación “que no pueden valorar aquello que no han visto, y de ese modo prescinden de todas las declaraciones de personas, por supuesto de los reconocimientos judiciales, y sólo prestan alguna atención a la prueba documental y a los dictámenes periciales, aunque sin analizar realmente los documentos y sin valorar las pericias en la medida en que son realmente valorables, sino observando simplemente si un documento ha sido flagrantemente pasado por alto, o el tribunal se separó del dictamen pericial de forma absolutamente injustificada”¹⁹⁵, lo que es ampliamente conocido, ocultando sólo burdos pretextos para evitar entrar en la valoración de la prueba¹⁹⁶.

¹⁹¹ Herrera, R. op. cit. p. 205 Cfr. Letner, “Cuestiones de hecho y de derecho en la casación” *Rev. Unidosjusticia.org* http://www.unidosjusticia.org/wp-content/uploads/2014/06/LETNER_Cuestiones_hecho_derecho_casacion.pdf

¹⁹² “La casación penal actual se basa en la llamada ‘protección jurídica realista’, en la que sólo se excluyen del objeto del recurso las *cuestiones de hecho*, entendiéndose por tales sólo aquellas que requerirían una repetición de la prueba para juzgar sobre la base de la inmediación: en la práctica sólo la cuestión de la credibilidad de los testigos y ciertas apreciaciones sobre los factores de la individualización de las penas o, en su caso, de las medidas de seguridad”. Bacigalupo, E. *El debido proceso penal...* op. cit. p. 118.

¹⁹³ “El primer aspecto del juicio sobre la prueba (aspecto subjetivo) no es controlable, ni en apelación ni en casación, ni en amparo, pero no porque la convicción del Tribunal tenga un carácter ‘libérrimo y omnímodo’, sino porque, sencillamente sería imposible entrar a enjuiciar el sentido íntimo que el juzgador le ha dado a una determinada actitud; por ejemplo, a las manifestaciones ante él realizadas por un testigo o por un perito. Sólo el tribunal que los ha visto y oído puede realmente apreciar la prueba ‘en conciencia’, su credibilidad”. Jaén, M. “Los principios de la prueba en el proceso penal español” http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_16.pdf, Cfr. Díaz Cantón, F. “Los recursos en el proceso penal” Julio Maier (comp.) http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medios_impugnacion/19.pdf

¹⁹⁴ Herrera, R. op. cit. p. 205.

¹⁹⁵ Nieva, J. *La valoración de la prueba*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 347.

¹⁹⁶ Vid. *Ibidem*.

La inmediación es utilizada como blindaje a la posibilidad de censura, invocándose como método autónomo de valoración, por medio del cual se pretende obtener un conocimiento inexpugnable e inflexible, predicado en base al cual los tribunales siguen realizando razonamientos como el que estima que “(...) *es consustancial a los principios de inmediación y libre valoración de la prueba el examinar los gestos de los intervinientes (...) tales como los de turbación o sorpresa, a través de los cuales pueda el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración (...) con respecto a los cuales el juzgador de la instancia es dueño de la valoración*”¹⁹⁷.

§40. *Una distinción imprescindible.* Para concluir este análisis es insoslayable realizar una somera distinción entre el control sobre la motivación y un reexamen del mérito de la decisión sobre los hechos. En efecto si lo que se busca mediante el remedio procesal es realizar un nuevo examen de la prueba, es decir valorarla directamente, -como ocurriría con el recurso de apelación- sí es relevante el contacto “directo” del tribunal con los elementos de juicio, ya sea para controlar que el interrogatorio se realice en la debida forma, admitiendo o rechazando las preguntas que se formulen, ya sea formulando las propias o bien para efectuar una percepción de los aspectos somáticos o físicos de las intervenciones de quienes prestan declaración¹⁹⁸. En cambio el control casacional no busca sustituir al tribunal de fondo en su razonamiento, sólo le interesa dar cuenta de las inconsistencias en el razonamiento probatorio y le está vedado por ejemplo “sustituir una máxima de experiencia obrante en la motivación por otra más acorde con una justificación racional”¹⁹⁹.

No debe perderse de vista que el control de la valoración que se efectúa por medio del recurso de casación es un *juicio sobre el juicio* y no un nuevo examen sobre la prueba rendida, por lo que no se puede tornar sólo en un control superficial pues no es correcto pensar que cuanto más profundo es el control, tanto más se hunde en el mérito. Sería como decir que cuanto más profundo es el

¹⁹⁷ STC Español 217/1989 citada por Gascón, M. *Los hechos en...* op. cit. p.197.

¹⁹⁸ “La inmediación no consiste en oír o en ver lo que el testigo ha dicho por medio de una cinta o una película sino entrar en relación directa con el testigo, viéndolo y oyéndolo precisamente cuando se le hacen las preguntas y cuando las responde. La impresión de veracidad o de mentira que un testigo transmite solo se percibe con claridad en el acto mismo de la declaración, salvo que el que grabe el video sea un experto director de cine capaz de mover varias cámaras al mismo tiempo y recoger todos los matices de todas las personas que intervienen en un acto”. Montero, J. *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Granada, 1996. Citado por De Lucchi, Y. “Nuevas consideraciones sobre el derecho al recurso penal. (El dictamen del Comité de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional en el caso Segundo Marey)”, *Rev. de Derecho Procesal*, año 2002 (1-3), 94, p. 330.

¹⁹⁹ Igartua, J. *El Comité de derechos...* op. cit. p.124.

control de los censores de cuentas sobre el balance la de la sociedad, tanto más se transforman en administradores. Si en la sentencia están indicadas todas las pruebas relevantes y éstas no han sido alteradas, está todo lo que se necesita. A través del control de la motivación, la Casación se convierte en juez de mérito sí, pero no del proceso: sólo de la sentencia²⁰⁰.

7.- El lastre de la vetusta casación

§41. *Los resabios de la casación en el nuevo recurso de nulidad.* Es posible identificar, como una de las causas de la estrechez interpretativa que se resiste a desaparecer, la errada concepción del recurso de nulidad como extraordinario o de derecho estricto y limitado a cuestiones de derecho, entendiendo que la primera característica implica no sólo la existencia de causales determinadas por la ley para su procedencia, sino que importa, además, que se derivan otras limitaciones en cuanto a su admisibilidad o al alcance de las causales. Lo anterior, a pesar de que fue concebido como un mecanismo amplio y desformalizado – según da cuenta la historia legislativa- ya que es el único recurso existente para impugnación de la sentencia penal.²⁰¹

Para despejar las dudas que puedan aparecer en torno a la naturaleza y -consecuentemente- respecto del alcance restringido como medio de fiscalización del juicio de hecho es necesario determinar previamente si el recurso de nulidad que contempla nuestro Código de enjuiciamiento penal, es equivalente al tradicional recurso de casación.

Se ha señalado, que no cabe confundir el clásico recurso de casación que inveteradamente ha venido contemplando el ordenamiento jurídico chileno, con el nuevo recurso de nulidad, habida cuenta el carácter oral del juicio en que se dicta la sentencia o resolución susceptible de ser recurrida y que se trata de hacer efectivo el derecho al recurso que consagra el orden constitucional e internacional²⁰².

Gonzalo Cortez²⁰³ señala, sin embargo, que varias disposiciones que regulaban el desechado recurso de casación se mantuvieron y fueron incorporadas al recurso de nulidad, entre otras, los motivos absolutos de casación,

²⁰⁰ Cfr. Iacovello, F. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Ed. Giuffré Editore-Milano, 1997, pp. 782.

²⁰¹ Cfr. Cortez, G. op. cit. p. 37 y Riego, C. op. cit. p. 440.

²⁰² Vid. Carocca, A. *Los recursos en el nuevo...* op. cit. pp. 313 y ss.

²⁰³ Cortez, G. op. cit. p. 33.

que pasaron a configurarse como motivos absolutos de nulidad y la competencia *per saltum* de la Corte Suprema para conocer del recurso.

Es necesario poner de relieve que esta vía de impugnación –el recurso de nulidad- implicó un vuelco en cuanto al recurso de casación vigente en el antiguo sistema de enjuiciamiento penal, especialmente al consagrar la cautela de derechos fundamentales al máximo tribunal. Sin embargo, no podemos desconocer, que el innovador recurso de nulidad participa de ciertas características de la vieja casación: en lo referente a las causales de errónea aplicación del derecho y a la consagración de vicios de procedimiento y sobre todo porque en su implementación práctica se sigue la misma línea restrictiva que le imprimían las Cortes a la antigua casación.

Sobre estas particularidades acota Riego²⁰⁴ que “(...) a pesar de que el recurso de nulidad se ha construido en lo fundamental sobre la base de la casación, se ha buscado también diferenciarlo de la orientación más tradicional de la casación del sistema chileno con el fin de superar algunos problemas de formalismo que ese recurso ha tenido tradicionalmente y sobre todo con el fin de favorecer su ejercicio como recurso ordinario, dado que se trata del único disponible y, por lo tanto, en él se juega la garantía básica del derecho a obtener una revisión de la condena”. Se ha puesto de relieve asimismo que el recurso a que nos abocamos “se inspira en una concepción general de los recursos procesales y, en particular, en una concepción de control de la legalidad distinta a la que inspiró históricamente y marcó el desarrollo de la tradicional casación”²⁰⁵.

Es posible entonces afirmar que el recurso de nulidad no es un recurso de casación al que mañosamente se haya denominado de manera distinta, es un recurso nuevo, que se centra fundamentalmente en el control de la legalidad y de las garantías fundamentales de naturaleza procesal que deben estar siempre presentes en materia de juzgamiento penal, destacándose a su vez en su operatividad, su dimensión de garantía para el justiciable.

Sin embargo pese a estas buenas intenciones, en la práctica se ha producido una distorsión en cuanto su carácter de garantía, desformalizado y amplio. Probablemente como apunta Cortez²⁰⁶, debido a la confusión entre el carácter extraordinario del mismo –lo que se refiere a la existencia de causales o motivos de impugnación expresamente determinados por la ley- y la pretensión de que se

²⁰⁴ Riego, C. op. cit. p. 440 y vid. en el mismo sentido Horvitz, M y López, J. op. cit. p. 358 y Carocca, A. “Recursos en el nuevo...” p. 312-313.

²⁰⁵ Accatino, D. “Forma y sustancia en...”, op. cit. p. 349, nota nº 6.

²⁰⁶ Vid. Cortez, G. op. cit. p. 41.

trata de un recurso formal que exige un desmesurado rigor en cuanto a sus causales de admisión.

Así, es posible advertir en el discurso jurisprudencial de los tribunales superiores la consideración del recurso de nulidad como formal y extraordinario, entendiendo por tal sólo limitado a las cuestiones de derecho e inviable para la censura de la decisión sobre los hechos. Esta línea de interpretación puede explicarse por cuanto, y a pesar de que como se ha afirmado, el nuevo recurso de nulidad es una institución distinta y diferenciable del viejo recurso de casación penal, es posible que la interpretación más ortodoxa de la casación haya contaminado de alguna manera este novel instituto.

El blindaje respecto de la posibilidad revisora de las cuestiones de hecho, con arraigo en la consideración antes referida, está presente en los pronunciamientos de nuestros tribunales superiores²⁰⁷. Así se ha resuelto por la Corte de Apelaciones de Antofagasta que le está impedido avocarse a la consideración de los hechos pues “...*habiéndose impetrado la nulidad de las actuaciones policiales en un recurso de estricto derecho, no corresponde avocarse a la fijación de los hechos de una manera distinta a la establecida por los jueces orales...*”²⁰⁸.

La influencia de la interpretación tradicional de la vieja casación, como hemos señalado, ha irradiado también en nuestro país al recurso de nulidad, pues asilándose en ella y añadiendo la consideración de que en el actual sistema de enjuiciamiento procesal penal, la prueba es libre ya que no existen leyes reguladoras de la prueba, los tribunales superiores están impedidos de acercarse de cualquier modo a censurar el establecimiento de los hechos probados.

En efecto, hoy en día no existen normas reguladoras de la prueba pues con el actual sistema se ha superado el de la prueba legal o tasada, por ello las Cortes estiman, en principio, que no pueden inmiscuirse en la valoración de la prueba y en el establecimiento de las conclusiones probatorias, por ser contrario a lo que prevé el artículo 297 del CPP, que señala que la prueba es libre teniendo sólo como limitaciones los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los

²⁰⁷ También ha sido una constante la confusión conceptual entre calificación jurídica y cuestiones de valoración, abarcando los afanes reduccionistas de los tribunales superiores, igualmente estos temas que se engloban o confunden con cuestiones de apreciación de la prueba, en circunstancias que es posible diferenciarlos analíticamente.

²⁰⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 14 de diciembre de 2006, Rol N° 208-2006. En similar sentido sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 16 de diciembre de 2014, Rol N° 3324-2014. Aludiendo a la diferenciación entre un recurso de apelación y uno de nulidad, sentencias de la Corte Suprema de fecha 19 de octubre de 2015, Rol N° 12.541-2015 y de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 23 de marzo de 2015, Rol N° 47-2015.

conocimientos científicos, lo que supone el recurso a criterios generales de racionalidad de corte epistemológico y no jurídicos, por lo tanto, -en la interpretación de los tribunales de nulidad-, infiscalizable e inexpugnable.

El argumento que predica que el recurso de nulidad –y del mismo modo el de casación- es formal y de derecho estricto y por ende limitado a las cuestiones de derecho, pierde cada día más fuerza en la doctrina, pues incluso en los países donde se consagra el recurso de casación, el que puede resultar más contaminado con el pavor a las presiones de inviabilidad de control sobre los hechos, ha existido una ostensible evolución e intersticios por donde han logrado infiltrarse los hechos.

8.- El nuevo orden recursivo en Chile

§42. *La paradoja del nuevo orden recursivo.* Finalmente ha contribuido a la interpretación limitativa del alcance del control a través del recurso de nulidad, la nueva configuración del sistema de recursos, mediante la supresión de la apelación que permitía una revisión integral de los aspectos de hecho y de derecho, estimándose que el nuevo orden no implica la posibilidad de revisar los hechos y que la ampliación de sus márgenes importaría subvertir el sistema de impugnación, habiéndose instalado el temor en la jurisprudencia de transformar la nulidad en una nueva instancia, desvirtuándose así la concepción originaria.

En este orden de argumentos, se suele recurrir a la inmediatez para reafirmar la imposibilidad de que el tribunal, que realiza la censura del material probatorio, dé cuenta adecuada de él pues no presenció directamente la prueba, sobrevalorando nuevamente lo que el principio de inmediatez importa.

Es así como, paradójicamente, la nueva configuración institucional del sistema de recursos ha sido objeto de una interpretación distorsionadora, que ha tenido eco principalmente en la jurisprudencia, la cual se escuda en esta concepción que implica desechar el recurso de apelación como vía de impugnación de la sentencia penal y declarar abiertamente que permitir el control de la fundamentación sobre la cuestión de hecho implicaría trastocar el régimen de recursos transformando el de nulidad –*formal, extraordinario o de derecho estricto*- en una verdadera apelación, con lo cual injustificadamente se ha vetado el susodicho control produciendo la existencia de parcelas de decisión del tribunal

de mérito que quedan marginadas de la censura que buenamente puede y debe realizar la Corte respectiva.

§43. *Réplica a los defensores de la apelación.* Si éstas son las razones para no tolerar el examen de la corrección de las conclusiones probatorias, es válido replicar a aquellos que propugnan como viable la implementación de la apelación basados en que es concebible la existencia de registros absolutamente fidedignos e incluso la posibilidad de repetir el juicio, por cuanto sobre la base de los argumentos que se han esgrimido precedentemente, el juicio oral resulta central e imprescindible para la salvaguarda de las garantías fundamentales y es el espacio donde se despliegan plenamente el derecho a defensa y el principio de contradicción. A mayor abundamiento, toda la labor desplegada en el juicio oral, es decir, esfuerzos humanos y técnicos, -de cara a esta repetición- resultaría absolutamente banal y estéril, de aceptarse esta errada propuesta.

Finalmente, es necesario recordar que el tribunal de nulidad por el hecho de ser jerárquicamente superior no está colocado acrítica y automáticamente en una mejor posición para conocer más acertada o sabiamente la cuestión controvertida.

A pesar de esta última afirmación existe abundante jurisprudencia que razona en el sentido anotado como incorrecto. La Corte de Apelaciones de Antofagasta expresó *“que el recurso de nulidad se ha concedido como un recurso de derecho estricto al que se accede sólo en virtud de las causales y para los fines consagrados en la ley. En consecuencia, no constituye una instancia en que sea posible revisar los hechos establecidos en el juicio como pretende la parte recurrente...”*²⁰⁹.

El razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago no es distinto cuando indica: *“esta Corte concluye que lo que el recurrente objeta a través de su recurso, para lo cual invoca una causal de nulidad carente de sustento efectivo, es que el tribunal a quo haya efectuado una valoración de las probanzas que la haya llevado a conclusiones diferentes a las sostenidas por esa parte, alegaciones propias de un recurso de apelación y no de nulidad”*²¹⁰.

En esta línea argumental, la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha resuelto que no debe perderse de vista que el recurso de nulidad no constituye instancia y que en base a ello le está vedado conocer de los antecedentes de hecho. Se señala: *“...se encuentra absolutamente vedado para los actuales*

²⁰⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 5 de octubre de 2006, Rol N° 155-2006.

²¹⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 19 de diciembre de 2014, Rol N° 3209-2014.

*sentenciadores, porque sabida cosa es, en el derecho procesal penal vigente, que este Tribunal no constituye instancia para rever los antecedentes de hecho, pudiendo solamente pronunciarse acerca de la eventual existencia de algún vicio de nulidad con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo*²¹¹.

En un pronunciamiento más reciente, se ha resuelto por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt²¹²: *“Que, como lo hemos dicho, siendo el recurso de nulidad de derecho estricto, el que procede sólo por las causales y para los fines especiales establecidos en la ley, y teniendo en consideración lo pretendido en el fondo por el recurrente, sólo le compete a la Corte revisar si el fallo ha cumplido o no con los requisitos formales, y habiéndose constatado de la lectura de sus consideraciones que la sentencia impugnada cumple con tales exigencias, como se dirá en lo resolutivo, el recurso interpuesto deberá también ser rechazado”*, desestimando de este modo el arbitrio interpuesto por la defensa.

III.- Precondiciones que propician el control del juicio de hecho y las consecuencias de soslayarlo

§44. Los férreos pilares del control: el estándar de prueba y la motivación. Hasta ahora se han examinado los factores que condicionan o explicarían la hermenéutica de los medios de control del juicio de hecho, existiendo por otra parte una mirada más laxa que entiende que los recursos de casación y nulidad permiten fiscalizar adecuadamente cómo han sido establecidos los hechos en el proceso penal. Este último enfoque se sustenta, principalmente, en dos pilares: la motivación de las sentencias y el estándar (objetivo) de prueba.

Es precisamente a estas precondiciones del control de la actividad valorativa del juez de los hechos a que someramente se destina este acápite, a fin de, preliminarmente, conceptualizarlos y definir su contribución a las posibilidades contraloras del juicio de hecho a través del instrumento procesal que constituye el objeto de este trabajo.

Las implicancias de no dotar a la vía de impugnación en examen de las facultades de supervigilar cómo se han establecido los hechos tienen varias aristas, que necesariamente convergen, en el caso de ser la única vía de control de la sentencia condenatoria, en la conculcación de sendas garantías procesales

²¹¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 2 de marzo de 2007, Rol N° 34-2007.

²¹² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 23 de abril de 2012, Rol N° 84-2012.

que se contemplan en los tratados internacionales que promueven el respeto por los derechos humanos.

9.- La motivación. Elemento definitorio de un sistema racional de valoración de la prueba

§45. *La explicitación del razonamiento probatorio.* Hasta acá se ha esbozado que el sistema de sana crítica racional se despliega mediante la aplicación del método de probabilidad inductiva, valorándose el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto, en forma individual y en conjunto, debiendo obtenerse de ello un resultado que nos permita saber el grado de confirmación del que dispone cada una de esas hipótesis, el que será siempre probable.

En este esquema las máximas de experiencia y los conocimientos científicos operan como generalizaciones que hacen posible la inferencia, permitiendo el paso del elemento de juicio a la conclusión. En él juegan un rol fundamental las “las inferencias probatorias que atribuyen grados adecuados de confirmación a esos enunciados. Esto lleva a descartar, especialmente en lo que respecta al juicio sobre los hechos, la difundida concepción según la cual la motivación no sería otra cosa que un discurso retórico-persuasivo, dirigido a no justificar racionalmente la decisión sino a convencer a alguien de aceptarla”²¹³.

Esta actividad probatoria fundada en la inferencia inductiva produce conocimiento probable, pues llevada a cabo con todo el rigor que cabe exigir, puede hablarse de conocimiento dotado del máximo de probabilidad. La garantía de la calidad de ese conocimiento está pues en la propia calidad y rigor con que se haya producido la adquisición de los datos que están en la base de las sucesivas inferencias y, asimismo, en el rigor con que éstas se hayan efectuado por quien realiza el enjuiciamiento²¹⁴.

Entonces, siendo el razonamiento probatorio racionalmente guiado y suponiendo que dentro de este razonamiento los cánones de racionalidad que lo hacen posible, están delineados y determinados, es entendible que se exija que tal razonamiento se explicita, pues, “en su noción más obvia, motivar es dar cuenta del porqué de lo resuelto. Un porqué cuyo destino es ser intersubjetivamente

²¹³ Taruffo, M. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, (traducción de Daniela Accatino), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 269.

²¹⁴ Vid. Andrés, P. “‘Carpintería’ de la sentencia penal (en materia de hechos)”, en *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos, 2007, p. 239.

valorado, para lo que ha de exteriorizarse y contar con presupuestos explícitos suficientemente identificados, que es lo que dará la imprescindible transparencia al discurso de soporte, haciendo susceptible el control racional”²¹⁵.

Por lo anterior, se hace palmaria la necesidad de controlar tal razonamiento y la única posibilidad es mediante su adecuada explicitación, pues “fallar con arreglo a conciencia no puede significar basar la sentencia en una íntima e intransferible convicción, en una especie de *quid inefable*, de corazonada no exteriorizable ni controlable”²¹⁶.

Se trataría, entonces no de encontrar un esquema de razonamiento que dé cuenta de cómo efectivamente razonan los jueces y tribunales que deciden, sino más bien de una metodología de valoración de la prueba que sea la más adecuada para conseguir el objetivo declarado de la averiguación de la verdad a partir de los elementos de juicio disponibles en el proceso. Metodología o esquema de razonamiento que permitirá, por otro lado, ejercer el control sobre las decisiones adoptadas en materia de prueba por los tribunales²¹⁷.

§46. *La motivación: condición ineludible del control.* Es posible afirmar que la motivación constituye una condición ineludible para la realización del control, a través de los recursos procesales que se contemplan en los distintos ordenamientos jurídicos, pues aunque el adjudicador haya efectuado un razonamiento impecable, guiado ineludiblemente por el cognoscitividad y la racionalidad, si no lo expresa y justifica no podrá ser adecuadamente fiscalizado.

En sintonía con lo anterior y a diferencia de lo que algunas veces se supone, la pura y simple formulación de los enunciados referidos a los hechos principales no agota en absoluto la obligación de motivación²¹⁸, así como tampoco en la mera transcripción de los elementos de juicio producidos ante el juez de fondo. Si la decisión es justa en la medida que se funda en una determinación verdadera de hechos del caso, ciertamente no basta “enunciar” estos hechos para establecer la verdad de su descripción, pues un enunciado puede ser aceptado como verdadero bajo la condición de que haya sido adecuadamente confirmado por las pruebas disponibles: faltando esta confirmación el enunciado no puede aceptarse ni como verdadero ni como falso y no constituye, entonces, un

²¹⁵ Andrés, P. “Sobre prueba y motivación”. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. María Isabel De la Iglesia (ed.) Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010. p. 83.

²¹⁶ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 199.

²¹⁷ Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 97.

²¹⁸ Vid. Taruffo, M. *Simplemente la verdad...* op. cit. p. 269.

fundamento válido para la decisión final. Por consiguiente, los enunciados que narran los hechos principales del caso deben estar justificados: deben explicitarse las razones por las que es racional considerar que son verdaderos²¹⁹.

La actividad valorativa debe, entonces, ajustarse al máximo a la racionalidad cognoscitiva, predicado que exige ineludiblemente, en los términos del artículo 297 del CPP, la existencia de un razonamiento reproducible y la obligación de señalar el o los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Insoslayablemente cualquier afirmación “debe contar con el necesario soporte de datos de los que, a su vez, ha de acreditarse que han sido bien adquiridos, esto es, verbalizando la secuencia de pasos inferenciales, con el fin de que cualquier interlocutor eventual del que ha realizado el juicio pueda entender cómo se ha producido éste y el porqué de la decisión final sobre el objeto del mismo”²²⁰.

De lo que se trata entonces, es de hacer explícitas las razones de un juicio de hecho y no solo el resultado de éste; y tampoco solo esa conclusión acompañada de la mera indicación *pro forma* de los medios de prueba puestos en juego. “Lo que ha de verterse al exterior es, pues, una articulada justificación del enjuiciamiento que, en el caso, ha llevado a la concreta decisión”²²¹, reiterando que se trata de algo que no consiste “en exteriorizar un proceso mental, sino en reconstruir para *uso de terceros* los pasos de un razonamiento complejo, dejando constancia expresa de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias realizadas a partir de ellos, y de los criterios empleados para llegar a las conclusiones probatorias; asimismo la motivación debe dar cuenta de los criterios con que se justifica la valoración conjunta y global de los diversos elementos de prueba, y de las razones en que se apoya la opción final en orden al fundamento de la hipótesis sobre el hecho”²²².

Es por lo anteriormente consignado, que la interpretación de la libre valoración de la prueba y del principio de inmediación en clave subjetivista, eclipsan a la motivación y la contaminan, existiendo la tendencia a identificar este requerimiento –que en algunos ordenamientos tiene rango constitucional²²³– con la actividad que consiste en dar cuenta del *iter* mental del juez al establecer los

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ Cfr. Andrés, P. “Carpintería de la sentencia...” op. cit. p. 240.

²²¹ *Ibidem*.

²²² *Ibidem*. p. 240-241.

²²³ Art. 111, inciso sexto de la Constitución Italiana y 120.3 de la Constitución Española. En Chile, está contemplado a nivel legislativo, en el CPP en su artículo 36 para todas las resoluciones en general y en el artículo 342 letra c) como requisito de las sentencias.

hechos, desnudo de todo razonamiento justificatorio, pues “si motivar es expresar lingüísticamente los motivos, los factores que han causado la decisión, habrá que dar cuenta del *iter* mental que ha llevado al juez al convencimiento respecto de los hechos”²²⁴, lo que es un claro reflejo de la concepción psicologista de la motivación, que será analizada y descartada con más detalle en lo sucesivo.

Lo que se espera entonces es que la motivación bien entendida –en su concepción racionalista²²⁵, de la que someramente se ha dado cuenta- sirva de punto de partida, a fin de concebir la posibilidad de control sobre el juicio de hecho, lo que permitiría erradicar de las decisiones judiciales alusiones a la “soberanía del juzgador” y al “privilegio de la intermediación”, que impiden el control sobre el razonamiento y lo sustraen de las posibilidades contraloras, que se pretende atribuir a la nulidad.

10.- El adecuado estándar de prueba

§47. *Estándar que permite medir la probabilidad.* Para no sobreabundar en lo que la valoración de la prueba se trata, baste con recordar que el razonamiento probatorio en el sistema de sana crítica racional está constituido básicamente por inferencias inductivas basadas en leyes probabilísticas o por inferencias sustentadas en generalizaciones²²⁶, por lo cual no puede garantizarse que de tal razonamiento arrancará un conocimiento cierto, sino algún grado de certeza o, dicho de otro modo, un conocimiento probable.

Pese a lo anterior, no es posible afirmar que “el juez esté desvinculado de los criterios de racionalidad que deben regir su razonamiento: ese principio [el de libre convencimiento] admite que el juez valore las pruebas haciendo uso de un amplio poder discrecional, pero esto no significa que él pueda confiar en una intuición subjetiva -que sería sustancialmente arbitraria- al determinar si la hipótesis referida a un hecho ha resultado o no ha resultado confirmada por las pruebas disponibles”²²⁷, por el contrario el procedimiento valorativo debe seguir los estrictos cánones de racionalidad que se encuentran ínsitos en el sistema en

²²⁴ Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales” *Revista Isonomía*, N° 34, abril de 2011, p. 7. Cfr. Taruffo, M. *Simplemente la verdad...* op. cit. pp. 266-267 y Andrés, P. “Sobre prueba y motivación...” op. cit. pp. 86-87.

²²⁵ Vid. Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto de...”, op. cit. p. 7.

²²⁶ Vid. Gascón, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, M. *Rev. Doxa*, N. 28, año 2005,

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01260630876709517450035/029106.pdf?incr=1>

²²⁷ Taruffo, M. *Simplemente la verdad...* op. cit. p. 247.

análisis, por lo que siendo así, es viable afirmar que probar los hechos significa ofrecer al sentenciador elementos de juicio suficientes para demostrar que los enunciados relativos a los hechos de la causa pueden ser considerados verdaderos, dado que han sido confirmados por las pruebas disponibles²²⁸.

La metodología a que se ha hecho alusión nos habilita para atribuir grados de corroboración o probabilidad inductiva a una hipótesis sobre los hechos, por lo que la evaluación de las distintas hipótesis plausibles imaginables o de las que efectivamente han planteado las partes en el proceso, de las predicciones que permitan formular, la constatación del cumplimiento o incumplimiento de esas predicciones, etc., posibilita al juez la determinación de que la probabilidad de una hipótesis sea verdadera, dado los elementos de juicio disponibles, ocupando en esa labor el juez la posición análoga a la de la comunidad científica que evalúa la investigación realizada por otros²²⁹.

Entonces si valorar la prueba consiste en evaluar si puede o no darse por probado un hecho controvertido, valorar libre y racionalmente consiste en decidir si el grado de probabilidad alcanzado por la hipótesis que describe aquel hecho, a la luz de los elementos de prueba e informaciones disponibles que éstas aportan, son suficiente para aceptarla como verdadera.

En armonía con lo anterior, y en base a la reiterada afirmación de que no es posible en el contexto en que se despliega el razonamiento probatorio lograr certezas absolutas, para decidir si damos por probada una hipótesis sobre los hechos del proceso judicial, es necesario un paso más, es preciso concebir un umbral que delimite la frontera que debe transponerse a los efectos de considerar una hipótesis como probada, es decir, el resultado de la valoración de la prueba que se obtenga en el segundo momento de la actividad probatoria -el de la valoración de los elementos de juicio- no implica por sí solo nada respecto de la decisión a adoptar, para ello es necesaria la intermediación de algún estándar de prueba.

Pero, ¿qué es un estándar de prueba? Ferrer²³⁰ lo define indicando que “un estándar de prueba no es más que una regla de decisión que indica el nivel mínimo de corroboración de una hipótesis para que ésta pueda considerarse probada”, poniéndose el énfasis en su carácter de independiente de las creencias

²²⁸ Vid. Taruffo, M. “Tres observaciones sobre ‘por qué un estándar subjetivo y ambiguo no es un estándar’ de Larry Laudan, (traducción de Jordi Ferrer) *Rev. Doxa* N. 28, 2005, <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0135052087793296313802/029105.pdf?incr=1>

²²⁹ Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 139.

²³⁰ Ferrer, J. *Prueba y verdad en el derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 82.

del propio juzgador, pues para hablar propiamente de un estándar o baremo que permita tener por justificada la suficiencia de un enunciado de contenido fáctico, debe éste caracterizarse por ser de naturaleza objetiva.

En este acápite se pretende relevar el carácter de precondition para el control, que se le asigna al estándar de prueba, por ello se efectuó al inicio del mismo una precisión, indicando que este estándar debe ser el adecuado, es decir, aquél que no sea parasitario a la creencias del propio juzgador, que sea objetivo y por lo tanto susceptible de control, porque “cómo vamos a controlar [la suficiencia de la prueba] si lo que el estándar de prueba dice es que es suficiente la prueba que el tribunal de juicio oral cree que es suficiente”²³¹. Esta formulación se contrapone con el sistema racional de valoración de la prueba y las fuertes exigencias de motivación que integran una adecuada y completa estructura normativa que existe en Chile acerca de la decisión de tener por probados los hechos, pues se torna banal el reconocimiento de la existencia de criterios racionales de valoración, si al momento de decidir respecto de la suficiencia de la prueba, se produce un retorno al terreno de lo inefable e inexpugnable.

Es decir la arista intimista del estándar de prueba –que lo asimila a la íntima convicción- importa una regresión que conspira en contra de la aplicación de elementos racionales y epistemológicos a fin de lograr un resultado probatorio lo más probable posible, por cuanto, como ya se indicó, la labor del estándar de prueba, en este tipo de razonamientos es medir el grado de probabilidad de los enunciados sobre los hechos que se tienen por establecidos y, en definitiva, medir la suficiencia de la justificación de las hipótesis en juego, especialmente la de la acusación.

La distorsión subjetivista del estándar, al igual que de la valoración y de la inmediación en la misma hermenéutica, impiden el control que los tribunales superiores puedan efectuar respecto de la logicidad del razonamiento sobre la *quaestio facti*, a la inversa, el estándar que se viene anunciando como el “adecuado” permite que un órgano distinto al juez de mérito, realice un control sobre los hechos que se han dado por establecidos, pudiendo al unísono, dotarse de sentido a la exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos y al principio de inmediación, pues el contenido de la motivación que el juez o tribunal deberá aportar no será ya una explicación del proceso psicológico que le han llevado al convencimiento, en muchos casos a través de lo que surge

²³¹ Accatino, D. “Forma y sustancia...”, op. cit. p. 358.

inexpugnablemente del contacto directo con los elementos de prueba, sino una justificación del cumplimiento del estándar de prueba por parte de la hipótesis que considera probada y, en su caso, una justificación de que otras hipótesis alternativas no alcanzan el nivel de corroboración exigido por el estándar.

11.- Las consecuencias de una hermenéutica que cercena la posibilidad de control

§48. *Conexión entre el control del establecimiento de los hechos y el respeto a las garantías procesales.* Mientras más amplia y generosa sea la hermenéutica de los recursos procesales, por medio de los cuales se controla el establecimiento de los enunciados fácticos, más elevado es el nivel de respeto a las garantías constitucionales de naturaleza procesal, que se reconocen mayoritariamente en los instrumentos internacionales sobre la materia.

Por ello, en este aparatado se pretende realizar el ejercicio de poner de relieve las consecuencias adversas que se producen al entender la nulidad, como vía inidónea o limitada para la censura de la *quaestio facti* y la vinculación del control que a través de dicho instituto pueda realizarse y el sistema de garantías procesales, debiendo sí dejar claramente asentado que el cercenamiento de las facultades contraloras, a través de los recursos de legitimidad como el que se estudia, trae aparejadas relevantes consecuencias que impactan directamente en el sistema de garantías, como el derecho de defensa, el derecho a un justo y racional procedimiento, y especialmente, el derecho al recurso, solo en la medida que aquellas vías de impugnación sean las únicas que se implementen contra la sentencia condenatoria, pues si el sistema provee al justiciable, al mismo tiempo, de un recurso amplio –como el de apelación- los efectos no impactarían de la misma forma, o simplemente no habría tal impacto.

Igualmente, se intenta bosquejar los efectos que la aludida interpretación mezquina acarrea, en orden a la falta de articulación adecuada de las precondiciones de la posibilidad de censura, así como el errado entendimiento de sus supuestos límites, los que se materializarían eventualmente en la producción de decisiones erráticas y la indeseable deriva en la arbitrariedad y potencialmente en la injusticia.

11.1.- Una puerta abierta a la arbitrariedad

§49. *La eventual deriva en la arbitrariedad como consecuencia de la estrechez interpretativa.* El recorrido efectuado por los supuestos límites a la posibilidad de controlar el establecimiento de los enunciados declarados probados (la libre valoración y la inmediación), así como por las precondiciones que hacen posible tal control (la motivación y el estándar de prueba), nos permite formular un diagnóstico sobre la base de que la interpretación en exceso restringida de las vías de impugnación del núcleo fáctico, podría propiciar indeseables situaciones de arbitrariedad.

En efecto y en primer término, en un sistema cognoscitivo de valoración de la prueba existen, por cierto, patrones de racionalidad que hacen posible esa valoración, que sólo es libre por la ausencia de tasas predeterminadas, pero que sin embargo, se desenvuelve mediante la aplicación del método lógico inferencial o de corroboración de hipótesis, adquiriendo en él un rol protagónico las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, que son sus cimientos.

Así sabiamente se ha predicado que aquéllas “constituyen el núcleo del razonamiento probatorio, lo que permite *saltar* del dato expresado en un enunciado probatorio concreto, que se conoce y del que se parte, a otro u otros datos cuyo acaecimiento en la realidad se trataría de acreditar”²³², por tanto “la estimación en conciencia de las pruebas debe ajustarse a ‘*una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, fiel a los principios del conocimiento y de la ciencia, a las máximas de la experiencia, a las reglas de la sana crítica, que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores que haya sido posible concentrar en el proceso*’”²³³.

Pero aunque lo anterior implique el reconocimiento expresado por la jurisprudencia en cuanto a la vigencia del sistema de libre valoración racional, es justo compartir el temor que evidencia Igartua²³⁴ al señalar que esta invocación de las reglas de la lógica y las máximas de experiencia no constituye mucho más allá de una mera invocación retórica o una cláusula de estilo en la motivación de los fallos y que, en el fondo, la valoración de las pruebas en poco haya cambiado respecto de los tiempos “de la libertad omnímoda y libérrima”, pues cuando se

²³² Andrés, P. “Sentencia penal: Formación de los...” op. cit. p. 12.

²³³ STS Español de 4 de abril de 1989 citada por Igartua, J. *Valoración de la prueba...* op. cit. p. 92.

²³⁴ Vid. Igartua, J. *Valoración de la prueba...* op. cit. p. 93.

trata de definir el libre convencimiento, se emplean fórmulas genéricamente alusivas a la lógica, a la ciencia, a la experiencia.

En armonía con lo anterior, certeramente predica Taruffo²³⁵ que “la afirmación según la cual el juez es libre de valorar la prueba según su apreciación discrecional, que no es censurable si lo motiva adecuadamente (aunque la determinación de cuándo está adecuadamente motivado es otro de los puntos en los que la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana es incierta y genérica), es recurrente en docenas de decisiones de la Suprema Corte. Es más, se trata de una cláusula de estilo tan común que cualquier cita específica sería a la vez superflua y escasamente significativa”.

Ello permite elucubrar en orden a que, si tales cánones de racionalidad se utilizan retóricamente o de manera formularia, no es posible concluir que se articulen suficientes esfuerzos para dotarlos de contenido y simplemente, tanto en la valoración de la prueba como en su control posterior, muy probablemente los tribunales se muevan principalmente por la emotividad, las sensaciones, los pareceres, lo que causa conmoción pública, etc., elementos que al no ser exteriorizados y permanecer resguardados por la cobertura que les brinda engañosamente la invocación de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos; se transforman entonces en una epifanía inefable, quedando así blindados a toda posibilidad de censura.

§50. El estándar de prueba reconducido a subjetivismo igualmente produciría arbitrariedad. Finalmente y tratándose del momento sobre la decisión sobre los hechos propiamente tal, la falta de un estándar objetivo de prueba potencialmente sería generador de arbitrariedad

Así, se sostiene que las tendencias que se fundan en un concepto indeterminado de certeza moral del juez, en principio se contraponen a las líneas de pensamiento que sostienen que el juez debería considerar probada la culpabilidad del imputado sólo si su responsabilidad ha quedado demostrada “más allá de toda duda razonable”. Este estándar de la duda razonable, no obstante en su aplicación práctica ha sido reducido mayoritariamente a puro subjetivismo.

En efecto, se le ha identificando con el de la íntima convicción, aquél que nos sitúa en el espacio de la conciencia del adjudicador, por lo que si nos remitimos a sus creencias para estimar acreditada una determinada proposición

²³⁵ Taruffo, M. *La prueba...* op. cit. p. 272, cita n° 38.

fáctica y en especial la del acusador, el producto se torna en incontrolable por qué cómo vamos a controlar la suficiencia de la prueba para derrotar la presunción de inocencia, si lo que el estándar dice es que es suficiente la prueba que el juez de los hechos cree que es suficiente²³⁶.

De este modo las creencias que no son voluntarias, sino algo que nos sucede, no pueden ser controladas, por lo que resulta estéril la evolución de la fórmula de libre convencimiento y el intento por articular parámetros objetivos ínsitos en el sistema de lógica inductiva, si en este segundo momento de la valoración, la decisión final, quedará exenta de censura por la indeterminación del estándar de prueba, identificándose éste con el sentir personal del adjudicador en un determinado momento, produciéndose así potencialmente situaciones de injusticia e inequidad²³⁷.

Se señaló que las Cortes en muchos casos –la mayoría podría afirmarse– dejaban fuera del control anulatorio lo relativo al estándar de prueba, pues prioritariamente se le reconduce a la íntima convicción del adjudicador, interpretación que torna el momento de la decisión sobre los hechos en una parcela blindada a la posibilidad de control, pudiendo producirse, en aquellos casos en que el sentir personal del adjudicador (su fuero interno o íntima convicción), no coincida con el nivel de justificación de la suficiencia de los elementos de prueba objetivamente presente en el juicio, ingentes situaciones de injusticia o arbitrariedad²³⁸.

§51. Estrechez interpretativa de las causales de procedencia y de admisión del recurso de nulidad. Por otra parte y como se ha podido examinar hasta aquí,

²³⁶ Vid. Accatino, D. “Forma y sustancia...”, op. cit. p. 358.

²³⁷ Cfr. Ferrer, J. *La valoración racional...*, op. cit. pp. 139 ss. y “Los estándares de prueba en el proceso penal español”. <http://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf>, Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, n° 15, 2007, Universidad de Girona, pp. 1-6.

²³⁸ Es imprescindible en este punto traer a colación el diagnóstico elaborado por del Río Ferreti, en cuanto al debilitamiento del estándar de prueba, y, añadido, consecencialmente la imposibilidad de fiscalizarlo y corregir sus efectos. Afirma: “con una mirada especulativa se podría intentar encontrar algunas razones concomitantes en los procesos mal preparados en su primera fase, investigaciones inacabadas o incompletas que al pasar a juicio se traducen en procesos con escasez de pruebas, y que los tribunales –en una posición de sentido común y pragmatismo– consienten con sus sentencias estimatorias de las pretensiones procesales del Ministerio Público, con la contrapartida de autopermitirse decisiones judiciales pobremente formuladas, apenas motivadas, y con una valoración de la prueba débil que a ratos se acerca a lo intuitivo o al fogonazo de convicción, más vinculada a la experiencias previas de los jueces en casos parecidos que con el mérito del proceso. Es decir, en un contexto procesal y probatorio paupérrimo, con un grado también bajísimo de confirmación de la imputación, con el consiguiente relajo del estándar probatorio –muy útil para las necesidades del Ministerio Público– el tribunal se permite dictar fallos rápidos y funcionales a las necesidades operativas del sistema”. Del Río, C. “Tres apuntes sobre el recurso de nulidad y el enjuiciamiento fáctico a propósito de tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena”, *Rev. De Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17 N° 1, 2010, pp. 136-137.

en el derecho chileno, las sentencias de las Cortes cuando conocen de la causal de nulidad prevista en el artículo 374 letra e), en muchos casos, después de realizar las advertencias de rigor sobre el alcance del control que realizan los tribunales superiores, acogen o rechazan un recurso de nulidad basándose en la infracción o en el irrestricto apego a los parámetros del artículo 297 del CPP en la fundamentación de los enunciados probatorios. Es decir existe una utilización retórica de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, sin que se aprecie un real esfuerzo argumentativo para diferenciar sus condiciones de aplicación y establecer el nexo entre el concepto y la solución supuestamente justificada en él, utilizando la causal de nulidad que nos ocupa de manera extremadamente amplia, lo que permite sin más criterio que el puro arbitrio, decidir aquello que merece ser anulado de lo que no cuenta para tal consideración.

En efecto, si no existen criterios objetivos que deben ser atendidos a la hora de resolver si el juicio oral, que representa un enorme esfuerzo institucional y personal, debe ser o no anulado, nos situamos necesariamente en la esfera de lo arbitrario, pues únicamente queda en pie el sentir personal de cada adjudicador que mediante el recurso a la emotividad o a consideraciones de justicia material, determinará la realización de un nuevo juicio, lo que naturalmente traerá aparejadas sendas situaciones de injusticia.

La otra directriz, es decir aquella que reduce la falta de fundamentación únicamente a la existencia de contradicciones o a la ausencia de valoración de algún o algunos de los medios de prueba, igualmente nos remite al plano de la arbitrariedad pues deja fuera todas aquellas otras situaciones que requieren un mayor esfuerzo argumentativo e intelectual en que la prueba ha sido incorrectamente valorada y que comprende la insuficiente, inexistente y defectuosa fundamentación, con toda su gama de matices. Dejar fuera de la censura a todas estas otras hipótesis produce notables inequidades que deben ser evitadas delineando adecuadamente el alcance del control que, en materia de hechos fijados judicialmente, deben realizar las Cortes²³⁹.

Al igual que en la interpretación de la causal de procedencia de la nulidad por defecto de fundamentación, que fue contaminada por la petrificada interpretación de la casación, lo relativo a su admisibilidad fue tocado intensamente por el viejo instituto. Así, se rechazan numerosos recursos en base al incumplimiento de

²³⁹ Vid. Accatino, D. “Los peligros del cajón de sastre...”, op. cit. p. 281.

requisitos y ritualidades formales interpretadas con severo rigor e incluso extendiendo la inadmisión, a situaciones no previstas por el legislador²⁴⁰, con lo que se producen situaciones de arbitrariedad en el acceso al recurso, no pudiendo distinguirse con claridad criterios objetivos que definan una interpretación coherente en orden a la admisibilidad, lo que podría llevar a pensar, sin pecar de perspicaz, que los tribunales superiores declaran admisible o inadmisibile un reclamo, motivados por consideraciones tan espurias y arbitrarias como el poder social de los involucrados, la connotación pública del caso o el peso específico de los abogados en la comunidad jurídica.

No obstante lo señalado, y en estricto rigor, así como en la interpretación del recurso de nulidad como contralor de la declaración de hechos probados se ha hecho evidente una evolución en su interpretación ampliándose sus márgenes hacia los hechos, en materia de admisibilidad es igualmente apreciable este cambio de rumbo y con mayor nitidez en el máximo tribunal²⁴¹.

11.2.- Posibilidad de conflicto con el derecho al recurso

§52. *Negación de la garantía del derecho al recurso.* Otra de las consecuencias de entender las vías de impugnación del juicio sobre los hechos en forma minimizada, importa la vulneración de lo contenido en los Tratados Internacionales vigentes, que consagran como garantía de todo condenado en un proceso penal el derecho al recurso²⁴². En el caso chileno, si bien el derecho al recurso no tiene rango constitucional, si se han ratificado los instrumentos internacionales que lo consagran, amén de reconocerse expresamente en la Carta Política, el derecho a un justo y racional procedimiento, lo que abarcaría todas las instancias del proceso, hasta el pronunciamiento definitivo del tribunal superior.

Si concebimos al recurso de nulidad y al de casación, que rige mayoritariamente en el sistema europeo continental, como un recurso limitado a

²⁴⁰ Cfr. Cortez, G. op. cit. p. 41.

²⁴¹ La inadmisión por razones de forma queda fuera de los márgenes de esta investigación, que se centrará en la hermenéutica que las Cortes han efectuado del instituto en su vinculación con la libre valoración, la inmediatez, el estándar de prueba y la motivación.

²⁴² Los artículos 2.1. del Protocolo 7º Convenio Europeo de Derechos Humanos; que señala: “Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tiene el derecho a hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o la condena” y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, que reza: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”, estas normas prevén el derecho a la doble instancia en el ámbito penal para la persona declarada culpable.

las cuestiones de derecho, con excesivo rigor formal en su fase de admisión y de carácter extraordinario, obviamente nos alejamos tajantemente de la garantía del derecho al recurso, ello siempre partiendo del supuesto –como en el caso de la nulidad- que sea el único medio para reclamar de una decisión que se estime injusta o equivocada, esto es, que no se contemple al mismo tiempo un recurso de mérito, que permita, del mismo modo y particularmente, en los casos más graves, revisar los pronunciamientos de condena. Ciertamente y a falta de otra vía de impugnación, “es censurable esta limitación cuando se está poniendo en tela de juicio la libertad de una persona”²⁴³, lo que obviamente se conecta con la preservación de la garantía procesal en análisis.

§53. *El cambio de paradigma. De la apelación a la nulidad.* En Chile como podemos recordar, en el antiguo sistema de procedimiento penal se establecía que la decisión que adoptaba el inferior jerárquico fuera necesariamente, a lo menos en los casos más graves, revisada por el superior. Ello obedecía a la concepción monárquica de la justicia²⁴⁴, cuyo antecedente remoto es la jerarquía eclesiástica romana²⁴⁵.

De ahí que se concibiera el control de oficio, sin necesidad de solicitud de parte –el trámite de la consulta- que en nuestra legislación anterior a la reforma procesal penal permitía en los casos más graves que el tribunal *ad quem* revisara íntegramente lo resuelto. En este contexto se explica el sistema de recursos tradicional del proceso penal chileno.

En el antiguo Código de Procedimiento Penal, se previó una amplia gama de mecanismos que permitían que los órganos superiores revisaran y, si lo estimaban pertinente, corrigieran prácticamente todas las decisiones importantes adoptadas por el órgano inferior. El recurso paradigmático de este sistema es el de apelación, por medio del cual el órgano superior asume la capacidad de revisar lo obrado por

²⁴³ Nieva, J. *El hecho y el derecho en la casación penal*. Ed. J.M. Bosh Editor, Barcelona, 2000, p. 63.

²⁴⁴ “Todos los poderes de la soberanía política residían en quien ejercía el poder político central en forma exclusiva: el monarca o el Papa. Conforme a ello los jueces inquisidores eran sólo *delegados* del monarca absoluto, quienes estaban obligados a seguir sus reglas y a *devolver* la jurisdicción delegada, por escalones (organización judicial vertical), a aquel que se las había delegado y que la detentaba originariamente, en definitiva el monarca, la cúspide del poder político. (...) El sistema pasó a las colonias hispanoamericanas a través del derecho de España, introducido por la conquista y colonización, y pergeñó en estas latitudes no sólo un sistema alambicado de recursos contra la decisión, sino, también, la obligación de someter de oficio el reexamen del caso ante un tribunal superior, por parte de tribunales inferiores, la llamada *consulta*, que aún perdura en varias de las organizaciones judiciales hispanoamericanas”. Maier, J. *Derecho procesal penal...* op. cit. p. 706.

²⁴⁵ Tal como se indicó en la cita 64, de este primer capítulo.

el inferior sin quedar limitado ni siquiera por el contenido del reclamo de las partes que motivó la elevación²⁴⁶.

El recurso de apelación contra las sentencias definitivas de primer grado, estaba concebido en el antiguo Código de Procedimiento Penal, en su artículo 510 que establecía *“Toda sentencia definitiva puede ser apelada por cualquiera de las partes, dentro de los cinco días siguientes al de la respectiva notificación.*

La apelación será entablada verbalmente o por escrito; y el recurso se otorgará siempre en ambos efectos.

Las partes se considerarán emplazadas para concurrir al tribunal superior por el hecho de notificárseles la concesión del recurso de apelación, pudiendo hacer las peticiones que crean del caso, respecto de la sentencia apelada, al deducir el recurso o en la oportunidad a que se refiere el artículo 513”.

Es necesario señalar que el sistema de apreciación de la prueba en el código de enjuiciamiento criminal era el de la prueba legal o tasada, pero sucesivas leyes establecieron sistemas de apreciación distintos, la más relevante de ellas fue la Ley de Estados Antisociales promulgada en la década de los cincuenta, la cual determinó que en el caso de los delitos contra la propiedad –claramente mayoritarios-, la prueba fuera apreciada en conciencia, es decir, conforme al sistema de íntima convicción, lo que implicaba “enfaticar la convicción personal del juez por sobre los criterios tradicionales de la plena prueba”²⁴⁷.

Así las cosas, el contrapeso concebido para morigerar este tremendo poder de los jueces de primer grado, era el intenso control de los tribunales superiores, supervisión que se contemplaba en tres niveles: la base constituida por los jueces del crimen, en el segundo nivel se encontraban las cortes de apelaciones y en el tercer nivel la Corte Suprema, a la cual se accedía a través del recurso de casación. Respecto de las decisiones de los jueces del crimen, éstas eran automáticamente revisadas mediante el recurso de apelación -consagrado como recurso amplio-. En los casos más graves se establecía el trámite de la consulta, que implicaba la revisión de la decisión por el superior aun sin reclamo o recurso de las partes²⁴⁸.

El recurso de apelación implicaba la revisión de los hechos y el derecho y el superior decidía en mérito de las actas escritas que constituían el proceso, pues

²⁴⁶ Vid. Riego, C. op. cit. p. 430.

²⁴⁷ Vid. Ambos, K., Maier, J.B. y Woischnik, J. op. cit. p. 176.

²⁴⁸ *Ibidem*. Es necesario recordar que en el antiguo sistema de enjuiciamiento criminal el juez de crimen investigaba, acusaba y dictaba la sentencia definitiva, la que podía ser recurrida por el condenado o por el querellante, si existía.

de todo lo obrado se iba dejando constancia en estas actas, por ello se establecía que junto con la concesión del recurso debía remitirse *al adquem* el expediente íntegro²⁴⁹.

§54. *La garantía del derecho al recurso reconocida en los Tratados Internacionales.* La concepción tradicional del recurso cede en los tiempos que corren frente a la nueva perspectiva de éste como una garantía, pues es un derecho del condenado que la decisión de condena – a través de la cual cae sobre él todo el peso punitivo del Estado- sea revisada por un tribunal distinto de aquel que la adoptó con la finalidad de evitar condenas erróneas. Tal garantía encuentra consagración positiva en Tratados Internacionales suscritos por Chile.

En efecto, el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que durante el proceso, *“toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: letra h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*.

Por otro lado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.5 expresa que *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*.

De la interpretación de ambos instrumentos, el tratadista Julio B.J. Maier²⁵⁰ extrae importantes consecuencias elaboradas en torno a la visión del recurso como garantía. Así en primer término, nos señala que el recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior, y al mismo tiempo, perder por completo su carácter de medio de control estatal de los órganos judiciales superiores del Estado sobre sus inferiores; en segundo término señala que el recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en especial al acusador público para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia. Deberá perder así su carácter de bilateral²⁵¹ para transformarse en un derecho exclusivo del

²⁴⁹ El artículo 512 del Código de Procedimiento Penal, señalaba que *“El expediente, libros y papeles anexos serán remitidos al secretario de la Corte dentro de las veinticuatro horas siguientes a la última notificación del decreto que otorgó el recurso”*.

²⁵⁰ Vid. Maier, J. *Derecho procesal penal...* op. cit. p. 708 ss.

²⁵¹ Esta afirmación de Maier puede ser contrastada, con la dimensión que el recurso posee como vía o mecanismo de control de la calidad epistemológica de la declaración de hechos probados, pues acorde con el compromiso epistemológico del proceso en que éste tiene como finalidad la búsqueda de la verdad, los errores en cuanto a la corrección de la decisión adoptada, se pueden producir tanto en las sentencias de condena como

condenado a requerir la *doble conformidad* con la condena y finalmente dejarán de regir las limitaciones impuestas al condenado para recurrir la sentencia según su gravedad, ampliándose el ámbito de revisión del fallo hasta admitir la máxima posibilidad de crítica que permite el carácter público y oral del debate que sostiene necesariamente –da fundamento formal y material- a la sentencia.

En síntesis, al amparo de esta garantía, para poder ejecutar una condena penal contra una persona es necesario que el fallo haya sido sujeto a una doble revisión, si el condenado la requiere. El autor citado grafica lo anterior indicando que esta condición procesal, impuesta a la aplicación de una pena estatal ha sido perfectamente descrita, por analogía con la prueba de exactitud de una operación matemática, como la exigencia del principio de la “doble conformidad”.²⁵² Así, si el primer fallo ha sido de absolución y el segundo de condena no ha existido doble conformidad, pues la decisión condenatoria no ha sido objeto de una segunda revisión por lo que siendo una garantía del condenado es procedente la realización de un tercer juicio, en que si finalmente resulta condenado quien es sujeto a persecución penal pueda llevarse a cabo la condena que ha sido emitida con todas las garantías y en el marco del debido proceso.

Surge, en consecuencia, el cuestionamiento en torno a una eventual tensión entre la salvaguarda de este derecho fundamental al recurso y las otras garantías que llamamos estructurales del enjuiciamiento penal, -la oralidad y la inmediación-, por cuanto en el actual sistema procesal, en que existen controles horizontales que operan en todo el *íter* del procedimiento y, por cierto, en la audiencia del juicio oral propiamente tal; no tiene lugar la revisión de lo resuelto fundado en la jerarquía, principalmente en base a la vigencia de los aludidos principios de oralidad e inmediatez.

Siendo así, el orden en materia de recursos en Chile debe hacerse cargo de una aparente limitación operativa que consiste en que la revisión amplia en el proceso escrito (el expediente judicial) ya no existe en el sistema oral o, a lo

en aquellas que determinan la absolución del acusado. De este modo es correcto afirmar que el recurso es un derecho del condenado a fin que su condena, conforme lo sostienen los tratados internacionales, sea revisada por otro tribunal antes de ser ejecutada, pero además existe otra garantía que es anterior, vinculada a la finalidad del proceso y de la prueba en los términos ya referidos, que reconoce esta esfera cognoscitiva que es garantizar de la mejor forma posible la corrección de la decisión. Cfr. Laudan. L. “Detectar errores y aprender de ellos...” op. cit. pp. 107 y ss.

Lo anterior cobra relevancia en Chile, pues la práctica inexistencia de controles que funcionen *ex ante*, mediante mecanismos de filtro gnoseológicos de los elementos de prueba que deberán ser examinados por el Tribunal Oral, pone el centro de gravedad en el control de las conclusiones probatorias que se lleva a cabo a través del recurso de nulidad, lo que está fuertemente vinculado con las exigencias de una exhaustiva y completa motivación.

²⁵² Vid. Maier, J. *Derecho procesal penal...* op. cit. p. 713.

menos, ya no cumple la función de ser el soporte de la prueba, pues en el procedimiento oral la fuente de información para las decisiones pasa a ser el contenido en la audiencia de juicio²⁵³. Frente a lo anterior, para garantizar una cabal revisión de lo decidido se ha sostenido que se recurra a la utilización de actas en que se transcribe lo que se verifica en la audiencia de juicio oral, lo que obviamente implicaría un retroceso en el sistema, debilitando o haciendo nulas las garantías mencionadas de oralidad, publicidad, inmediación, etc. o bien, la implementación de un mecanismo de reproducción de imagen y sonido que se desplegaría ante el tribunal superior, lo que encarecería mucho el sistema, sin perjuicio de producir eventualmente el debilitamiento en su estructura²⁵⁴.

Se ha señalado en torno a esto que “como en general un sistema de apelación que contemple a la repetición del juicio cada vez que se plantee un reclamo resultaría muy caro y demoroso, la mayoría de los sistemas procesales contemplan alguna forma de revisión del fallo del juicio oral más restrictiva con el fin de no tener que reproducir el juicio cada vez que se admite un recurso. De hecho, el modelo más común es el del recurso de casación, esto es, la revisión del fallo y del procedimiento que ha conducido a su dictación, en los casos que ha existido una violación del derecho aplicable”.²⁵⁵

Esta eventual tensión queda de manifiesto en el fallo vertido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Herrera Ulloa con Costa Rica”²⁵⁶ de fecha 2 de julio de 2004, que resuelve determinando que el Estado de Costa Rica violó – entre otros- el artículo 8.2.h. de la Convención, relativo a garantías judiciales, por cuanto el recurrente al haber obtenido una sentencia adversa de primera instancia sólo contaba con el recurso de casación como único medio procesal para impugnar el fallo condenatorio, pues de acuerdo a la legislación costarricense, contra la sentencia condenatoria penal sólo puede interponerse recurso de casación.

Se expresa que la Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en

²⁵³ Vid. Riego, C. op. cit. p. 433.

²⁵⁴ Debemos recordar que ello se propuso en la discusión parlamentaria al debatirse en torno al recurso extraordinario que pretendió incorporar la Cámara de Diputados.

²⁵⁵ Riego, C. op. cit. p. 434.

²⁵⁶ Ver la sentencia aludida “Herrera Ulloa con Costa Rica” en:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

aras que una sentencia penal adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica y este derecho no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al imputado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso.

Agrega que para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Indica además, que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.

Teniendo en miras el fin de la Convención, la Corte ha razonado en el sentido que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. debe ser un recurso ordinario, eficaz y que independientemente de la denominación que se le dé, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida.

Culmina en lo dispositivo, ordenando que dentro de un plazo razonable, el Estado (Costa Rica) debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación al artículo 2 de la misma.

§55. *Interpretación doctrinaria de la garantía.* Cristián Riego²⁵⁷ critica el fallo reseñado, pues, a su juicio, es un poco oscuro en cuanto a cuál fue el fundamento del recurso de casación deducido y hasta qué punto el fallo del recurso entró o se negó a entrar a revisar las cuestiones planteadas. De este modo –señala– una interpretación extensiva del contenido de este fallo parece llevar a la conclusión de que la Corte Interamericana exige, en abstracto, que cualquier fallo penal pueda ser revisado integralmente, en todos sus aspectos, por medio de un recurso amplio incluso frente a una petición muy general de revisión por la parte afectada. Agrega que esa misma conclusión parece desprenderse del N° 5 de los puntos resolutive del fallo en que se ordena al Estado de Costa Rica adecuar su legislación a lo dispuesto en el artículo 8.2.h de la Convención Americana.

El real alcance de lo resuelto por la Corte es trascendental a la hora de interpretar el recurso de nulidad como uno que cumpla los estándares de los tratados internacionales, pues si predicamos la posibilidad de que a través de él

²⁵⁷ Vid. Riego, C. op. cit. p. 436.

los tribunales de nulidad conozcan del establecimiento de los enunciados fácticos, también sería posible afirmar que satisface la exigencia de una revisión integral, si este es el sentido que le quiso imprimir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que redundaría en el cumplimiento por parte de nuestro país de los compromisos internacionales, lo que no resulta un tema menor.

Respecto del derecho al recurso -tal como se desprende del fallo en estudio- éste constituye, sin lugar a dudas, una garantía para todo imputado, así lo consagra la aludida Convención y además el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.5. En torno a ello Julio B.J. Maier²⁵⁸ ha entendido que las dos convenciones, interpretadas conjuntamente, según corresponde, porque ambas están vigentes y porque, según se observará, ambas prescriben lo mismo, a pesar de la diferencia del texto, están llamadas a modificar, al menos en el área de los recursos contra la sentencia, la base político-criminal del concepto de recurso en nuestro derecho procesal penal.

El recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior, es la denominada garantía del “doble conforme”, según la cual ninguna persona puede ser forzada a cumplir una sentencia condenatoria penal en tanto dos tribunales de jerarquía diferente no hayan expresado decisión condenatoria en su contra²⁵⁹.

¿Qué significa entonces el derecho de recurrir del fallo? se pregunta Alberto Binder, indicando que fundamentalmente se debe entender como el establecimiento de un mecanismo de control real sobre el fallo, lo que no implica “...que la Convención Americana de Derechos Humanos haya optado por algún tipo de recurso en particular o –como algunos han sostenido- que la ‘doble instancia’ entendida como doble juzgamiento integral del caso se haya convertido en un derecho humano fundamental. La interpretación correcta es la que indica – como lo ha enunciado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos- que el derecho fundamental consiste en la facultad de desencadenar un mecanismo real y serio de control del fallo, por un funcionario distinto del que lo dictó y dotado

²⁵⁸ Vid. Maier, J. *Derecho procesal penal...* op. cit. pp. 708 y ss.

²⁵⁹ Vid. Heredia, J. “¿Casación o un nuevo recurso? De ‘Jáuregui’ a ‘Casal’”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcasacionounnuevorecurso/?searchterm=heredia> y Martínez, V. “El derecho al recurso en el proceso penal”, Universidad de Valencia. N° 9 (enero-junio, 2002). <http://www.uv.es/~ripj/9vice.htm>

de poder para revisar el fallo anterior, es decir, que su revisión no sea meramente declarativa, sino que tenga efectos sustanciales sobre el fallo”²⁶⁰.

§56. *El reconocimiento de la garantía del derecho a recurrir y el recurso de nulidad.* Conforme los pronunciamientos de los Tribunales Internacionales y la dogmática reseñada, puede afirmarse con claridad meridiana, que el derecho a recurrir contra la sentencia de condena en el proceso penal constituye una garantía fundamental (procesal) –“el doble conforme”–, además de garantía epistemológica, vale decir un mecanismo a disposición de las partes para impugnar las resoluciones que les perjudican y, además, un medio procesal para maximizar el acierto judicial y las decisiones justas²⁶¹. Entonces, es posible afirmar que la interpretación restrictiva que, tendencialmente, se imprime por los tribunales superiores de justicia al recurso de nulidad aleja la posibilidad de cumplir los mandatos contenidos en los instrumentos internacionales que consagran este derecho y que Chile ha suscrito, a la vez que desdibuja la dimensión epistémica del proceso²⁶².

Así ha señalado Rodrigo Coloma que “una visión restrictiva acerca de la admisibilidad del recurso de nulidad cuando se refiere a la determinación de los hechos en la sentencia, resulta particularmente indeseable, cuando la sentencia ha sido condenatoria, por cuanto de acuerdo a tratados internacionales sobre derechos humanos, debidamente suscritos por Chile: toda persona condenada tiene derecho a recurrir el fallo ante tribunal superior”²⁶³.

En esta misma línea puede señalarse que una de las consecuencias claras que importa la interpretación restrictiva, sobre todo aquella que basándose en la naturaleza del recurso lo considera sólo reservado a las cuestiones de derecho, implica claramente privar al condenado de un derecho fundamental²⁶⁴.

A la inversa de estimarse que el recurso de nulidad permite la fiscalización del establecimiento del núcleo fáctico, hace conciliable nuestra única vía de

²⁶⁰ Binder, J. op. cit. pp. 287 y cfr. Riego, C. op. cit. p. 437.

²⁶¹ Vid. Del Rio, C. op. cit. p. 134.

²⁶² Existe un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –de fecha 29 de mayo de 2014– Norín Catriman y otros con Chile, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf, en que la Corte sostuvo que el recurso de nulidad como está concebido en el CPP chileno, no vulnera el artículo 8.2 h) de la CADH, pero que sin embargo, la forma en que se aplicaron sus normas por los Tribunales Superiores (Corte de Apelaciones de Temuco y Corte Suprema), que conocieron de los recursos en los casos denunciados, sí constituye una vulneración a ese derecho, fundamentalmente en lo relativo a la eficacia del recurso. De este fallo se analizará lo pertinente en el último capítulo y subtema de esta investigación.

²⁶³ Coloma, R. “Los límites del recurso de nulidad como mecanismo de control de la decisión sobre los hechos”, *Rev. de Derecho*. U. Católica de Temuco, n. 3, año 2002, p. 77.

²⁶⁴ Cfr. Coloma, R. “Los límites del recurso de...”, op. cit. pp. 55-59.

impugnación de las condenas con lo que imperativamente prescriben los aludidos instrumentos internacionales, en el sentido de contemplar un recurso desformalizado, accesible y lo más amplio posible, así toda pena será impuesta sujetándose a los filtros y controles que el sistema contempla, los que obviamente deben comprender la censura y control del establecimiento de la cuestión de hecho, a fin de procurar la minimización de los errores y la posibilidad de obtener una condena lo más justa posible y democráticamente impuesta.

Hay que puntualizar que una de las funciones de la motivación es la de carácter “endoprocesal” o mejor dicho intraprocesal pues ella “(...) permite, por parte de los órganos competentes y los intervinientes del proceso penal, la fundamentación y el control de las decisiones tanto en *derecho*, ya sea por errónea aplicación o defectos de interpretación o subsunción; como en los *hechos* o presupuestos fácticos, ya sea por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por la inadecuada explicación del nexo entre el estándar de convicción y los datos probatorios”²⁶⁵. De esta forma la motivación posibilita la interposición de recursos procesales por las partes, en nuestro caso a través del recurso de nulidad, a fin de que un tribunal distinto revise la corrección de la decisión sobre la prueba, entre otros aspectos.

La garantía constitucional del derecho a la tutela efectiva –según se señala– incluye entre sus manifestaciones el derecho a los recursos establecidos por la ley. El Tribunal Constitucional español ha sostenido que “el derecho al recurso hay que entenderlo, ante todo, como derecho a utilizar los recursos señalados por la ley. No supone, por tanto, creación de recursos inexistentes. Sin embargo, determinadas normas internacionales ratificadas por nuestro país establecen en materia penal la revisión de fallos condenatorios por un Tribunal superior. Ello exige interpretar nuestro sistema de la forma más favorable para la efectividad de tal garantía”²⁶⁶. En sintonía con lo anterior se ha afirmado “[q]ue si bien es doctrina consolidada la de que en materia penal no existe derecho alguno a la segunda instancia sino, simplemente, derecho a la revisión de la sentencia condenatoria, también puede entenderse unánime la opinión de que esta última exigencia obliga

²⁶⁵ Báez, D. “La argumentación de los hechos a la luz del nuevo proceso penal”, *Rev. Procesal Penal*, Ed. Lexis Nexis, n. 56, febrero, 2007, p. 13.

²⁶⁶ Ramos, F. *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 281. “Si bien la interpretación y comprobación de la concurrencia de las exigencias materiales y formales para la admisión de los recursos corresponde a los tribunales ordinarios, éstos deben interpretar los presupuestos y límites para la admisión de los recursos de la forma más favorable posible a la eficacia del derecho al recurso”. Picó i Junoy, J. *Las garantías constitucionales del proceso*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 82.

a que los motivos que autorizan el recurso hayan de interpretarse de forma tal que favorezca al máximo su admisión”²⁶⁷

Por su parte Cafferata Nores, para el caso argentino, refirió que si bien es materia de discusión si el recurso de casación es suficiente para garantizar el derecho al recurso contra la condena, la Corte IDH ha considerado que por ser ese recurso una institución jurídica que permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los actos procesales importantes, incluso de la legalidad de la producción de la prueba, constituye, en principio, un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el art. 8.2.h, de la Convención en tanto no se lo regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso (Citado por la Comisión IDH, Informe 24/92, 2/10/92; ídem Comisión IDH, Informe 55/97, del 18/11/97)²⁶⁸.

En Chile –según se aludió- se discutió profusamente, al instaurarse el recurso de nulidad, si éste cumplía con lo exigido por los tratados internacionales, en el sentido de ser un recurso amplio y eficaz, accesible y que asegure la revisión integral de la decisión recurrida. La opinión en esta materia de Gonzalo Cortez²⁶⁹ sobre el panorama imperante fundamentalmente en las primeras etapas de vigencia -que contrasta con las aspiraciones manifestadas en el curso de la historia legislativa-, me parece la acertada: “(...) puede afirmarse que el legislador nacional configuró el recurso de nulidad como mecanismo de impugnación amplio, no sujeto a demasiadas formalidades, que cumpliera con la garantía constitucional de acceso al recurso. Frente a esta realidad normativa, sustentada en los antecedentes legislativos fidedignos del CPP, apoyada por la doctrina nacional, la Corte Suprema viene sosteniendo una interpretación absolutamente divorciada de la genuina concepción del recurso de nulidad y, por cierto, atentatoria de la garantía del derecho al recurso. Como era de esperar, por esta misma vía viene transitando el criterio jurisprudencial de nuestras Cortes de Alzada”.

²⁶⁷ Armenta, T. *Lecciones de derecho procesal penal*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 294.

²⁶⁸ Vid. Cafferata Nores, *Eficacia del sistema penal y garantías procesales. (¿Contradicción o equilibrio?)*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2002, pp. 98-99.

²⁶⁹ Cortez, G. op. cit. p. 39. Lo que debe ser necesariamente matizado, conforme las últimas corrientes interpretativas del recurso que ya fueron desarrolladas en este capítulo.

§57. *Eventual tensión con el enfoque epistémico.* A pesar del consenso que existe en la doctrina en orden a que la configuración del recurso contra la sentencia penal es un derecho de todo condenado, interpretación que se encuentra acorde con lo que disponen los tratados internacionales, no puede soslayarse el ineludible enfoque epistémico sobre la decisión última, vinculado a la finalidad de la prueba judicial, pues el imperativo de que la sentencia sea revisada cuando el condenado la estima errónea, no se contrapone a la conveniencia de que también se conceda el recurso a quien sustenta la acusación, teniendo como norte la finalidad del proceso penal y, en especial, de la prueba, esto es, la búsqueda de la verdad.

Coherente con este predicado, se ha afirmado que “ni la incertidumbre que caracteriza la toma de decisión jurídica sobre la prueba ni el carácter reglado de la misma permiten concluir sin mayor detenimiento que no es posible aplicar a esa toma de decisiones las categorías y los criterios de racionalidad propios de la epistemología general”²⁷⁰, pudiendo agregarse que “la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al proceso aportan elementos de juicio suficiente a favor de la verdad de una proposición (lo que no debe confundirse con que la proposición sea verdadera), entonces puede considerarse que la proposición está probada.”²⁷¹.

Siendo coherente con lo que se ha plasmado, es posible encontrar sentido a lo que señala Laudan en orden a que “el proceso de apelaciones asimétricas no sólo tiene mayor probabilidad de identificar las causas de las condenas incorrectas que de las absoluciones falsas, también puede introducir nuevas reglas o modificaciones a reglas anteriores que, aunque reduzcan la frecuencia de condenas erróneas, incrementen en gran medida la frecuencia de absoluciones equivocadas”²⁷², por cuanto se produce un incentivo a favor de las absoluciones las que no serán materia de revisión, lo que resulta a todas luces contraepistémico.

Por otro lado, la regulación de recursos asimétricos no permite al sistema identificar y corregir los errores que se producen en las sentencias de

²⁷⁰ Ferrer, J. “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho” en Juan Cruz Parceroy y Larry Laudan (coords.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 2010, p. 81.

²⁷¹ Ferrer, J. “La valoración racional de la prueba. Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión judicial” en *Estudios sobre la prueba*, VVAA, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 34.

²⁷² Laudan, L. “Detectar errores y aprehender...”, op. cit. p. 113.

exoneración²⁷³, situaciones que obviamente impiden confrontar *la verdad* que se tiene por establecida.

De esta manera, si bien el derecho del condenado al doble conforme, es un derecho consagrado en los instrumentos internacionales que reconocen garantías fundamentales, este predicado tiene un sesgo imposible de ignorar: él no es o no debe ser excluyente de un sistema de recursos simétricos, pues desde el punto de vista epistemológico o racional se propugna la simetría de los recursos contra la decisión final en el proceso penal, lo que posibilitaría acercarse a la verdad en mayor y mejor medida posible, pues si una de las funciones principales del derecho es la regulación de la conducta, el cumplimiento de esta función requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y sólo si se han producido efectivamente los hechos condicionantes de esas consecuencias, para lo cual la prueba como actividad tiene la función de comprobar la producción de esos hechos condicionantes o, lo que es lo mismo, de determinar el valor de verdad de los enunciados que describen su ocurrencia.

Puede afirmarse que el éxito de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos y este éxito se asegura con mayor efectividad con la posibilidad de recurrir contra las condenas, al mismo tiempo que contra las absoluciones, lo que puede válidamente afirmarse desde la vereda de la epistemología, mirada diversa o complementaria de la que se efectúa desde el recurso como garantía.

Igualmente una interpretación mezquina de las vías de impugnación de la sentencia penal, resulta evidentemente atentatorio del fin epistemológico del proceso y de la prueba, pues mientras más minimizado se conciba el cauce de control, menores serán las posibilidades de detectar errores (de realizar testeos o contramuestras, en términos de la ciencia), esto es, de acercarse lo más posible a la verdad de lo acaecido, pudiendo igualmente existir mayores posibilidades de éxito en el fin último del derecho, que como se dijo, consiste en que las personas adecuen su conducta a las normas que éste impone.

²⁷³ Vid. *Ibidem.* p. 107 ss.

11.3.- El control de la racionalidad en el establecimiento de los hechos y el sistema de garantías procesales penales

§58. *La satisfacción de los requerimientos de racionalidad permite alcanzar el cumplimiento de las garantías procesales.* En la órbita del derecho europeo continental es posible recurrir contra la decisión final en el procedimiento penal, a través del recurso de casación que permitiría eventualmente fiscalizar qué tal se razonó respecto de los hechos que se han declarado probados y tal fiscalización, por cierto, es realizada por un órgano distinto y de superior jerarquía – normalmente el de la cúspide del sistema- que aquél que pronunció la resolución de absolución o condena.

Como observamos, en el caso chileno, es posible sostener que el recurso de nulidad es el vehículo por medio del cual se puede y debe realizar el control del razonamiento probatorio, pues a través de él, un órgano distinto del que adoptó la decisión sobre la prueba puede censurar dicho razonamiento, si no se respetaron los cánones de racionalidad que lo hacen posible.

En este contexto es preciso señalar que la motivación –que constituye la justificación del razonamiento probatorio, el dar buenas razones para tener por probada determinada hipótesis²⁷⁴- tiene dos funciones: una de cara a la sociedad, pues constituye la garantía concebida para obtener que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites predefinidos, representando así el signo más importante y típico de racionalización de la función judicial.²⁷⁵ La otra dice relación con las partes e implica proporcionarles la explicitación de las razones que han movido al adjudicador a adoptar determinada conclusión sobre la prueba, pues “la motivación desempeña también una segunda función – la endo-procesal- no menos importante que la primera y que puede considerarse su complemento: facilitar el control interno de las decisiones judiciales garantizando así que la exigencia de actuación racional del poder pueda hacerse efectiva y no quede en una mera proclamación de buenas intenciones”²⁷⁶.

Por lo mismo se ha señalado que “la motivación del juicio sobre los hechos cumple, así, diferentes funciones. Por un lado, permite el ulterior control de la

²⁷⁴ “La motivación de las decisiones judiciales es, sin duda, un discurso justificativo consistente en explicitar las premisas, fácticas y jurídicas, en las que se funda la norma individual que constituye el fallo de la decisión”. Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto...”, op. cit. p. 8.

²⁷⁵ Vid. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...*, op. cit. p.19 ss., Igartua, J. *Valoración de la prueba...* op. cit. p. 170; Ruiz, E. *El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, Ed. Colex, Madrid, p. 182 y Miranda, M. *La mínima actividad...* op. cit. p.165.

²⁷⁶ Gascón, M. *Los hechos en el...* op. cit. p. 201.

racionalidad y logicidad de dicho convencimiento por medio del sistema de recursos jurisdiccionales diseñados por el legislador por lo que conecta, directamente, con el derecho a defensa²⁷⁷, podríamos agregar que también, con el derecho a la prueba y el derecho a la presunción de inocencia.

Así, en concordancia con lo que se ha afirmado, es posible sostener que mientras más reducida es la interpretación de las facultades que los tribunales de nulidad o casación poseen respecto de la decisión sobre la prueba, más se afectan las garantías procesales que aludiremos en este apartado. En efecto, si se estima que la motivación-fundamentación relativa a los hechos efectuada por el tribunal de mérito resulta blindada a las facultades de censura de los tribunales superiores, ello repercute directamente en el reconocimiento y respeto de las garantías, tales como el derecho a la prueba y el derecho a defensa, el deber de motivación, la tutela judicial efectiva, la proscripción de la arbitrariedad y la presunción de inocencia.

11.4.- Preservación del derecho a la prueba y el derecho a defensa

§59. *Garantías estrechamente vinculadas a la posibilidad de control intersubjetivo.* Es lógico que dentro de un juicio oral que se caracteriza por la existencia de contradictorio, las partes puedan presentar todas las pruebas necesarias para acreditar sus afirmaciones. Como señalaremos al considerar los métodos propuestos tanto por Ferrajoli, Ferrer o por Marina Gascón para la valoración racional de la prueba, en ellos se contempla la existencia de contradicción.

En efecto, se afirma que la hipótesis acusatoria debe ser ante todo confirmada por una pluralidad de pruebas o datos probatorios, pero que además debe existir la posibilidad de refutación o contraprueba, así “la garantía de la defensa consiste precisamente en la institucionalización del poder de refutación de la acusación por parte del acusado. Conforme a ella, para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos virtualmente disponibles”²⁷⁸.

²⁷⁷ Miranda, M. *La mínima actividad...* op. cit. p. 165.

²⁷⁸ Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. pp. 150- 151.

Si bien no se ha establecido constitucionalmente el derecho a la prueba como garantía fundamental, es perfectamente posible, dentro de la argumentación en que lo inscribimos, derivarlo del derecho a defensa o estimar que forma parte de él. En este sentido es lúcido Taruffo cuando señala que “el derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y a la defensa: en realidad, sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas”²⁷⁹.

Ferrer²⁸⁰, por su parte, estima que el derecho a la prueba posee cuatro elementos definitorios: el primero es el derecho a utilizar todas las pruebas disponibles para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; el segundo es el derecho que las pruebas sean practicadas en el proceso; el tercero comprende el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas, y el cuarto, es la obligación de motivar las decisiones judiciales. Por resultar relevantes a nuestros esfuerzos nos detendremos en los dos últimos²⁸¹.

En efecto, la consagración del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas por ellas presentadas y que sean pertinentes para demostrar los hechos que fundamentan sus pretensiones, es una garantía ilusoria y meramente ritualista si no se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en su decisión, esta exigencia de valoración racional de las pruebas puede descomponerse en dos elementos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte; por otra parte, se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional.

El derecho a defensa está vinculado a su vez, con la garantía de una tutela judicial efectiva²⁸² y ésta con la exigencia de motivación²⁸³ dado que “la tutela efectiva significa el derecho a obtener una resolución fundada jurídicamente, (...) después de haberse tenido el libre acceso a la jurisdicción, para pedir, para

²⁷⁹ Taruffo, M. “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, *Rev. de Derecho UACH*, v.15. n. 2, diciembre de 2003, p. 209.

²⁸⁰ Vid. Ferrer, “Derecho a la prueba y...” op. cit. p. 28 y *La valoración racional de...* op. cit. pp. 54 y ss.

²⁸¹ En este capítulo se analizarán en su arista de garantías que forman parte del debido proceso y en el capítulo tres vinculadas a las exigencias de la motivación de las sentencias.

²⁸² “El tribunal Constitucional ha insistido mucho y con evidente acierto en este punto: el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, comprende el de obtener una resolución fundada en derecho, lo cual quiere decir que la decisión que se adopte ha de estar motivada, según establece además el artículo 120 de la Constitución, quedando el razonamiento adecuado confiado al órgano jurisdiccional competente”. Ruiz, E. *Estudios de derecho procesal penal*, Ed. Comares, Granada, 1995, p. 265.

²⁸³ La exigencia de motivación está consagrada en los artículos 120.3 y 24.1 de la Constitución Española.

demandar, para solicitar o para recurrir dentro de un orden procesal. La tutela pues existe, a pesar de que la respuesta del juez sea contraria a la pretensión ejercitada. Es decir, que no puede erróneamente identificarse la tutela efectiva con la obligatoriedad de una favorable contestación a la pretensión ejercida. Tutela judicial efectiva precisamente para que no se llegue a la indefensión”²⁸⁴.

En estrecha vinculación con las garantías que se han señalado se concibe al recurso de nulidad, ya que por cierto, siendo el derecho a la prueba una derivación del derecho a defensa, tal orden de garantías queda reducido a pura retórica, si no se contempla un medio efectivo para que las partes, y especialmente el condenado en un juicio penal, puedan reclamar de la ausente o errónea motivación, que es el vehículo por el cual se plasma la racional valoración de la prueba y la aplicación de un estándar intersubjetivamente controlable, exigiéndose consecuentemente que los tribunales superiores estén dotados de la facultad de controlar o fiscalizar los defectos en la fundamentación, no sólo en lo relativo a las cuestiones de derecho si no que, por cierto, también respecto de las de hecho.

Es válido señalar entonces que se producirá indefensión si no se permite recurrir contra la decisión de hecho, por cuanto uno de los aspectos de la tutela judicial efectiva es precisamente la posibilidad de entablar recursos respecto de la decisión que recae tanto sobre el derecho como sobre los hechos.

11.5.- A modo de colofón

§60. *Detectando errores en la interpretación del recurso de nulidad y vislumbrando la correcta hermenéutica.* En primer término, a la luz de lo analizado y lo que será examinado en los capítulos que suceden a éste, es imprescindible descartar la interpretación mezquina y restrictiva del recurso de nulidad que se ha venido plasmando por la jurisprudencia y que todavía tiene presencia en sus decisiones, ya que indiscutidamente no encuentra sustento jurídico procesal²⁸⁵,

²⁸⁴ De Vega, J. *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Ed. Colex, Madrid, 1994, pp.144. En Chile, Héctor Nogueira ha desarrollado la garantía de la tutela judicial efectiva que estima consagrada en la Carta Política chilena. Cfr. *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2007, pp. 68 y ss. y “La constitucionalización del proceso: El acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso” en Juan Carlos Ferrada (coord.), *La constitucionalización del derecho chileno*, U. Austral de Chile, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 169 y ss.

²⁸⁵ A pesar de ello Tavorari, ha sostenido sobre el tópico que: “La ponderación de la prueba efectuada por el tribunal de juicio oral no es controlable en sede de nulidad. (...) Cuestión diferente es que, por medio del recurso se denuncie que la prueba no fue valorada por el tribunal, porque ello importa un motivo absoluto de nulidad del artículo 374 letra d) en relación al artículo 342 letra c)”. “Los recursos en el nuevo...”, Tavorari,

pues se invoca para sostenerla el sistema de libre valoración de la prueba y, especialmente, la existencia de la inmediación, a los que nos abocaremos en lo que sigue, volcando nuestros esfuerzos en echarlos por tierra por cuanto injustificadamente se enarbolan de la manera indicada, poniendo de relieve lo que se debe comprender por libre valoración de la prueba, analizando lo que la inmediación permite y lo que no permite, y situando en su justa dimensión el nuevo ordenamiento en materia de recursos.

En segundo lugar, pero no menos importante, está lo relativo al estándar de prueba que es dejado de lado sin más, en la interpretación restrictiva que se le imprime al recurso de nulidad por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina, lo que es del todo relevante, pues de nada sirve que la prueba se valore racionalmente integrando en la argumentación probatoria la lógica inductiva que hace posible el razonamiento probatorio, y las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos que sirven para establecer las relaciones de corroboración entre los elementos de juicio y las hipótesis sobre los hechos, si se culmina, en base a resabios de subjetividad, reservando el examen de suficiencia de la hipótesis de la acusación al parecer íntimo e inefable de cada sentenciador. Es imprescindible la determinación de un estándar de prueba cuya principal e innegable caracterización sea su independencia de las propias creencias del adjudicador, lo cual deberá ser una urgente necesidad en la tarea dogmática.

Como corolario es necesario dejar asentado expresamente que la errada apreciación del sistema de sana crítica racional y la inmediación, asociada a la estrecha interpretación del control que puede realizarse a través del recurso, que se ha instalado en el tribunal de nulidad y que se niega a morir, impide la corrección del funcionamiento práctico del sistema, pues en un importante número de casos, no se está realizando una revisión adecuada de la decisión sobre los hechos declarados probados, lo que contribuyen a que tendencialmente se perpetúe la interpretación potestativa e íntima de la valoración, con la agravación de que nadie, o muy pocos, están conscientes de que se ha reducido la libre valoración racional solo a libre valoración, lo que conlleva a la existencia de constantes vacilaciones de la jurisprudencia que en esta materia parece estar

R. op. cit. p. 405. Duce y Riego, sin embargo, tienen una posición diversa. Señalan: “El problema o tensión surge cuando esta causal (art. 374 letra e) se utiliza en casos límite en donde el defecto de la sentencia no tiene que ver tanto con el hecho concreto exigido por la causal, como lo es la “omisión” de los elementos centrales del fallo, sino más bien el planteo de fondo es una cuestión sutil de grado de fundamentación exigido. En este tipo de situaciones el recurso lleva naturalmente a discusión de estándares y no a verificación de hechos claros, como en general está detrás de la lógica de los otros motivos de nulidad absoluta. Duce, M. y Riego, C. Proceso penal... op. cit. p. 522.

dando “palos de ciego”, abriendo paso a la arbitrariedad y consecuentemente a la injusticia. Si las Cortes no efectúan este cambio de rumbo, vale preguntarse ¿entonces quién?

A lo que se aspira, en palabras de Michele Taruffo²⁸⁶, es a que se logre adoptar un “modelo diverso, o ‘estilo’ de motivación, en el cual vengán eliminados los argumentos *ad abundantiam*, o *ad pompam* y vengán, por el contrario, insertados los elementos que efectivamente son necesarios para hacer racionalmente justificada y controlable la decisión. La concisión y la plenitud de la argumentación no son, en realidad, exigencias excluyentes y, por lo demás, precisamente la justificación que sigue rigurosos cánones racionales es más completa, pero también más simple y lineal” y que esa motivación dé cuenta exhaustiva de la valoración del material fáctico y de la aplicación del estándar de prueba por el que se ha optado, pudiendo ser controlados adecuadamente por los tribunales superiores.

Frente a la crítica que surge en orden a la avalancha de recursos que pueden intentarse por esta vía, lo que comporta que se estaría desvirtuando el sistema, es preciso replicar en orden a que una adecuada cultura de la motivación²⁸⁷, la configuración institucional de las partes en el proceso penal, la existencia de controles horizontales y la concepción actual del sistema de recursos alejada de la visión jerárquica, no en lo inmediato, pero seguramente en un tiempo no muy lejano, pondrá la causal de defecto de fundamentación de las conclusiones probatorias en su justa dimensión.

²⁸⁶ Taruffo, M. *El vértice ambiguo...* op. cit. pp. 211-213.

²⁸⁷ Cfr. Accatino, La aceptabilidad de los enunciados empíricos en el proceso penal” en Fernández, J. (coord.), *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del derecho penal*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 392 y ss.

CAPÍTULO 2:

La libre valoración de la prueba y la inmediación. ¿Supuestos límites a la posibilidad de control?

§61. *Apuntes introductorios.* Este capítulo –central en el presente trabajo– aborda la libre valoración y la inmediación, que constituyen los basamentos en que se sustenta un sistema racional de valoración probatoria. Sin embargo, también releva que en este sistema es ineludible descartar la interpretación de estos pilares en clave subjetivista y que esta interpretación es propia de un sistema intimista de valoración.

Se desarrollan ideas a fin de explicar que, la eventual tensión entre un sistema de libertad de prueba y la existencia de controles, no existe en el marco del sistema cognoscitivo.

En este apartado se delimitan las bases necesarias, recurriendo a la doctrina y sus conceptos, a fin de entender la libre valoración -reconducida al método de la inferencia inductiva y la inmediación -como garantía instrumental al servicio de otros fines-, postulando que ellas permiten realizar, a través del recurso de nulidad, una adecuada censura de la decisión de hechos probados.

Se contrastarán la elaboración doctrinaria de tales basamentos con su regulación positiva en el derecho chileno y con aquello que la praxis de las Cortes ha entendido sobre su concepción y la forma en que en concreto se despliega el control.

Para concretar lo que se entiende en la práctica por libre valoración e inmediación, se traen a colación sentencias de Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, en las que en un importante número de casos se recurre a estos institutos para cercenar las facultades de revisión del material fáctico. Así, se pone el énfasis en la libertad de prueba, entendiéndola como una facultad sin contrapesos del tribunal oral en lo penal, a la par que se invoca la inmediación, argumentando que ella produce un conocimiento y convencimiento que se adquiere del contacto con los medios de prueba, que no es posible de revisar por quien no asistió a la audiencia en que se rinden.

I.- La libre valoración (racional) de la prueba

§62.- *El acento en la racionalidad.* Con el fin de abandonar todas aquellas concepciones subjetivistas que ponen el centro de gravedad en el parecer íntimo y subjetivo del adjudicador como medio idóneo para alcanzar la convicción sobre la prueba, se estudiarán someramente los sistemas de valoración probatoria, y el tránsito desde la íntima convicción al sistema que actualmente contempla el CPP chileno- el de sana crítica racional-.

No es posible abandonar en ningún momento la premisa de que el conocimiento que se obtiene en el ámbito del proceso en general, y en el penal en particular, es probabilístico, esto es, que el juez de los hechos siempre y en toda circunstancia se moverá en el plano de la incertidumbre fáctica. Por lo mismo resulta relevante el recurso a modelos que miden la probabilidad, siendo posible decantarse por el de probabilidad inductiva o de corroboración de hipótesis, siguiendo para ello a la doctrina más autorizada en la materia.

Inmerso en el modelo indicado, se hace imperioso estudiar las generalizaciones empíricas que actúan como la garantía de la inferencia que va de un hecho a otro y que otorga mayor o menor fuerza a la inferencia en función del grado de corroboración que las propias generalizaciones tengan; y el derrotero que siguen en el razonamiento judicial, esto es, a veces presentes a veces soslayadas.

Las propuestas que realiza la doctrina respecto de la forma en que operan los criterios de racionalidad de la epistemología general en un sistema de sana crítica racional, que si bien no operan como las reglas de tasación legal del valor probatorio, permiten medir la solidez del grado de apoyo inductivo o de corroboración que posee una hipótesis y resultan del todo necesarios en este apartado, por lo cual se confrontarán aquellos criterios con lo que la práctica forense ha efectuado, fundamentalmente la comprensión que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos le imprimen a los cánones de racionalidad y lo que la doctrina más autorizada ha realizado en torno a su delimitación.

En este contexto resulta relevante el estudio de los criterios de solidez del razonamiento probatorio los que, por cierto, no son contradictorios con un sistema de libre valoración de la prueba.

Se pretende aportar elementos para reflexionar sobre la posibilidad de que una valoración “libre” admitiría control, precisamente por el cauce del recurso en estudio.

1.- ¿Qué es la libre valoración?

§63. *La libre valoración racional en Chile.* Esta materia está tratada normativamente en los artículos 295 y 297 del CPP, que prescriben, el primero, que *los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley*, y el segundo, que *los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*

Si bien existe consenso en que la actividad valorativa de la sana crítica es libre por estar exenta de tasas predeterminadas, propias de los sistemas de prueba legal, y que el adjudicador en esta actividad debe ceñirse a los criterios generales de la racionalidad epistémica, no existe claridad en orden al significado de estos últimos conceptos. Probablemente, por lo relativamente novel del sistema en Chile, la doctrina y la jurisprudencia no han podido encontrar un derrotero único por donde transite adecuada y cómodamente la libre valoración.

Siendo así, es posible afirmar, sin temor equivocarse, que nadie sostiene hoy en Chile que no rige plenamente el principio de libre valoración de la prueba contenido fundamentalmente en el artículo 297 ya citado. Sin embargo, existe todavía gran confusión en cuanto a la comprensión de lo que este sistema de valoración y su operatividad implican.

Se suele indicar que el adjudicador al momento de ponderar la prueba es plenamente libre y se hace referencia a lo que prescribe el artículo 295 del Código, también aludido, para agregar a continuación que tal actividad debe realizarse con respeto a los parámetros de racionalidad.

Existe una vertiente interpretativa de la libre valoración, que importa la comprensión de los principios de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos como un perímetro infranqueable para el adjudicador, pero que trae como contrapartida que dentro de dicho espacio el juez puede moverse con absoluta libertad y sin contrapesos.

Lo anterior, a mi juicio, nos remitiría a una reformulación del sistema de valoración libre o íntima convicción, pero constreñido o desarrollado en la superficie que resulta de los cánones ya indicados, -que se grafican como una reja-. En el espacio que resulta luego de consideradas las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, el juez de los hechos se estima soberano, pudiendo encontrarse plasmada en la jurisprudencia concepciones como la reseñada.

Así el máximo tribunal ha resuelto: *“Que, sin perjuicio de lo anterior, tales materias, especialmente las relativas a la valoración de la prueba, y la calificación jurídica de los hechos, atendido lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, quedan fuera del control de este tribunal, desde que aquéllos son soberanos en la ponderación de los medios probatorios que han recibido (...)”*²⁸⁸

Siguiendo al máximo tribunal, la Corte de apelaciones de Puerto Montt razonó de manera similar indicando: *“La cuestión primera [forma de valorar la prueba] escapa a la competencia de esta Corte, puesto que el Tribunal ante el cual se realizó el juicio, es soberano para apreciar y valorar la prueba y por tanto la credibilidad de los testigos de cargo y de la defensa (...)”*²⁸⁹

Es necesario poner el acento en este tópico, pues el principio de sana crítica racional es sólo un principio negativo por oposición al de la prueba legal o tasada y que resulta de la ausencia de tasas o valores determinados en abstracto por la ley, pero nada más y no puede ser entendido como un criterio positivo y discrecional de decisión, cualesquiera que sean las pruebas²⁹⁰.

Sin embargo puede apreciarse una evolución de la jurisprudencia, que incluso abarca al máximo tribunal, pues al entrar a conocer de la causal del artículo 374 letra e), la respectiva Corte revisa la valoración que de la prueba ha realizado el tribunal de juicio oral respectivo, analiza la aplicación de los parámetros de racionalidad con mayor precisión y resuelve lo pertinente, como ha ocurrido en las sentencias que se analizaron en el primer acápite de este trabajo, con los matices y retrocesos que del mismo modo fueron evidenciados.

La legislación positiva chilena no señala ni impone ningún criterio de valoración²⁹¹, solo se limita a indicar que deben ser respetados la lógica, la

²⁸⁸ Sentencia de la Corte Suprema de 15 de enero de 2008, Rol N° 5.847-2007.

²⁸⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de 14 de septiembre de 2009, Rol N° 163-2009.

²⁹⁰ Vid. Ferrajoli, L. “Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia”, <http://www.pensamientopenal.com.ar/35ferrajoli.doc>

²⁹¹ No contiene indicaciones sobre la estructura de los argumentos probatorios y sobre las condiciones de que depende su suficiencia para tener por justificado un hecho. Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. p. 124.

experiencia y los conocimientos científicos, lo que no constituye un déficit, pues concordando con Accatino²⁹², ello puede ser interpretado como la expresión completa y coherente de la adscripción del código a la tradición racionalista de la prueba de la que se nutre.

En este contexto, es posible afirmar –siguiendo a la doctrina más autorizada, que será estudiada en lo sucesivo- que éstos deben encontrarse recurriendo a modelos cognoscitivistas o de corte racional, que en síntesis nos ilustren en cuanto a qué criterios de valoración han de usarse²⁹³. Entonces, es necesario recurrir a parámetros científicos a fin de comprender cómo operan estos cánones de racionalidad al momento de atribuir valor a los elementos de juicio, que nos permitan afirmar que determinada proposición sobre un hecho se encuentra suficientemente justificada y, más específicamente, cuándo podemos señalar que ellos corroboran o no una hipótesis o cuánto la corroboran.

En el caso chileno los parámetros de racionalidad del artículo 297 del CPP no operan circunscribiendo el ámbito del razonamiento probatorio e instaurando dentro de él el subjetivismo, sino, por el contrario, su función consiste en hacer posible el razonamiento probatorio desde el punto de vista justificativo. En ese sentido los principios de la lógica definirían la estructura argumentativa a través de la cual debe resolverse el razonamiento probatorio justificativo²⁹⁴.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las hipótesis de las partes pueden darse por probadas con los medios de prueba que éstas libremente incorporen dentro de los límites institucionales del proceso penal, es decir, el juzgador puede tomar su decisión sobre la base de cualquier elemento de prueba

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ El principio de libre valoración de la prueba “no significa *per se* la asunción de una idea ‘científica’ de la prueba o de la fijación de los hechos. La libre valoración significa valoración discrecional, por cuanto no vincula a la ley: cómo se ‘colme’ después el ámbito del juicio de hecho que la ley no disciplina es en sí mismo un problema. (...) Si el principio de libre valoración, en sí mismo, no dice cuáles son los criterios de valoración que han de usarse, el modelo cognoscitivista de fijación de hechos sí que proporciona algunas claves sobre el particular: por una parte, proscribiendo algunos criterios de valoración; por otra, indicando el tipo de criterios que han de usarse”. Gascón, M. *Los hechos en...* op. cit. p. 160.

²⁹⁴ Se inscribe en este análisis igualmente el caso español, así respecto de su jurisprudencia, señala Igartua: “No hay un modelo de motivación explícito y sistemático. Por eso, no está de sobra el intento de fijar los ángulos que enmarcan el cuadro de los requisitos básicos que ha de respetar una motivación racional, es decir no arbitraria. (...) No resulta posible establecer un listado *completo* de criterios de racionalidad, que sea *vinculante* y encima *válido* para todos los contextos y para todos los sistemas jurídicos. Por un lado, es manifiesto que un mismo concepto de racionalidad varía en su aplicación a los distintos conceptos de experiencia; y por otro, es también meridiano que tal concepto está influenciado por numerosos factores culturales de índole general así como por presupuestos de naturaleza filosófica (como p. ej. si sólo valen las concepciones ‘fuertes’ de la racionalidad –las de la lógica formal y las ciencias naturales- o también otras más ‘débiles’). Ahora bien, del hecho de que no haya un concepto absoluto de racionalidad no se sigue que tampoco existan criterios razonables de racionalidad en la valoración de las pruebas; eso sí, dejando claro que no se trata de un elenco completo y taxativo sino de unas condiciones sin las cuales se hace probablemente imposible hablar de ‘valoración racional’”. Igartua, J. *Valoración de...* op. cit. pp. 188-189. Vid. Miranda, M. *La mínima actividad probatoria...* op. cit. pp. 164-165.

producido en el juicio oral. Sin embargo, al tiempo de ponderarlos debe ser respetuoso de los parámetros que conforman el recto entendimiento humano y el proceso de valoración debe realizarse dentro de cánones de racionalidad, científicos y cognoscitivos. A la par este razonamiento debe ser motivado, esto es, justificado, señalando explícitamente las razones que se han tenido para arribar a una determinada conclusión probatoria, lo que posibilita salir de la esfera de lo íntimo e inefable, permitiendo el control del razonamiento empleado.

Entonces nuestro sistema es libre pero sólo desde un punto de vista negativo, ya que para permitir que el juzgador dé por probados determinados hechos o -más rigurosamente- ciertos enunciados sobre los hechos, es necesario que su decisión última haya pasado el tamiz de la racionalidad (principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos).

Puede afirmarse así, que el actual sistema de enjuiciamiento criminal -en lo que a la fijación del *quantum* de prueba se refiere- es más exigente o racionalmente más exigente que el anterior, ya que obliga a señalar la justificación en base a la cual se culmina dando por probada una proposición fáctica y que esto se haya efectuado respetando la logicidad.

Este sistema entonces desvincula la valoración de la prueba de cualquier criterio que no sea racionalmente aceptable e impide fundar la decisión del juez sobre la base de certezas absolutas

Si la prueba es libre sólo en el sentido que no está sujeta a tasas o valores prefijados, el método de la sana crítica racional o libre valoración racional impone al sentenciador ciertos parámetros y criterios que hacen posible el razonamiento probatorio, por lo que es preciso entonces, a la hora de valorar los elementos de prueba, determinar cuáles son aquellos parámetros. En Chile es necesario recurrir al análisis del artículo 297 del CPP y delinear primeramente qué implica cada una de estas categorías que se erigen como sustento de la racionalidad.

§64. *Sistemas legales de valoración de la prueba.* Es propicio asentar previamente que la valoración de la prueba “tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio (...). Pretende establecer si las pruebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados y, de hacerlo, en qué grado”²⁹⁵. También se ha señalado

²⁹⁵ Taruffo, M. *La prueba...* op. cit. p. 132.

que es “el juicio de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba. Consiste, más propiamente, en la verificación de los enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los medios de prueba, así como el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso en la formación de la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan”²⁹⁶.

Acorde con las conceptualizaciones que preceden, tradicionalmente se ha señalado que son tres los sistemas de valoración: el de la prueba legal, el de la íntima convicción y el de la libre convicción racional.

Respecto del primero -la prueba legal- es un caso especial de valoración formal y en él el valor de cada elemento probatorio o las condiciones para que ciertos hechos se tengan por probados se encuentran predeterminados en la ley²⁹⁷; el segundo -de la íntima convicción-, implica una desvinculación absoluta de normas legales de valoración, a la vez que importa la sujeción a los dictados de la conciencia íntima, no existiendo obligación de fundamentar las decisiones a que se arribe²⁹⁸ y, finalmente, el de sana crítica racional, en el cual se centrará el presente esfuerzo.

Debemos dejar constancia que el sistema de la prueba legal ha sido superado plenamente en el proceso penal asumiéndose el de la libre valoración, no así en el proceso civil donde el modelo de prueba legal ha sido suplantado generalmente por modelos mixtos²⁹⁹.

Por cuestiones de orden metodológico, es necesario advertir que en el sistema europeo continental se distingue entre la prueba legal y la libre convicción, que finalmente derivó en convicción racional o cognoscitiva, evolución que se pretende analizar en lo sucesivo, en cambio los autores del concierto latinoamericano, distinguen terminológicamente la íntima convicción y la sana crítica racional o libre convicción racional.

Aclarado que sea el punto, la libre valoración racional o sana crítica racional se caracteriza “por la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre el valor

²⁹⁶ Gascón, M. *Los hechos en...* op. cit. p. 157.

²⁹⁷ Vid. Jauchen, E. *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2006, pp. 47. “En el caso de las reglas de prueba legal (...) se hace abstracción de la racionalidad de la decisión en el caso concreto y se adjudica un determinado resultado probatorio a un medio genérico de prueba”. Ferrer, J. “La valoración...” op. cit. p. 11.

²⁹⁸ Aquí resulta procedente recordar la célebre frase de Couture, quien predicaba que en este sistema, el juez debe fallar con la prueba de autos, sin la prueba de autos e incluso contra la prueba de autos. Couture, E. op. cit. p. 221.

²⁹⁹ Vid. Gascón, M. *Los hechos en...* op. cit. p.158, cita 114. En el caso chileno, ha sido superado en materia procesal penal muy recientemente, sólo el año 2005 en la totalidad del país, en otras materias rige igualmente la sana crítica racional (procedimiento laboral, de familia, de policía local), subsistiendo el sistema de prueba legal aun para el procedimiento civil. Cfr. González, J. “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 1, 2006, pp. 93 y 94.

acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento³⁰⁰, sin embargo, lo anterior no implica el arbitrio absoluto del juez, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone la valoración de la prueba conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la epistemología general.

En sintonía con lo hasta aquí sostenido, se han definido clásicamente las reglas de la sana crítica como las reglas “del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”³⁰¹.

Este sistema impone la obligación de motivar la decisión, esto es dar buenas razones para tener por probado determinado enunciado sobre un hecho y por lo tanto, consecuentemente, establece la posibilidad de control sobre lo decidido. En la sana crítica el juez de los hechos debe imperativamente expresar cuáles son las razones que, surgidas sólo de las pruebas, determinan la decisión adoptada, indicando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión y no sólo el resultado de la operación mental. Esto impide que el órgano jurisdiccional pueda decidir basado sólo en su capricho, en simples conjeturas o en su íntimo convencimiento³⁰².

Sólo es posible, por otra parte, predicar el rechazo de la prueba legal y la adquisición del principio de libre valoración, desde el punto de vista epistemológico, si se asume que la prueba judicial de los hechos no proporciona resultados irrefutablemente verdaderos, sino sólo probables. Así se ha afirmado que “el principio de libre valoración viene a levantar acta de esta situación, proscribiendo que, en el objetivo de buscar la verdad sobre los hechos de la causa, deba darse por probado lo que, a juicio del juzgador, todavía no goza de un grado de probabilidad aceptable”³⁰³.

El principio de libre valoración de la prueba prescribe al juzgador que evalúe el material probatorio aportado al proceso de acuerdo con las reglas de la racionalidad general, es decir, “el juez está dotado efectivamente de un poder

³⁰⁰ Jauchen, E. op. cit. p. 48.

³⁰¹ Couture, E. op. cit. p. 195.

³⁰² Vid. Jauchen, E. op. cit. p. 49.

³⁰³ Vid. Gascón, M. *Los hechos en...* op. cit. p. 158.

discrecional en la valoración de las pruebas, pero no está eximido de ninguna manera de las reglas de la racionalidad³⁰⁴, presupone la exclusión de la prueba legal y sus valores predeterminados e implica que el rendimiento o valor de corroboración de cada elemento de juicio, dependerá del caso concreto, siguiendo criterios discrecionales, flexibles y basados en postulados de la razón, siendo así, las únicas limitaciones jurídicas vienen impuestas por el contexto procesal dentro del cual se definen y regulan los elementos de prueba que posteriormente deben ser individual y conjuntamente valorados.

1.1.- El tránsito de la íntima convicción a la libre valoración racional

§65. *La génesis de la íntima convicción.* Históricamente se sitúa al nacimiento de la íntima convicción en la Francia postrevolucionaria, indicándose que el *Code d'instruction Criminelle* francés de 1808, es la primera referencia moderna a la libre apreciación de la prueba³⁰⁵, sin embargo, los autores están de acuerdo en que reconoce como antecedente la Ley 16-21 de septiembre de 1791 que desarrolló las instrucciones al jurado, institución creada pocos días antes³⁰⁶.

El surgimiento de la íntima convicción implicó la superación del sistema de la prueba legal, el cual fue usado durante muchos siglos en los sistemas del *civil law*, constituyendo una técnica peculiar para resolver los problemas relacionados con la valoración de la prueba. La prueba legal se basaba en la aplicación de reglas, en algunos casos promulgadas por los legisladores, pero en muchos otros estipuladas por juristas teóricos, que establecían a priori y en términos generales el valor probatorio de algunos tipos de medios de prueba y a veces de todos ellos³⁰⁷.

Este sistema, que estaba bien formado ya en el siglo XIII, se basaba en largas y complejas listas de reglas detalladas que establecían el peso de cada medio de prueba específico, quedando poca o nula discreción en la valoración de la prueba: el juez sólo tenía que sumar los valores de las pruebas positivas y negativas acerca de cada hecho mediante una especie de cálculo algebraico, llegando a constituir un sistema rígido y formalista³⁰⁸.

³⁰⁴ Taruffo, M. *Simplemente la...* op. cit. p. 185.

³⁰⁵ Vid. Nieva, J. *La valoración de...* op. cit. p. 70.

³⁰⁶ *Ibidem.* p. 73 e Igartua, J, *Valoración de...* op. cit. p. 83.

³⁰⁷ Taruffo, M. *La prueba...* op. cit. p. 133.

³⁰⁸ Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. p. 388.

Si bien, como se dijo, los autores consignan los primeros antecedentes de la íntima convicción en la Francia postrevolucionaria, tal afirmación no es del todo exacta, ya que si bien es verdad que la mayoría de los códigos europeos bebieron en las fuentes de los códigos napoleónicos, no es cierto que la idea de la *intime conviction* naciera en Francia, ni con ese código³⁰⁹.

Se afirma que “[l]a idea, en realidad era el resultado de un sentir general de unos cuantos juristas del siglo XVIII que se arrastraba ya de atrás. Existía una gran descontento por el funcionamiento de los tribunales por muchas razones, pero especialmente en cuanto a la valoración probatoria, habida cuenta de la aplicación excesivamente estricta y en buena medida absurda que se estaba realizando de las normas de prueba legal”³¹⁰.

Así, en Italia e Inglaterra surgió una especie de movimiento contra el funcionamiento de los tribunales y el sistema de valoración legal de la prueba, que habría de terminar con su casi derogación –al menos en el proceso penal- del cual fueron exponentes, en Italia, Beccaria, quien reclamó el “*buon senso*” en la valoración de la prueba y en Inglaterra, Locke y Blackstone, en materia jurídica en general y Jeremy Bentham en materia probatoria en particular. Este último autor, formula una encarnizada crítica al sistema de prueba legal, especialmente contra los juramentos, la pluralidad de testigos exigidos en la prueba testifical y el valor tasado de la prueba documental, recomendando la valoración conjunta de todas las pruebas³¹¹, remitiendo a los jueces a la sencillez de la valoración que dicta el sentido común³¹², de esta manera es posible señalar que el sistema de íntima convicción no nació en Francia, sino que doctrinariamente tiene un origen más remoto habiendo surgido casi simultáneamente en Inglaterra e Italia³¹³.

³⁰⁹ Vid. Nieva, J. *La valoración de la...* op. cit. p. 70.

³¹⁰ *Ibidem*. p. 71.

³¹¹ Vid. *Ibidem*. p. 71.

³¹² “[E]n la misma Inglaterra el procedimiento que es ahora tan complicado empezó siendo sencillo (...) se han multiplicado las reglas en una materia que requería muy pocas. El modelo antiguo se ha perdido y su simplicidad, que constituía su característica más hermosa, ha sido despreciada. (...) No es válido pedir a la historia la explicación de lo que ha sido el procedimiento en los tiempos antiguos; no nos perdamos en investigaciones eruditas, el modelo natural de un buen procedimiento lo tenemos mucho más cerca, está al alcance de todo el mundo y es inalterable. Un buen padre de familia, en medio de los suyos, que regula sus disputas es la imagen de un buen juez. El tribunal doméstico constituye el verdadero tipo de tribunal político. Las familias que han existido antes que los estados, existen en los mismos. Hay en ellas un gobierno, leyes que se deben aplicar. Discusiones que se han de decidir. *Tienen un método para llegar al conocimiento de los hechos, el cual no se halla en los libros.* El legislador primitivo, el sentido común, ha enseñado al primer padre de familia y también a todos sus sucesores; sin embargo, la revelación de este sistema de procedimiento, siempre seguido y siempre ignorado, representa en la legislación un verdadero descubrimiento”. Bentham, J. *Tratado de las pruebas judiciales*, (sin datos de traductor) Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, pp. 5-6 (las cursivas son agregadas).

³¹³ Vid. Nieva, J. *La valoración...* op. cit. p. 78.

Esbozado sintéticamente el panorama histórico, es posible aventurar entonces que la prueba legal colapsó por dos razones: una de ellas fue la cultura filosófica de la Ilustración, que se deshizo de los viejos conceptos de racionalidad para abrir camino a nuevos métodos de razonamiento y la otra tiene que ver con profundos cambios institucionales en la estructura del poder judicial, pues el sistema de prueba legal se basaba en una falta de confianza generalizada en los jueces, ya que a menudo, y en especial los tribunales de primera instancia, donde normalmente se determinaban los hechos, los jueces eran ignorantes, corruptibles y corruptos por lo que era peligroso dejar las decisiones a su criterio, en cambio el nuevo juez creado después de la Revolución Francesa es un funcionario del Estado, entrenado profesionalmente y un decisor responsable y neutral. La combinación de todos estos factores conduce al principio de la libre valoración³¹⁴.

El principio de libre valoración de la prueba tiene un indiscutido sentido negativo, que implica la exclusión de toda regla de prueba legal y la libertad del juzgador para establecer el valor probatorio (de corroboración) de cada elemento de prueba, sin embargo, “la incertidumbre sobre su significado positivo deriva del hecho de que el principio no determina la forma en que el juzgador ha de llevar a cabo su valoración discrecional”³¹⁵, habiéndose interpretado inicialmente como un principio que sustituye a la prueba tasada, sin contrapesos de ninguna especie, y que produjo nefastas consecuencias.

Ferrajoli³¹⁶ preclaro ha sentenciado: “el abandono de las pruebas legales a favor de la libre convicción del juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales”. Por su parte Igartua³¹⁷ categórico ha afirmado que “el sistema de la *prueba legal* –antecesor del de la *libre valoración*– ha sido vilipendiado en base, sobre todo, a sus degeneraciones más evidentes, aunque, simétricamente, los abusos perpetrados bajo el auspicio del libre convencimiento dan pie a la nostalgia por el sistema de la *prueba legal*”.

En este contexto, cobra sentido entonces, que la fórmula de la libre convicción, que por sí misma expresa solo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acriticamente entendida como un criterio discrecional

³¹⁴ Vid. Taruffo, M. *La prueba...* op. cit. pp. 134-135.

³¹⁵ Taruffo, M. *La prueba...* op. cit. p. 137.

³¹⁶ Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. p. 139.

³¹⁷ Igartua, J. *Valoración de la...* op. cit. p. 77.

de valoración sustitutivo de las pruebas legales³¹⁸, al no concebirse únicamente este principio como la mera liberación de las reglas legales de valoración, fue entendido como la liberación de toda regla, incluidas las de la lógica o las leyes científicas, o simplemente de la racionalidad.

Gascón³¹⁹ señala que la libre valoración pasó a ser *valoración libre*, sin sujeción a reglas de ningún tipo, pues el juez llega a la libre convicción de los hechos a través de un sistema intelectual tan particular y subjetivo como el de cada persona.

§66.- *Una añeja interpretación.* Consecuentemente, con lo que hasta aquí se ha señalado respecto de la libre convicción, se resolvió que “(...) *para el descubrimiento de la verdad, no debe sujetarse el criterio judicial a reglas científicas, ni a moldes preconcebidos y determinados por la ley, sino más bien debe fiarse al sentido íntimo e innato que guía a todo hombre en los actos importantes de la vida*” (memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1983)³²⁰. Igualmente se ha indicado que “*el tribunal debe abstenerse de recoger...la resultancia aislada de las pruebas practicadas...y, con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley le concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores...el tribunal no puede, ni debe, dar explicaciones del por qué...*”³²¹.

Estos pronunciamientos parecen corresponderse con la interpretación del libre convencimiento como el que guía al juez, como una especie de propia intuición o corazonada al determinar el valor probatorio, el que lo obliga a basarse en sus propias sensaciones y creencias íntimas y personales para poder lograr una especie de certeza moral sobre los hechos en litigio.

³¹⁸ Vid. Ferrajoli, L. *Derecho y razón*...op. cit. p. 139.

³¹⁹ Gascón, M. *Los hechos en el derecho*...op. cit. p. 159. Señala, además, la autora que la libre convicción se interpreta entonces como una convicción “íntima” y, por tanto, intransferible e incommunicable sobre los hechos que se enjuician; una especie de momento “místico”, “extático” del juzgador, insusceptible de ser captado por los demás y, en consecuencia, incontrolable. De manera que lo que en un primer momento fue un principio metodológico (negativo) culminó finalmente en un principio (positivo) de valoración capaz incluso de suplantar las pruebas: la valoración libre e incontrolable del juez, que es una puerta abierta a la pura arbitrariedad. En el contexto de un modelo “cognoscitivista” de fijación de los hechos, que asume el carácter de puramente “probabilístico” de los resultados alcanzados, la libre valoración no puede interpretarse más que en su significado primigenio: un *principio metodológico* (negativo). Pero un principio metodológico y sólo eso. No, por tanto, un *criterio (positivo) de valoración*, alternativo a la valoración formal o tasada y menos aún de valoración *libre* o sin pruebas, por lo que en tanto principio metodológico, en sí mismo, no sólo no es sino tampoco impone ningún criterio (positivo) de valoración; es decir, todavía no dice nada sobre cómo valorar, cómo determinar el grado de aceptabilidad de los resultados probatorios.

³²⁰ Citada por González Lagier, D. *Quaestio facti*...op. cit. p. 75.

³²¹ STS Español de 7 de mayo de 1978, citada por Andrés, P. “Sentencia penal...” op. cit. p. 11.

Las versiones en términos de *intime conviction* se suelen interpretar en este sentido, conduciendo de esta manera a enfoques más irracionales en el juicio sobre los hechos, según los cuales no existirían estándares identificables para la valoración de la prueba, pues dicha valoración se concibe como una especie de experiencia espiritual subjetiva e incognoscible del juzgador³²².

En esta concepción el juez de los hechos estaría exento de las reglas de prueba legal, pero igualmente de toda regla de racionalidad. La valoración y decisión sobre las pruebas, y por consiguiente, la determinación de los hechos, sería fruto de una actividad irracional, de su parecer, de sus creencias o sensaciones, las que permanecerían inescrutables en su conciencia.

§67. *La libre convicción en clave racionalista.* Como antagonista de esta mirada del principio de la íntima convicción surge la racionalista, que se funda en el presupuesto de que el juez está dotado efectivamente de un poder discrecional en la valoración de las pruebas, pero no está de ningún modo eximido de la sujeción a las reglas de la racionalidad, concepción que es epistémicamente válida, en la medida que admite –e incluso requiere- que la valoración de las pruebas se dirija hacia la determinación de la verdad de los hechos³²³. Lo anterior resulta coherente con lo apuntado por Igartua³²⁴, en el sentido que “la ‘íntima convicción’ que genera el sentido común es, de hecho, una resultante de la razón, entendida ésta como la facultad natural, espontánea, para juzgar correctamente, opuesta a las pasiones. De ahí que el convencimiento, que se consigue con la razón, aunque sea *íntimo* no por ello deja de ser *común* ya que se apoya en una facultad –la razón- que a priori ha sido igualitariamente distribuida”.

Sin embargo, desde aquellas iniciales concepciones irracionalistas del principio en estudio, ha existido una evolución, en la jurisprudencia española y en la doctrina, hacia la segunda vertiente anunciada, pues en esta era la jurisprudencia no defiende abiertamente la concepción íntima o subjetiva de la libre valoración, aunque hoy en día se le solapa a través del convencimiento instantáneo e incommunicable que otorga el principio de inmediación vinculado a la estructura racional del juicio de hecho, por lo que resabios de esta concepción son apreciables todavía³²⁵.

³²² Vid. Taruffo, M. *La prueba...* op. cit. p. 137.

³²³ Vid. Taruffo, M. *Simplemente la verdad...* op. cit. p. 185.

³²⁴ Igartua, J. *Valoración de la...* op. cit. p. 82.

³²⁵ Como será analizado en la segunda sección de este capítulo segundo.

Por su parte la doctrina ha enriquecido la concepción racionalista de la fórmula del libre convencimiento, pues por la vía del deber constitucional de motivar y la proscripción de la arbitrariedad, con recurso a los cánones de racionalidad y a la epistemología general, se han abandonado viejas concepciones irracionalistas de la fórmula de la libre convicción³²⁶.

Juan Igartua³²⁷ refiere para el caso español y en relación a la evolución que en dicho país experimentó la apreciación de la prueba, que “se sostiene que la estimación en conciencia de las pruebas debe ajustarse a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, fiel a los principios del conocimiento y de la ciencia, a las máximas de la experiencia, a las reglas de la sana crítica...’ (STS de 4 de abril de 1989)”.

Escéptico, finaliza Igartua³²⁸ evidenciando su temor de que la invocación fervorosa de la apreciación lógica, fiel a los principios del conocimiento y de la ciencia, no sea más que una fórmula de estilo en la motivación y que en el terreno de la valoración de las pruebas no se haya avanzado mucho más respecto de la época de la valoración libérrima y omnímoda.

Es forzoso reconocer, por cierto, que la vertiente racionalista de la libre valoración no integra *per se* ningún criterio positivo de valoración, ninguna idea científica de establecimiento de las conclusiones probatorias, pese a lo anterior el modelo cognoscitivista de fijación de los hechos (que en términos de Andrés Ibáñez debe buscarse fuera del ámbito jurídico), sí que proporciona algunas pautas. Así, el juez ha de ser libre para valorar discrecionalmente la prueba, pero no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos, por ello un modelo cognoscitivista lleva implícita la exigencia de suministrar reglas o criterios epistemológicos de valoración de la prueba; o sea *reglas o criterios racionales* de determinación de la verdad de los hechos de la causa³²⁹.

³²⁶ “[p]or fortuna, aunque no hace mucho tiempo, el asunto de la valoración y motivación de la prueba –a la vez que pasaba a ser objeto de un tratamiento normativo de rango constitucional, por la vía del deber de motivar y de la imposición de ciertas reglas del juego en el ejercicio de la jurisdicción- ha dejado de ser, como tema, monopolio de jueces y juristas prácticos. Con sobrado fundamento, puesto que lo único que puede producir el proceso judicial en materia de hechos es conocimiento inductivo y las reglas que rigen ese proceso cognoscitivo –*tiene razón* el jurista tradicional- no pertenecen al campo de lo jurídico en su habitual consideración, sino al teórico-filosófico de la epistemología”. Andrés, P. “La sentencia penal...” op. cit. p. 11-12.

³²⁷ Igartua, J. “Una interpretación funcional de la ‘libre valoración’ de las pruebas penales”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 18, enero 1993, p. 51.

³²⁸ *Ibidem.* p. 52.

³²⁹ Vid. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 161.

&68. *Paralelo entre el sistema de íntima convicción o persuasivista y el de libre convicción racional o racionalista.* En esta materia seguiré a Ferrer³³⁰, quien como premisa señala que, obviamente estas disquisiciones se aplican a aquellos modelos que suponen la confianza del legislador en el juez de los hechos (jurado lego o juez profesional), quienes deben atribuir un resultado probatorio a los distintos elementos de juicio, para la decisión final, sistema opuesto al llamado de *desconfianza del legislador*, en que se asigna de antemano el valor que cada medio de prueba posee, de modo que la decisión es tomada por aquél.

El sistema de libre valoración conoció, según fue apuntado con precedencia, una dimensión que exagera el acento en la libertad, que puede entenderse como formando parte de una concepción más amplia denominada persuasivista³³¹, cuyos rasgos definitorios o notas características (las cuales se interrelacionan perfectamente) son:

a.) *La apelación a la íntima convicción*, que implica que se declara probada una proposición fáctica cuando el juez de los hechos estime que ha alcanzado su íntimo convencimiento, esto es, cuando se haya *convencido* del hecho. Ello implica que la decisión queda blindada en el fuero interno del juez de los hechos, que se corresponde al ámbito de lo inefable y que, por lo tanto, es imposible de justificar e infiscalizable. Es la pervivencia de este rasgo de la libre valoración, el que enturbia la correcta interpretación de la valoración racional, según será materia de esta investigación en las páginas sucesivas, en este mismo capítulo.

Ejemplo concreto de este elemento es la valoración de la prueba que se realizaba³³² a la luz del antiguo Código de Procedimiento Penal chileno, que establecía la prueba legal como sistema de valoración, pero que en la práctica casi no se aplicaba, pues existían muchas excepciones. Estas excepciones contemplaban la apreciación de la prueba en conciencia o conforme a la sana crítica, existiendo como norma de clausura el manido artículo 456 bis del cuerpo legal citado³³³, que apelaba a la certeza moral absolutoria como contraposición a la certeza legal condenatoria.

³³⁰ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. pp. 61 y ss.

³³¹ Vid. Fuchs, A. *Proceso, prueba y verdad. Consideraciones teóricas y prácticas.* Ed. Metropolitana, Santiago, 2011. pp. 107 y ss.

³³² Y que se realiza en los actuales tribunales civiles, que se mantienen como continuadores de los extintos juzgados del crimen en Chile, en virtud de la vigencia gradual de la reforma procesal penal, lo que implica que hoy en Chile, todavía existen ciudadanos juzgados y condenados al amparo de la legislación creada a principio del siglo veinte (1906).

³³³ Artículo 456 bis del CdPP señala “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”.

La aplicación de este precepto, implicaba la valoración de la prueba empapada de un sesgo subjetivista, aun la realizada conforme el sistema de la prueba tasada, pues si el juez adquiriría la certeza moral de la inocencia de acusado podía absolver sin mayores cortapisas.

Accatino³³⁴ señala que para notar el sesgo subjetivista de la noción de la prueba en esta tradición, es botón de muestra el Mensaje del Código de 1906 que indica que *“si esta convicción [adquirida por los medios de prueba legal] no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje contra el reo”* y, además, un pronunciamiento de la Corte Suprema de diciembre de 1997 en la que interpreta la disposición en cuestión como un *“llamado del legislador al fuero íntimo del juez y, por lo tanto, (...) un concepto imponderable para alguien que no sea el destinatario directo de él”*³³⁵.

Pese a la superación de aquel sistema mediante la Reforma Procesal Penal que se implementó desde el 2000 al 2005, existen pronunciamientos recientes, en que las Cortes de Apelaciones conociendo de sendos recursos de nulidad perpetúan, aun en el actual sistema de enjuiciamiento, esta interpretación íntima. Así, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt³³⁶ ha afirmado categóricamente: *“Que de lo que se lleva dicho no ha existido infracción de nulidad tanto respecto del juicio como de la sentencia, ya que ello dice relación con la ponderación de la prueba, potestad jurisdiccional que el ordenamiento procesal vigente le ha conferido a los jueces en forma privativa y excluyente, y esta Corte no podrá inmiscuirse en el razonamiento empleado por ellos para arribar a sus conclusiones (...)”*.

En el mismo sentido son los razonamientos de la Corte de Santiago³³⁷ que ha resuelto que *“Que al respecto, de la lectura del fallo recurrido aparece que se ha efectuado una análisis global y pormenorizado de la prueba, haciéndose cargo de la que aportó la defensa del imputado, desestimándola, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 297 del Código Procesal Penal, en cuanto a la libertad en su apreciación, pero cumpliendo la exigencia de la fundamentación. De esta manera, el fundamento séptimo de la sentencia atacada da cuenta que la*

³³⁴ Accatino, D. “La fundamentación de la...” op. cit. p. 20.

³³⁵ Sentencia en Fallos del Mes, N° 469-4, 1997, p. 2336 citada por Accatino, D. “La fundamentación de la...” op. cit. p. 20.

³³⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 17 de marzo de 2014, Rol Corte N° 29-2014. Similar predicado en: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 2 de diciembre de 2013, Rol N° 326-2013.

³³⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 11 de febrero de 2010, Rol N° 2585-2009.

prueba produce en el Tribunal la convicción necesaria para dar por acreditada, más allá de toda duda razonable, la existencia del delito de robo con intimidación”.

En todos estos pronunciamientos, como es lógico, se rechazaron los recursos interpuestos, lo que fluye de la concepción de la libre valoración como blindaje a la posibilidad de control o revisión por un órgano distinto.

b.) Por otra parte incluye en su estructura este modelo subjetivista, un principio de inmediación fuerte. Esta concepción implica, no solo que el juez tenga una percepción directa de la información que surge de los elementos de juicio que se rinden ante él, fundamentalmente los de carácter personal (testigos y peritos), que excluye la intermediación de un tercero en la transmisión de la información, sino que, además, excluye la posibilidad que un tribunal distinto revise la decisión sobre los hechos declarados probados, por no haber tenido contacto directo con la prueba. Se estima que quien se encuentra -siempre y a todo evento- en mejor pie para conocer los hechos es el tribunal que presencié la prueba.

El tribunal de alzada de Puerto Montt³³⁸, ha resuelto que *“Apareciendo en el fallo recurrido, una concatenada relación y análisis de la prueba que les fue aportada, y que concretamente se vinculan a los hechos establecidos en el juicio, todo ello, en virtud de principio de inmediación, el que otorga a los jueces del grado la privativa facultad de apreciar, acreditar y formal (sic) convicción acerca del fondo sometido a su conocimiento”.*

La Corte Suprema³³⁹ en un pronunciamiento –muy crítico- ha señalado en lo pertinente *“Al efecto, es preciso tener en consideración que la declaración de un testigo directo, como es en este caso la víctima, se caracteriza por su inmediación con el hecho que se le ha presentado visual o auditivamente, lo que permite, en principio, sostener que debería encontrarse revestida de una suerte de presunción de mayor credibilidad, juicio que el ejercicio de las técnicas de litigación por parte de los intervinientes permitirán consolidar o debilitar”* y agrega, *“Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han admitido la utilización de medios de prueba menos directos, como los testigos de oídas o de referencia, fundamentalmente cuando no es posible obtener y practicar la prueba original y directa, por lo que su admisibilidad no es incondicional ni puede soslayar el debate ni menos el razonamiento respecto de la realidad de los hechos y su capacidad persuasiva, que se ve relativizada en atención a la forma oblicua de adquisición del conocimiento que se expone”.*

³³⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 5 de febrero de 2014, Rol N° 401-2013.

³³⁹ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 24 de octubre de 2013, Rol N° 7331-2013.

En términos de Ferrer, la otra cara de esta versión fuerte de la inmediación, importa la imposibilidad de revisión por el tribunal de nulidad de la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia, pues esta tesis presupone que éste estará siempre en mejor posición epistémica que cualquier otro juez o tribunal que pudiera revisar la valoración de la prueba realizada en el juicio oral³⁴⁰.

c.) *Ausencia de motivación*, por cuanto la apelación a la íntima convicción implica tener por probado un hecho cuando el juez ha alcanzado el convencimiento de que el hecho ha sucedido, lo que implica que permanece inexpugnable en su fuero interno. Se identifica tal convencimiento, con que el juez cree que el hecho ocurrió y las creencias no son voluntarias, son algo que nos sucede, por lo tanto no pueden motivarse, es decir, justificarse. Permaneciendo en el fuero interno del juez de los hechos, sin la posibilidad de motivarlas, no procede, en consecuencia el control.

Una manifestación concreta de este elemento estructural se produjo recién implementada la reforma procesal penal en Chile, pues se realizó un juicio oral contra integrantes de comunidades Mapuches en la Región de La Araucanía que fue piloto en la implementación gradual de la reforma, la sentencia fue de absolución y la Corte Suprema acogió el recurso por falta de fundamentación indicando que “*resulta claro y evidente que sobre la eventual participación de los imputados tanto el Ministerio Público como los querellantes rindieron durante la secuela del juicio una serie de pruebas a que se hizo expresa referencia, las que sin embargo, el único fundamento que trata sobre la materia las ignora absolutamente y, por tanto, no se hace cargo de ella, no da razones para su eventual exclusión o aceptación, no las valora del modo que exige la ley, de suerte que los hechos que los jueces den por acreditados no contradigan realmente los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, única forma de impedir cualquier peregrina idea de arbitrariedad por parte del sentenciador*”(considerando 8°)³⁴¹.

En este fallo se plasmó un voto disidente del Ministro del máximo tribunal Milton Juica quien sostuvo en torno a las exigencias de las sentencias absolutorias, que “*aun aceptando que la sentencia impugnada no constituye un*

³⁴⁰ Los ejemplos de la aplicación en la praxis de esta versión fuerte de la inmediación son fecundos en la jurisprudencia en Chile.

³⁴¹ Fallo de la Corte Suprema, de fecha 2 de julio de 2003, Rol N° 1743-2003. Se contiene una alusión expresa al voto de minoría que en dicho pronunciamiento estimó ser menores las exigencias de fundamentación tratándose de sentencias absolutorias y a la opinión doctrinaria de Horvitz y López, en idéntico sentido, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 22 de septiembre de 2014, Rol N° 2134-2014, que rechaza el arbitrio contra la sentencia absolutoria del tribunal oral respectivo.

modelo de resolución, por la forma sucinta en que aparece fundamentada, en especial en lo que se refiere a los hechos no demostrados en torno a la participación criminal y ciertamente por el ligero análisis de las pruebas verificadas en el audiencia de juicio”, afirmando categóricamente, que tal exigencia no puede tener el mismo alcance en las sentencias condenatorias que en las de absolución, y que en estas últimas no cabe la nulidad por insuficiente motivación, que se establece en la legislación con alcance general, sin distinciones.

Los fundamentos de Juica se apoyan en la asimilación del estándar de prueba más allá de toda duda razonable a la exigencia de “certeza moral” del antiguo CdPP de 1906 y en la idea según la cual los vacíos en la fundamentación no tiene la virtualidad de influir en lo sustancial de la decisión, pues la prueba de los acusadores provocó en los sentenciadores “el estado de duda razonable que impide, por supuesto, adquirir la conciencia moral e íntima de condena”, en los términos del fallo aludido³⁴².

d.) Se caracteriza igualmente esta concepción subjetivista por la existencia de niveles bajos o casi inexistentes de control probatorio, lo que resulta una consecuencia necesaria de las caracterizaciones anteriores, pues si declarar probado un hecho equivale a señalar que el juez se ha convencido de aquel hecho, esto es, lo “cree así”, (convencimiento que además está resguardado por el paraguas de la inmediación), poco espacio queda, en este escenario, para que se despliegue el control³⁴³.

Ferrer³⁴⁴, lo grafica lúcidamente sentenciando “[e]stá claro que si se sostiene que la finalidad de la prueba en el proceso es producir la convicción judicial (...) una vez que ésta es alcanzada no queda mucho espacio para la revisión de la decisión. Un tribunal superior, limitado por el principio de inmediación y con la escasa motivación normalmente disponible, no tendrá mucho más que decir, más allá de un inaceptable ‘mi convicción difiere de la del juez de instancia y yo mando más’”.

Se ha señalado por la jurisprudencia española que la convicción “*depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no*

³⁴² Vid. Accatino, D. “La fundamentación de la...” op. cit. p.21. Ver tesis en apoyo de Juica en Horvitz, M y López, J. *Derecho procesal...* op. cit. p 423. López estima que el cuestionamiento que plantea el voto disidente debe ser llevado a términos absolutos, hasta entender que la obligación de fundamentar en el caso de las absoluciones no es más liviana sino completamente inexistente, lo que, a mi juicio, es desacertado, pues se opone a la dimensión epistemológica del proceso, dimensión a la que suscribo en esta investigación.

³⁴³ Interpretación que constituyen un enclave para la correcta hermenéutica del recurso de nulidad, pues el sesgo persuasivista ha contaminado toda la estructura de la valoración probatoria y su control en la praxis en Chile. Predicados que esta tesis pretende echar por tierra.

³⁴⁴ Ferrer, J. *La valoración racional...* cit. p. 64.

*son apreciables a través de la motivación*³⁴⁵. Si bien este pronunciamiento es de relativa añeja factura, hoy día se solapa la concepción persuasiva o irracional con recurso al principio de inmediación. Se ha resuelto en este sentido que “[p]ero todo ello por supuesto sin que, en ningún caso, resulte permisible que nuestra actividad se inmiscuya en la función estrictamente valorativa de la prueba, que corresponde, en principio, a la soberanía del Tribunal ‘a quo’. Habiéndose afirmado reiteradamente en este sentido que la prueba practicada en el juicio oral es inmune a la revisión en lo que depende de la inmediación”³⁴⁶.

Antagonista de la concepción anterior es la racionalista o cognoscitivista de la prueba, que posee rasgos estructurales que igualmente se interrelacionan. Al igual que el anterior es un modelo coherente, pero cuya diferencia con el primero radica en que está dotado de racionalidad desde el punto de vista epistemológico.

Sus notas características son:

a.) *Recurso a esquemas de contrastación de hipótesis a fin de declarar probado un hecho*, esto es, la apelación a sistemas racionales o cognoscitivos que permitan declarar probada una hipótesis sobre la ocurrencia de un hecho cuando ella haya logrado suficiente grado de contrastación.

b.) *Versión débil del principio de inmediación*, esto es, la exclusión de un tercero que medie en la transmisión de la información y el juez como receptor de la misma, lo que resulta epistemológicamente coherente, pues implica mayor posibilidad de acierto en la decisión, pero que no significa excluir, mediante un blindaje insalvable, la decisión del juez de los hechos al control a través del recurso de nulidad.

En efecto, la inmediación tiene una gran ventaja desde el punto de vista de la epistemología, en lo que respecta a la percepción que el juez puede hacer de aspectos que aprecia directamente, tales como la forma de comportarse del deponente, o la sudoración que presenta o el nerviosismo que exhibe. Ello por cuanto a partir del principio básico de la epistemología, consistente en que a mayor cantidad de intermediarios mayor posibilidad que la calidad de información desmejore. Si hay intermediarios entre la entrega de la información y el receptor final que es el juez, mayor probabilidad de errores en la información que se entrega.

³⁴⁵ STS Español, Sala 2da., 1993, citado por Andrés, P. “Sobre prueba y motivación”... op. cit. p. 52.

³⁴⁶ STS Español, Sala 2da., 17-7-2009 (nº rec. 2049/2008, FD 1, citada por Nieva, J. “Oralidad e Inmediación en la Prueba: Luces y sombras”, *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, N° 24, diciembre de 2010, p. 41, nota N° 20.

Esta versión de la inmediación solo cubre lo que el juez ha percibido directamente y está vinculada con el principio epistemológico ya referido.

No obstante ello, esta información a que el juez accede de primera fuente debe ser procesada a través de las respectivas inferencias, es decir el juez debe tomar su decisión sobre lo que los testigos han manifestado y sobre lo percibido, realizando las correspondientes inferencias que permitan justificar lo decidido, lo que resulta perfectamente controlable.

Por ejemplo, el testigo es muy seguro al contestar las preguntas en el interrogatorio directo, pero al ser contrainterrogado titubea, se contradice e incluso tartamudea, de lo que se puede inferir que su declaración es mas bien un discurso aprendido y al ser puesto a prueba con preguntas “fuera del libreto” se vuelve inseguro, no recuerda detalles e incluso se nota incomodo y se torna agresivo.

Es necesario recordar que la inmediación tiene una versión fuerte que lo cubre todo, dejando fuera del control intersubjetivo lo que el tribunal percibe y también las inferencias que realiza a partir de lo visto y oído, pues se estima que este principio es un verdadero método de valoración de la prueba y que la convicción del adjudicador surge espontáneamente del contacto directo con los medios de prueba, casi de manera mágica y esotérica.

Lo dicho hasta aquí se conecta de manera intensa con la obligación que tiene el juez de los hechos de motivar las inferencias que extraiga de lo que ha percibido, pues solo así podrá integrar su razonamiento probatorio a través de las respectivas inferencias que deberán ser explicitadas y justificadas, tornándose así en enteramente controlables por un órgano diverso.

c.) Exigencias fuertes de motivación. La declaración de hechos probados realizada conforme el esquema de contrastación de hipótesis, puede ser controlada adecuadamente, aun por el tribunal que no presencié la prueba, mediante la revisión de las correspondientes inferencias probatorias, pero resulta insoslayable que tal procedimiento se haya justificado y hecho público en la sentencia.

d.) Exigentes controles probatorios, por cuanto declarar probado un hecho implica que la hipótesis que lo contiene, ha alcanzado suficientes niveles de contrastación o corroboración mediante el respectivo método de la inferencia inductiva, que puede ser controlado, ya sea que el tribunal haya presenciado

directamente la prueba o no, para lo cual es condición ineludible que el razonamiento se haya justificado y explicitado en la motivación³⁴⁷.

Este último elemento definitorio, constituye precisamente la estrategia mayoritariamente escogida, en los sistemas continentales, que han optado por la libre valoración racional, a fin de asegurar la calidad epistemológica de la decisión acerca de los hechos probados, es decir controles *a posteriori*, que presuponen la valoración cognoscitiva de la prueba, exigencias de motivación y versión débil de la inmediación para poder desplegarse.

Es posible enunciarla, según Taruffo, en la siguiente secuencia de términos y relevar, al mismo tiempo, su conexión con la concepción ideológica a que pertenece: Racionalidad-prueba como instrumento epistémico-decisión como fruto de inferencias lógicas-verdad/falsedad de los enunciados de hecho-motivación como justificación racional-posibilidad de control-concepción democrática del poder³⁴⁸

Como se puede apreciar los elementos estructurantes de ambos sistemas se encuentran incardinados, de modo tal que cada uno de ellos es presupuesto y consecuencia del otro y ambos observan una coherencia interna que es perfecta, de manera si se quiere encontrar un criterio que permita elegir uno u otro debe buscarse fuera del respectivo sistema. Este criterio, conforme el autor a quien se sigue, es la búsqueda de la verdad como objetivo del proceso penal y del derecho como motivador de la conducta, en decir nos reconduce a la concepción epistémica del proceso y de la prueba.

§69. *¿Cómo se interrelacionan los elementos definitorios del sistema racionalista?* Se indicó que la concepción racionalista basa la justificación de la decisión sobre los hechos probados en el método de corroboración de hipótesis y no en la creencia del juez de los hechos o de sujeto alguno, sin embargo Ferrer³⁴⁹ se pregunta, si no podemos escapar a nuestras creencias ¿qué justifica la decisión, el hecho de tener la creencia o el hecho de que el contenido de ésta, la hipótesis, esté corroborada? Y se decanta, claramente, por la segunda alternativa.

³⁴⁷ En este capítulo del presente trabajo se intenta abordar la libre valoración racional de la prueba y la inmediación, en su versión débil, desterrando la que impide el control. En el capítulo tercero se analizan la motivación y la interpretación del recurso que sea compatible con el control de la decisión sobre la prueba y que se concilie con el derecho al recurso.

³⁴⁸ Taruffo, M. *Consideraciones sobre la prueba y motivación de la sentencia civil*, Ed. Metropolitana, Santiago, 2012, p. 41.

³⁴⁹ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 65.

Por lo mismo es necesario, señala, diseñar métodos para la valoración de la prueba y criterios para juzgar si el juez acertó o erró en la valoración realizada.

En este contexto, la versión débil del principio de inmediación no supone su rechazo, pero en buena medida debilitarlo, lo que implica que él exige la presencia ininterrumpida del juez en la rendición de la prueba en la audiencia de juicio, lo que resulta indispensable para obtener un conocimiento de mejor calidad e incide en aspectos tales como lo relativo a la credibilidad de testigos y peritos, concretamente en la posibilidad de despejar dudas y realizar el ejercicio de contrainterrogación.

Esta versión debilitada deja incólume la posibilidad de control del razonamiento probatorio, pues se vincula a la exigencia de una detallada motivación judicial, la cual no es, por cierto, una explicación sino una justificación en sentido estricto, por lo que carece de interés el *iter* psicológico del juez que lo llevó a la decisión o sus creencias³⁵⁰.

La motivación debe basarse en elementos de juicio disponibles que aporten grados de corroboración suficiente a las hipótesis aceptadas como probadas. En palabras de Taruffo si se parte de la concepción racionalista de la convicción del juez “la obligación de motivar asume un significado muy preciso, consistente en hacer que el juez, justificando mediante argumentaciones racionales sus propias elecciones, las someta al control externo que puede efectuarse sobre la motivación”³⁵¹

Por todo lo señalado, esta concepción demanda el diseño de recursos que permitan el control de la decisión sobre los hechos declarados probados adoptadas por el juez de fondo, sea favorable o desfavorable al acusado. “El control es, ahora sí, posible debido al juego combinado de las exigencias de esta concepción: se pueden conocer las razones por las que se ha decidido, porque se dispone de una motivación detallada de la decisión que da cuenta del proceso de corroboración de la hipótesis que se declara probada y de las que, si es el caso, se hayan refutado (...) y, si no es así, aparece una buena razón para anular la sentencia recurrida por falta de motivación”³⁵².

³⁵⁰ Vid. Andrés, P. “Sobre el valor de la inmediación...” op. cit. pp. 57 a 66.

³⁵¹ Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. p. 403.

³⁵² Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 166.

1.2.- Articulación de un sistema lógico de valoración que permita el control

§70. *La verdad en el contexto del proceso penal.* Según la tesis que se sigue, una de las funciones del derecho es dirigir la conducta de los destinatarios. Para lo anterior, el legislador suele añadir a ciertas normas prescriptivas de determinada conductas, la amenaza de una sanción para quien no cumpla con la conducta prescrita, por lo mismo los sistemas jurídicos prevén la existencia de órganos específicos –jueces y tribunales- cuya función es la determinación de la ocurrencia de ciertos hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho.

Sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados, podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para modelar la conducta de sus destinatarios.

Si lo que se pretende en el proceso con la actividad probatoria “(...) es averiguar la verdad de (enunciados acerca de) ciertos hechos. Como hemos visto, ‘averiguar la verdad’ no puede querer decir encontrar una verdad absoluta, sino una verdad (como ocurre siempre con la verdad empírica) con un grado de probabilidad suficientemente razonable”³⁵³.

Creo que el *quid* de esta cuestión está dado por lo que valorar implica, pues “si valorar es evaluar la aceptabilidad de los resultados probatorios, y teniendo en cuenta que éstos se considerarán aceptables cuando su grado de probabilidad sea suficiente, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo una hipótesis ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos”³⁵⁴, la finalidad, consecuentemente, de los modelos de valoración será proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis.

Del reconocimiento de lo anterior fluye que en el ámbito del conocimiento empírico –como ocurre en el proceso- cuando se trata de hechos que no son susceptibles de observación directa, sólo caben modelos de justificación probabilística que no pueden atribuir a sus conclusiones la calidad de certezas demostrativas.

Entonces, aun cuando es posible predicar en materia de juicio la existencia de la verdad de una hipótesis, no es posible estar racionalmente seguro de ella,

³⁵³ González Lagier, D. *Quaestio facti...* op. cit. p. 77

³⁵⁴ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p.161.

pues nunca un conjunto de elementos de prueba por muy grande y relevante que sea, permitirá adquirir racionalmente la certeza sobre la verdad de un enunciado fáctico.

Sin embargo, una cosa es el hecho de que no se pueda alcanzar certezas acerca de ninguna hipótesis y el hecho de que no se pueda tener buenas razones para *preferir* una hipótesis explicativa respecto de otra.

Precisamente porque el razonamiento judicial es probabilístico y nunca podrán alcanzarse en él certezas absolutas, es necesario determinar el grado de probabilidad de ocurrencia de una hipótesis, puesto que el proceso penal implica un ejercicio de acreditación o desacreditación de las teorías sobre la ocurrencia de hechos tales como que Juan mató a Pedro o que Diego violó a María.

§71. *Métodos que permiten medir la probabilidad.* El objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de una hipótesis planteada por los intervinientes -acusación o defensa-, sin embargo, estos esquemas, atendidas las particularidades del razonamiento probatorio y el contexto en que se despliega son siempre esquemas probabilísticos.

Sobre la posibilidad de aplicar en el razonamiento probatorio modelos y esquemas científicos que permitan identificar cuándo un enunciado sobre un hecho se encuentra acreditado, se ha recurrido a modelos matemáticos que se aplican a la probabilidad estadística (que mide la frecuencia relativa de un tipo de eventos) y a la probabilidad subjetiva (que mide el grado de creencia racional en la verdad de una proposición)³⁵⁵ y a aquellos basados en esquemas de confirmación.

Existen dos versiones principales de las concepciones matemáticas – conocidas como la aplicación del teorema de Bayes³⁵⁶ –, según la primera que se “suele definir como *objetiva*, la probabilidad indica una característica de los fenómenos del mundo real. En especial, indica la frecuencia con la que cierto hecho se verifica dentro de una clase o serie de fenómenos: se trata de la probabilidad estadística que (...) puede tener alguna aplicación judicial, pero no

³⁵⁵ El presente análisis se efectúa en términos muy gruesos y está al servicio del tema central en este acápite sobre la valoración racional de la prueba.

³⁵⁶ “En su formulación más simple, el teorema afirma que la probabilidad de un evento H dado un evento E, puede determinarse en función de la frecuencia estadística con la que dado H se verifica E y de la probabilidad atribuida precedentemente al evento H. Así, pues, la fórmula bayesiana *permite medir el impacto que, sobre la probabilidad subjetiva previa del hecho que se pretende probar, provoca la introducción de ulteriores elementos de prueba*, (...) ha sido objeto de numerosas críticas, algunas animadas por consideraciones prácticas”. Gascón, M. “Sobre la posibilidad...” op. cit. pp.132-133. Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 93, Taruffo, M, *La prueba de los...* op. cit. p. 225

parece poder ofrecer por sí misma un modelo general apreciable de razonamiento probatorio”³⁵⁷.

La otra concepción que se define como *subjetiva*, porque pretende racionalizar el convencimiento acerca de la eventualidad de que un determinado evento se verifique o se haya verificado. En esta versión el valor cuantitativo de la probabilidad representa la medida del convencimiento racional acerca de ese evento, o el grado en el que es racional sostener que es verdadera la proposición que la afirma, éste se determina mediante un cálculo que comprende tanto el grado subjetivo de adhesión a una hipótesis como el grado de aceptabilidad que ésta adquiere sobre la base de la frecuencia relativa de los eventos de la clase en la que se incluye el hecho a conocer³⁵⁸.

Señala Ferrer³⁵⁹ que, aunque es posible predicar la inviabilidad de los modelos matemáticos, no es posible justificar ese descarte en forma completa, en sede de la prueba judicial, pues en el caso de la probabilidad frecuentista o estadística el rechazo se apoya en que, no dice nada acerca de lo que importa de forma general proceso: los hechos individuales. En el segundo caso –el de la probabilidad subjetiva–, si bien está en juego una noción de probabilidad aplicada a proposiciones, entre las que caben también las relativas a hechos singulares, de modo que el cuestionamiento formulado no resulta aplicable, existen otros problemas que radican en la inconsistencia de diversos principios del cálculo matemático de probabilidades y ciertos supuestos generalmente aceptados del razonamiento probatorio jurídico³⁶⁰.

La mayoría de los teóricos de la prueba en el contexto del proceso judicial, señala Ferrer³⁶¹, consideran que la probabilidad estadística “nos informa únicamente de frecuencias relativas en que se da un tipo de eventos en una sucesión dada. Pero, de forma general, en el proceso no importa determinar la frecuencia, con que los hombres solteros mayores de 60 años, con título universitario y jubilados, matan a sus hermanas, sino si Juan ha matado a su hermana (lo que, aunque sea soltero, mayor de 60 años, con título universitario y jubilado, es independiente de aquella frecuencia)”.

³⁵⁷ Taruffo, M. *La prueba de los...* op. cit. p. 193.

³⁵⁸ Vid. Taruffo, M. *La prueba de los...* op. cit. p. 194.

³⁵⁹ Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. pp. 102 y ss. y Accatino, D. “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios y su control a través del recurso de nulidad” en La Misma (ed.) *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 126.

³⁶⁰ Accatino, D. “El modelo legal de...” op. cit. p. 126.

³⁶¹ Ferrer, J, *La valoración racional...* op. cit. p. 98.

Respecto de la probabilidad *subjetiva* que mide nuestro grado de (o la fuerza de la) creencia racional en una hipótesis dado cierto elemento de juicio, comparte con la probabilidad estadística la aplicación de un método de cálculo matemático que permitiría determinar el grado de probabilidad de una hipótesis en una escala que va de 0 a 1, donde cero es la falta absoluta de confianza en la hipótesis y 1 la certeza absoluta de la verdad en la misma. Este modelo, aplica la probabilidad a enunciados o proposiciones, entre los que caben también los relativos a hechos singulares (y no a sucesos, superando la crítica del modelo anterior)³⁶².

Esta concepción, según se adelantó, ha sido objeto de cuestionamientos, pues resultaría difícil para el juzgador cuantificar la valoración subjetiva previa, porque se torna riesgoso poner en manos de los jueces instrumentos estadísticos incomprensibles para ellos y porque la fórmula bayesiana supone un cálculo matemático relativamente simple en el caso-base de tener que valorar una sola prueba que versa directamente sobre la hipótesis a probar, pero la complicación del cálculo aumenta de manera impresionante cuando se usa para resolver situaciones más complejas, como la pluralidad de elementos de prueba relativos a una hipótesis, la *cascaeded inference* (o prueba mediata) o la prueba de una hipótesis referente a un hecho complejo, igualmente se le cuestiona porque en el campo judicial conduciría a resultados contraintuitivos y resultaría dudosamente compatible con la presunción de inocencia³⁶³.

El grupo de modelos reseñado y el de corroboración de hipótesis se corresponden con las dos grandes nociones de probabilidad: a.- La primera compuesta por *la matemática*, que a su vez engloba *la objetiva o estadística*, (que mide la frecuencia relativa de un tipo de eventos) y *la subjetiva*, (que mide el grado de creencia racional en la verdad de una proposición) y b.- *la lógica o inductiva*, que se predica de proposiciones y no de sucesos, y se corresponde con el uso común de *probablemente, posiblemente, presumiblemente* algo es verdad. Es decir, dicho precepto interpreta la probabilidad como una generalización de la verdad³⁶⁴.

§72. *El modelo de corroboración de hipótesis o de probabilidad inductiva.* Es trascendental en el desarrollo del modelo la recuperación de una noción baconiana de probabilidad, que no admite el cálculo matemático, para dar cuenta

³⁶² Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. pp. 108 y ss. y Accatino, D. “El modelo legal de justificación de...” op. cit. p. 126.

³⁶³ Vid. Gascón, M. “Sobre la posibilidad...” op. cit. p. 133.

³⁶⁴ *Ibidem.* pp.132.

del uso del vocabulario de la probabilidad en algunos contextos en que la probabilidad pascaliana (matemática) y sus axiomas no encajan adecuadamente. Ello constituyó un aporte en el contexto de la prueba judicial, pues el hecho que la probabilidad inductiva de tipo baconiano no admita el cálculo matemático, no implica que no se pueda graduar y comparar el nivel de soporte inductivo con que cuenta cada hipótesis, lo que usualmente realizan –intuitivamente- los juristas³⁶⁵.

De acuerdo con esta teoría “decir que una hipótesis es probable significa, pues que es demostrable, que puede probarse, es decir, que es posible fundar la hipótesis mediante inferencias a partir de las pruebas disponibles; y con la palabra probabilidad evaluamos la corrección (*soundness*) de una regla de prueba”³⁶⁶.

En el contexto del razonamiento judicial, el problema fundamental de la prueba judicial resulta ser el de la conexión lógica entre la prueba y la hipótesis sobre el hecho; esa conexión determina el grado de apoyo inferencial que corresponde a la hipótesis sobre la base de la prueba, para lo cual se recurre a generalizaciones extraídas de la experiencia común, las que ofrecen informaciones sobre lo que sucede normalmente o se espera que suceda y, por tanto, no tienen validez general y nada garantiza que valgan en el caso particular.³⁶⁷

Finalmente no puede dejar de señalarse que este método de la probabilidad inductiva, se corresponde con una reformulación de ideas que, de una forma más o menos confusa, pueden, sin embargo, considerarse bastante familiares para el jurista que se ocupa de los problemas de prueba desde un plano teórico en general³⁶⁸.

Propiamente en el campo de los modelos de corroboración de hipótesis los esquemas de valoración basados en la probabilidad lógica o inductiva, señala Gascón³⁶⁹, no nos proporcionan la seguridad de los números, pero asegura que éstos son los que mejor se adecuan a la estructura de los problemas probatorios con que el juez se encuentra: la existencia de una o varias hipótesis sobre los hechos de la causa y la necesidad de establecer, sobre la base de las pruebas disponibles cuál de ellas resulta más aceptable o atendible.

³⁶⁵ Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 122.

³⁶⁶ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 175.

³⁶⁷ Vid. Taruffo, M. *La prueba de los...* op. cit. pp. 226-227.

³⁶⁸ Vid. *Ibíd.* p. 227. También puede consultarse sobre este tema: Rivera, R. *La prueba un análisis racional y práctico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 335 y ss.

³⁶⁹ R.D. Friedman propone reservar el término “probabilidad” para la teoría convencional de la probabilidad matemática, y hablar en su lugar de grado de confirmación o de certeza, en los otros esquemas. Citado por Gascón, M. “Sobre la posibilidad...” op. cit. p. 134.

Determinado que el modelo de corroboración de hipótesis es el que mejor se adecua a la noción de probabilidad que se vincula con teoría de la prueba, es necesario delinear consecuentemente el esquema de valoración de la prueba basado en el grado de confirmación.

§73. *Esquemas de valoración basados en el grado de confirmación.* En el intento de racionalizar la valoración de la prueba, es decir, medir su grado de probabilidad, los modelos que mejor se adaptan a la tarea son los basados en esquemas de confirmación, que entienden que la probabilidad lógica o inductiva de una hipótesis depende del apoyo obtenido por las pruebas con las que está conectada a través de la reglas causales³⁷⁰.

En este modelo, que no pretende cuantificar ni calcular numéricamente la probabilidad, la justificación de una proposición fáctica que describe un evento que no es directamente observable, se basa en la constatación, a través de la observación directa, de hechos que, dados nuestros conocimientos previos acerca del mundo, tendrían que haberse producido si esa proposición fuera verdadera

En torno a la decisión sobre el camino a elegir, Ferrajoli³⁷¹ se remite al *método nomológico-deductivo de la explicación causal*, según el cual la inferencia inductiva que permite ascender desde los hechos que se han de explicar o *explanandum* a los hechos que son su explicación o *explanans*, se justifica porque puede ser invertida en una inferencia deductiva, que permite descender del *explanans* (desde la explicación) al *explanandum* (los hechos que se han de explicar), gracias a la inclusión en las premisas explicativas de leyes o generalizaciones empíricas aceptadas como verdaderas, conforme a la experiencia pasada.

La justificación de la inducción judicial puede basarse más o menos sobre los mismos esquemas, pues tampoco estamos en condiciones de demostrar con certeza la verdad de una hipótesis acusatoria y a diferencia de lo que ocurre en la investigación científica, la búsqueda de las pruebas judiciales por *modus ponens* y la de las contrapruebas por *modus tollens* están institucionalmente confiadas, al menos en el sistema acusatorio, a partes distintas -acusación y defensa- y en

³⁷⁰ Vid. Gascón, M. "La racionalidad en la prueba" *Revista de Ciencias Sociales U. de Valparaíso*, N° 45, 2000, p. 620.

³⁷¹ Vid. Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. pp. 141 y ss. Señala el autor que lo toma de los trabajos de Karl R. Popper, Carl G. Hempel y P. Oppenheim, nota 63.

conflicto por ser portadoras de intereses antagónicos³⁷², debiendo, además, desarrollarse en un periodo de tiempo acotado.

Jordi Ferrer³⁷³, por su parte, aporta igualmente la exigencia de criterios cognoscitivos o de racionalidad, a los que debe estar sujeta la actividad probatoria y nos señala que es posible distinguir tres momentos en dicha actividad: *el primero que consiste en la conformación del conjunto de elementos de juicio* que se desarrolla a través de la proposición y práctica de la prueba, lo que debe permitir conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso, momento que está eminentemente guiado por el derecho³⁷⁴.

Es relevante en este momento la aplicación de la máxima *quid non est in actis non est in mundo*, es decir, a los efectos de la decisión jurídica el conjunto de elementos de juicio que podrá y deberá ser tomado en consideración está formado únicamente por las pruebas aportadas y admitidas en el proceso. En este sentido es un subconjunto del universo de pruebas.

En el caso chileno la audiencia de preparación de juicio oral, prevista en el artículo 260 del CPP, que se lleva a cabo ante el juez de garantía, depura y selecciona la prueba que deberá ser rendida en la audiencia de juicio oral que se celebra ante el tribunal de juicio oral, órgano colegiado compuesto de tres jueces letrados. Sólo la prueba que se incluya en esta interlocutoria, es la que se puede rendir por los intervinientes ministerio público, acusado y, eventualmente, querellante. Es la audiencia de preparación de juicio oral la que determina el conjunto de elementos de juicio, su variedad y riqueza, conforme a los criterios que se indican en el artículo 276, que comprenden fundamentalmente la relevancia y la licitud de la prueba.

Lo anterior trae como consecuencia –como criterio de racionalidad- un primer filtro de orden epistemológico, que prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante para los hechos que juzga y una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación a alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia³⁷⁵.

³⁷² Vid. Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. pp. 129 y ss.

³⁷³ Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 41.

³⁷⁴ El que define las reglas de exclusión de pruebas ilícitas (artículo 276 del CPP); la existencia de reglas que protegen relaciones de familia (artículo 302 CPP), la existencia de plazos acotados para desarrollar la investigación (artículo 247 CPP), etc.

³⁷⁵ No obstante ser un momento preeminentemente guiado por el derecho se considera un filtro de orden epistemológico como es la relevancia/pertinencia, por ejemplo en el artículo 276 del CPP.

El segundo momento de la actividad probatoria propuesto por Ferrer se identifica con la aplicación del modelo de corroboración de hipótesis, que singulariza como de valoración en sentido estricto.

Ahora respecto de los criterios racionales de valoración de la prueba que imponen los métodos de corroboración de hipótesis, Ferrajoli³⁷⁶ se pregunta ¿cuáles son las condiciones en cuya presencia una o varias pruebas son adecuadas o convincentes y en ausencia de las cuales no lo son?, indicando que la respuesta a esta pregunta se reconduce a identificar las tres garantías procesales que consigna. La primera de ellas señala que *la hipótesis acusatoria debe ser ante todo confirmada por una pluralidad de pruebas o datos probatorios, pues debe ser formulada de modo tal que explique la verdad de varios datos probatorios y la explicación de todos los datos disponibles*. Además una hipótesis es siempre fecunda, esto es, idónea para explicar muchos más hechos de aquellos para los que ha sido formulada y, por tanto, para producir por *modus ponens*, múltiples y variadas confirmaciones.

Por su parte Marina Gascón³⁷⁷ plantea al igual que Ferrajoli, una metodología científica de valoración de la prueba y su antagonismo con los sistemas de prueba legal o tasada.

Ella propone la utilización del *esquema valorativo del grado de confirmación*, en términos que para que una hipótesis sea confirmada por una prueba, es *necesaria la existencia de un nexo lógico entre ambas, que hace que la existencia de esa última constituya una razón para aceptar la primera. La confirmación es una inferencia mediante la cual a partir de unas pruebas y de una regla que conecta esas pruebas con la hipótesis, se concluye aceptando la veracidad de esta última*³⁷⁸.

Ahora, conforme las categorías predicadas por la autora, siendo expresión del grado de confirmación, la probabilidad inductiva de una hipótesis aumenta o disminuye: a) con el fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las generalizaciones; b) con la calidad epistemológica de las pruebas que la confirman; c) con el número de pasos inferenciales que componen la cadena de confirmación y d) con la cantidad y variedad de pruebas o confirmaciones³⁷⁹.

³⁷⁶ Cfr. Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. p. 150.

³⁷⁷ Vid. Gascón, M. *Los hechos en...* op. cit. pp. 178 y ss.

³⁷⁸ *Ibidem*. p. 179. El énfasis es añadido.

³⁷⁹ *Ibidem*. p. 180. Sobre estos, que constituyen los criterios de control del razonamiento inferencial, volveré en el apartado 5 de este capítulo.

Por su parte Ferrajoli señala también que es necesario adquirir no un dato probatorio sino un sistema coherente de datos, con arreglo al cual todos los hechos conocidos y otros hechos adicionales originariamente ignotos han de ser deducibles de la hipótesis probada y todos los hechos probados deben cuadrar con la hipótesis descubierta.

Ferrajoli³⁸⁰ –dentro del método que propone- estima necesario un segundo paso que denomina la *garantía del contradictorio*. Ello fluye del hecho que la verdad de una hipótesis no puede ser demostrada sino sólo confirmada, siendo en cambio posible su refutación por *modus tollens*³⁸¹.

Gascón,³⁸² a su turno, exige igualmente *el requisito de la no refutación*, pues para aceptar una hipótesis es necesario que ésta, además de confirmada, *no sea refutada por las pruebas disponibles*. Ello constituye la prueba de fuego para poder aceptar una determinada hipótesis, por cuanto estima, constituye una *regla epistemológica o garantía de la verdad* que exige la oportunidad de un momento contradictorio en el proceso en el que se puedan refutar las hipótesis.

Finalmente para que sea aceptada como verdadera la hipótesis acusatoria, Ferrajoli estima imprescindible *la imparcialidad de la elección realizada por el Juez entre hipótesis explicativas en competencia*, es decir no sólo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por ninguna contraprueba, sino también debe prevalecer sobre las posibles hipótesis en conflicto con ella, que deben ser refutadas por *modus tollens*³⁸³.

Gascón,³⁸⁴ por su parte, señala que en suma el juicio de aceptabilidad de una hipótesis es un juicio sobre su confirmación y no refutación. De manera que si la hipótesis no es confirmada por las pruebas disponibles, debe abandonarse. Pero si es confirmada, debe someterse aún a refutación examinando los posibles hechos que –de existir- la invalidarían, o la harían menos probable. Si finalmente la hipótesis no resulta refutada, porque no existen tales pruebas, puede entenderse verificada; si por el contrario, tales pruebas existen, debe abandonarse.

³⁸⁰ Vid. Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. p. 151.

³⁸¹ Afirmación que debe ser matizada, pues la refutación o negación de una hipótesis se puede seguir refutando. Por ejemplo la hipótesis acusatoria consiste en que Ticio mató a Cayo, sin embargo se acredita que el día de los hechos Ticio no se encontraba en el lugar sino que estaba preso en la cárcel. La refutación de la hipótesis no es definitiva, pues pueden ser falsos los certificados con que se pretende acreditar que Ticio se encontraba preso el día de los hechos. Es necesario aceptar este postulado de Ferrajoli con conciencia de su provisionalidad.

³⁸² Vid. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 184.

³⁸³ Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. p. 151.

³⁸⁴ Vid. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 185.

En síntesis, afirman estos autores, que para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera, -en este método de corroboración de hipótesis- no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos virtualmente disponibles, pues si una sola de las contrapruebas es aceptada como verdadera, es suficiente para excluir la decisión del juez sobre la verdad de la hipótesis y para basar, conforme al criterio de la coherencia, la decisión sobre su falsedad.

§74. *Valoración de los elementos de juicio y el estándar de prueba.* Es importante volver a Ferrer³⁸⁵, y en especial al segundo momento que este autor distingue en la prueba judicial, y que denomina –precisamente- *valoración de los elementos de juicio*, que sería equivalente a las fases o etapas en los esquemas planteados por Ferrajoli y Gascón, según analizamos.

Señala que este momento puede estar guiado jurídicamente, caso en el cual nos enfrentaremos a la prueba legal o tasada o bien estar previsto por el sistema jurídico la libre valoración de la prueba. En este último caso, deberá entonces valorarse -epistemológicamente- el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto. Con ello, deberá obtenerse un resultado que nos permita saber el grado de confirmación del que dispone cada una de las hipótesis. Afirma, además, que el resultado de la valoración es siempre contextual, esto es, referido a un determinado conjunto de elementos de juicio³⁸⁶.

En este segundo momento, la actividad consiste en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una hipótesis, sujeto a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad.

Afirma Ferrer que la existencia o no de limitaciones jurídicas que excluyan pruebas relevantes en el momento de la conformación del conjunto de los elementos de juicio hacen que el subconjunto sea epistemológicamente más rico o más pobre, pero una vez que ese subconjunto está delimitado, la operación de valorar lo que de él se pueda inferir no difiere en nada de la que se puede realizar en cualquier otro ámbito de la experiencia y está sometida a los controles de la racionalidad general³⁸⁷.

³⁸⁵ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 45

³⁸⁶ “No se puede afirmar de modo absoluto que una proposición *p* está probada, sino únicamente con relación a un determinado conjunto de elementos de juicio (o medios de prueba)”. Ferrer, J. *Prueba y verdad...* op. cit. p. 35

³⁸⁷ Vid. Ferrer, J. *La valoración...* op. cit. pp. 46 y ss.

Finalmente y en relación al último momento, Ferrer³⁸⁸ aporta lo concerniente al *estándar de prueba* y que denomina *tercer momento: de decisión sobre la prueba* que equivale a la decisión sobre los hechos probados, pues la valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta y para decidir si la hipótesis puede o no declararse probada con el grado de corroboración que se le asigne, será necesario recurrir al estándar de prueba.

Deja en claro que el resultado de la valoración de la prueba que se obtenga en el segundo momento no implica por sí solo nada respecto de la decisión a adoptar, para ello es necesaria la intermediación de un estándar de prueba. Lo anterior equivale a señalar que habrá que decidir ahora si la hipótesis *h* puede o no declararse probada con el grado de confirmación de que disponga, lo que dependerá del estándar de prueba que se utilice.

En la cultura anglosajona, y específicamente en el ámbito civil, opera el estándar de la prueba prevaleciente, de modo que la hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria. En cambio, en el ámbito penal operaría el estándar que exige que la hipótesis esté confirmada “más allá de toda duda razonable”, el que difícilmente va a ser inferior al estándar científico.

Señala finalmente el autor, que de nuevo, (al igual que en el primer momento) la elección de uno u otro estándar es propiamente jurídica y se realiza en atención a los valores en juego en cada tipo de proceso. Así puede justificarse la mayor exigencia probatoria en los casos penales, por ejemplo, en una especial protección del derecho a la libertad³⁸⁹.

Es importante recalcar que lo elaborado por Ferrer en torno al estándar de prueba, constituye un aporte invaluable en materia de valoración de la prueba, pues si bien en los esquemas reseñados de Gascón y Ferrajoli se expresan criterios cognoscitivos o racionales, en base a los cuales se puede declarar la aceptabilidad de un enunciado de contenido fáctico, no obstante, estos autores no hacen referencia expresa al umbral que permita tener por corroborada la hipótesis de la acusación, un baremo que nos señale cuánta justificación es suficiente en base a los criterios fijados por el propio estándar de prueba, lo que está ligado a decisiones de política criminal.

³⁸⁸ *Ibidem.* p. 48. Los otros dos autores cuyos postulados han sido reseñados, soslayan lo relativo al estándar de prueba y se limitan a analizar la valoración en sentido estricto.

³⁸⁹ Según Ferrer, en atención a los especiales valores involucrados en el juzgamiento penal. Cfr. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 48.

Ferrajoli – quien se refiere expresamente a la prueba en materia penal, a diferencia de Gascón cuyos planteamientos se vierten en relación a la prueba en general- parece esbozar un estándar cuando exige el descarte de hipótesis en competencia con la acusación y que es necesario adquirir no un dato probatorio sino un sistema coherente de datos, con arreglo al cual todos los hechos conocidos y otros hechos adicionales originariamente desconocidos han de ser deducibles de la hipótesis probada y todos los hechos probados deben cuadrar con la hipótesis descubierta.

Ambos autores se refieren a que el *in dubio pro reo* opera como norma de cierre o de clausura, el que entienden reconducido a la presunción de inocencia en su dimensión de regla de juicio³⁹⁰.

Marina Gascón refiere que –llegado a la fase final- puede suceder igualmente que ninguna de las hipótesis resulte suficientemente probada en desmedro de la otra o que resultando la probabilidad de una de ellas superior a la otra, esa probabilidad siga sin ser suficiente según los estándares exigidos institucionalmente. En este evento, señala, la necesidad que tiene el Juez de resolver, a pesar de este resultado estéril, está cubierta por las reglas de decisión que indican en cada caso a favor de qué hipótesis ha de dictarse la solución, tal como la de *in dubio pro reo* en el proceso penal.³⁹¹

En el mismo sentido se pronuncia Ferrajoli al indicar que “cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio *in dubio pro reo*, contra la primera. Este principio equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica, que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella”³⁹².

Esta alusión al principio de presunción de inocencia está referida a aquel evento en que resultan igualmente probadas las hipótesis de la acusación y de la defensa y debe dictarse sentencia de absolución aplicando el *in dubio pro reo* en la dimensión ya referida, pero no se hace cargo de *cuándo* resulta suficientemente probada la hipótesis de la acusación (se ha descartado la teoría de la defensa o ésta no existe, en el caso de la llamada defensa pasiva).

³⁹⁰ Cfr. Ferrer, J. “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia” en José Juan Moreso y José Luis Martí (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 149 y ss.

³⁹¹ Cfr. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 186-187.

³⁹² Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. p. 151.

Ello es relevante, pues si no existen hipótesis explicativas en competencia con la de la acusación, y por decirlo de manera clara, ésta compite contra sí misma o existen hipótesis en competencia con cierto grado de corroboración, la única forma en que se dicte veredicto de condena, sin recurrir al subjetivismo o al parecer íntimo, es que exista una medida o baremo externo que deba ser traspuesto para entender derrotada la presunción de inocencia.

Si el argumento del juez de los hechos es decir que se tienen dudas y que por lo tanto debe ser absuelto el imputado, pero sin que aquellas dudas tengan un referente en el cual confrontarse, tal razonamiento se acerca mucho al decisionismo e impide el adecuado control, que es otro rasgo caracterizador del estándar de prueba.

Es insoslayable en este tema concordar con Ferrer³⁹³ cuando señala que el derecho a la presunción de inocencia, *in dubio pro reo* en su dimensión de regla de juicio, presupone un estándar de prueba, pero no implica estándar de prueba alguno, lo que equivale a decir que el acusado debe ser absuelto cuando existen dudas sobre su culpabilidad, y por dudas en este contexto se entiende, no el estado psicológico del juez, ni la falta de certezas, sino un cierto grado de duda racional sobre la verdad de una hipótesis fáctica, complementario del grado de corroboración de la misma.

Por lo anterior, la presunción de inocencia como regla de juicio, nada dice sobre el estándar de prueba, sobre cuál es aquel estándar que deberá utilizarse en el proceso penal, pero presupone que disponemos de un estándar de prueba cuya aplicación sea intersubjetivamente controlable, para hacer viable la función de garantía de la presunción de inocencia³⁹⁴. En otros términos, la real garantía para el acusado es saber por qué ha sido condenado, qué umbral ha sido traspasado por la prueba del acusador para entender derrotada la presunción de inocencia, pues sin un estándar de prueba como el indicado, la garantía de la presunción de inocencia no puede ser operativa, pues no se sabe frente a qué resultado probatorio el ciudadano tendrá derecho a una declaración de inocencia.

Igualmente concluye Ferrer que el *in dubio pro reo* si tiene un espacio, pero que este opera una vez aplicado el estándar de prueba y sus respectivos *test*, toda vez que el estándar que propone no es matemático, ni menos cardinal, siempre habrá margen para una duda. Pues bien, este es el reducto del *in dubio pro reo*,

³⁹³ Ferrer, J. "Una concepción minimalista..." op cit. p 151.

³⁹⁴ *Ibidem*.

entrar en escena después que el estándar se ha aplicado. En esta fase, y si persiste alguna duda, ella siempre deberá resolverse a favor del acusado.

Conforme a la reseña que se ha hecho de los esquemas propuestos, a la luz de las categorías de los autores, se considera que es perfectamente posible y además necesario recurrir a ellas para lograr cubrir de manera completa y adecuada la actividad probatoria. La valoración de la prueba, por otra parte, se incardina con la insoslayable exigencia de motivación del juicio de hecho, lo que redundará en definitiva en que las conclusiones a que se arribe mediante la aplicación práctica de estos modelos, pueda ser sometida a un control adecuado por los tribunales de nulidad, que los integren en el proceso de censura, que a su turno les toca realizar, con la finalidad de objetivar y delinear los criterios de valoración y de control para excluir el subjetivismo, la arbitrariedad y las ingentes injusticias.

Entre los autores chilenos que proponen el método cognoscitivo o racional para la valoración de la prueba, se cuenta a Rodrigo Coloma³⁹⁵ quien refiere que “La calidad del juicio oral como mecanismo generador de respuestas –al menos en lo que se refiere al valor de la seguridad jurídica- depende fundamentalmente de su cercanía respecto a procedimientos que, de acuerdo al cuerpo de conocimientos mayoritariamente compartidos, resulten adecuados para el conocimiento de la realidad”.

1.3.- ¿Cómo se estructura el razonamiento probatorio?

§75. *La estructura molecular del razonamiento probatorio.* La estructura básica o molecular de la argumentación probatoria adquiere la forma de una *inferencia*, lo que quiere decir en términos muy simplistas, que la actividad probatoria consiste en remontarse de lo conocido a lo desconocido y, por consiguiente, se precisa del auxilio –a lo menos en el sistema probatorio de la sana crítica racional- de alguna mediación para recorrer racionalmente ese espacio intermedio³⁹⁶.

Ésta sirve para expresar la relación lógica de confirmación o corroboración entre un elemento de juicio aportado por un determinado medio de prueba y la

³⁹⁵ Coloma, R. “Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en El Mismo (coord.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. 9 y ss.

³⁹⁶ “La confirmación es, pues, una inferencia mediante la cual, a partir de unas pruebas y de una regla que conecta esas pruebas con la hipótesis, se concluye aceptando la veracidad de esta última”. Gascón, M. *Los hechos en...* op. cit. p. 179.

hipótesis acerca de la ocurrencia de un hecho principal o de un hecho secundario que, a través de una nueva inferencia, otorgará apoyo inductivo, a su vez, a un hecho principal.³⁹⁷ Ello está normativamente presente en el artículo 297 del Código Procesal Penal chileno, que remite a los *principios de la lógica* para la valoración de la prueba.

La conexión que vincula los diversos niveles de la narración construida por el juez es de naturaleza inferencial y para comprender el carácter fundamental de las inferencias se debe recurrir, según Taruffo³⁹⁸, al concepto de *warrant* (que señala puede ser traducido, no rigurosamente, pero para los efectos de este contexto, como “confirmación”), el cual se trata de un concepto general que no está referido sólo a la ciencia, sino también a la actividad de cualquiera que deba determinar racionalmente la verdad de una aserción.

Afirma que este concepto, se refiere a la conexión que se instaura entre una afirmación, que inicialmente tiene carácter hipotético, y las pruebas que confirman su veracidad, según el esquema $W=E \rightarrow H$ (donde W indica el warrant o la confirmación, E indica las pruebas disponibles y H indica la hipótesis en cuestión).

Pero veamos cómo opera este razonamiento: una primera fase consistiría en la práctica de las pruebas y, por tanto, en la obtención de información a partir de ellas, esto es, a partir de lo que dicen los testigos, los documentos, los peritos, etc. Una segunda fase consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera etapa. El primer momento puede verse también como el establecimiento de las premisas del argumento que trata de probar una determinada hipótesis (qué es lo que en realidad sucedió) y el segundo como la realización de la inferencia que permite pasar de la premisa a la conclusión³⁹⁹.

Un ejemplo de lo antes señalado podría ser: un testigo dice que vio a Ticio discutir con Cayo poco antes del fallecimiento de éste, sobre lo que es necesario relevar que lo que puede extraerse de la declaración del testigo, es que éste

³⁹⁷ “Cuando los procesalistas afirman que la prueba ha de valorarse de acuerdo con las ‘reglas de la lógica’ y las ‘reglas de la sana crítica’, en muchas ocasiones están haciendo referencia a las regularidades o máximas de experiencia, que en los argumentos no deductivos parecen cumplir el papel de ‘reglas de inferencia’”. González Lagier, D. *Quaestio facti...* op. cit. p. 85.

³⁹⁸ Taruffo, M. *Simplemente la verdad...* op. cit. pp. 234 y ss. Indica que el concepto de *warrant* fue acuñado por Toulmin, como núcleo fundamental de un modelo de argumentación. Toulmin, S., *The uses of argument*, Update edition, Cambridge University Press, 2007. Quien retoma el término “warrant” es Susan Haack, de allí lo toma Taruffo como señala este autor. Haack, sin embargo, lo traduce como “aval”, entendido también como “credibilidad racional”, que implica una noción gradual, excluyente de la certeza y alejado de la teoría de la probabilidad (cálculo matemático), y centrado en la epistemología. Haack, S. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica” en Carmen Vázquez. (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, (traducción de María José Vianna y Carlos Bernal, Revisión técnica Carmen Vázquez) Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 65-66.

³⁹⁹ Vid. González Lagier, D. *Quaestio facti...* op. cit. pp. 53-54.

afirma haber visto a Ticio discutir con Cayo poco antes del fallecimiento del último y no que Ticio y Cayo realmente hubiesen discutido antes del fallecimiento de éste. Lo segundo es el resultado de la valoración de la fiabilidad de la declaración del testigo, es decir es el resultado de una inferencia.

El razonamiento en el que consiste esta segunda fase es, sin lugar a dudas, muy complejo y puede constar, en realidad, de un encadenamiento de argumentos o inferencias parciales⁴⁰⁰. En el extremo inicial de la cadena encontramos la información obtenida directamente a partir de las pruebas practicadas: el policía que declara que se encontró en la vivienda de Ticio un arma del mismo calibre que la que causó la muerte de Cayo (con la precisión ya formulada) y en el extremo final encontramos una hipótesis: que Ticio mató a Cayo. Entre un extremo y otro de la cadena encontramos premisas y conclusiones intermedias⁴⁰¹.

Pero se ha señalado que el proceso que lleva del dato probatorio, es decir, de la información que proporcionan los diversos elementos de juicio, a la conclusión –a corroborar la hipótesis- tiene la forma de una inferencia y ella opera poniendo a prueba la hipótesis de acuerdo a nuestro conocimiento general de cómo funciona el mundo⁴⁰².

Se construye entonces el razonamiento a través de esta estructura básica o molecular siendo las funciones de las máximas de experiencia y las leyes científicas las de operar como generalizaciones que garantizan o hacen posible esa inferencia. Son las que nos permiten formular la predicción y luego de presentado el razonamiento son las que nos permiten mostrar el cumplimiento de esa predicción, que confirma o corrobora la hipótesis⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Quien desarrolla latamente este tema es Rafael Hernández. Quien señala que el término “razonamiento” es usado comúnmente tanto para referirse a lo que llama “razonamientos”, como para referirse a lo que se llaman “cadenas de razonamientos” y agrega que dos razonamientos están conectados cuando la conclusión de uno de ellos es a la vez una premisa del otro y que una cadena de (dos o más) razonamientos es una secuencia de (dos o más) razonamientos encadenados. Cada uno de los razonamientos integrantes de la cadena de razonamientos puede ser contemplado como un subrazonamiento de la cadena. Hernández, R. *Razonamientos en la sentencia judicial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 65 y ss.

⁴⁰¹ González Lagier, D. *Quaestio facti...* op. cit. p. 54. Del mismo autor, vid. “Hechos y argumentos (II)...”, op. cit. pp. 35-51.

⁴⁰² “La confirmación de una hipótesis desde el punto de vista de la probabilidad, es el resultado de la conexión entre un elemento de prueba y la hipótesis a confirmar a través de una regla que las vincula. En este sentido la prueba cumple una función epistémica respecto del juzgador en el proceso, en cuanto le proporciona la información necesaria para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en bases cognitivas adecuadas y suficientes para estimarse concurrentes. (...) La mayoría de los problemas de valoración de la prueba se encuentran en la operatividad de esta estructura tripartita”. Vera, J. “El discurso probatorio de la dogmática penal”, *Revista de la Universidad de Los Andes*, Doctrina y jurisprudencia penal, Ed. Legal Publishing, Thomson Reuters, Santiago, año 5, N° 18, 2014. pp. 32 y 33.

⁴⁰³ Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 131.

Trasladado dicho esquema, según el autor a quien se sigue, al razonamiento judicial en materia de hechos, se observa que los hechos probatorios constituirían las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía, estaría constituida por las máximas de la experiencia; las presunciones y, otro tipo de enunciados generales que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos señalados en la pretensión; y, el respaldo, estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía.

En términos Ferrer⁴⁰⁷, formulada la hipótesis debe ser ella contrastada a fin de determinar si aporta apoyo inductivo al enunciado en ella contenido. La corroboración de una hipótesis supone, la posibilidad de predecir algún evento o estado de cosas empíricamente contrastables, la hipótesis por sí sola no permite en general derivar una predicción que le aporte apoyo inductivo, es necesario también suponer una serie de conocimientos previos del mundo que se denominan “supuestos auxiliares”(SA). Los supuestos auxiliares (SA) corresponden a los conocimientos previos a cerca del mundo, generalizaciones empíricas que otorgarán grados de credibilidad o aval⁴⁰⁸, es decir, son la garantía que va de un hecho a otro y otorgarán mayor o menor fuerza a la inferencia en función del grado de corroboración que las propias generalizaciones tengan. Éstas pueden ser de muchos tipos e integran lo que los juristas suelen denominar “máximas de la experiencia”, que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas⁴⁰⁹ o simples generalizaciones del sentido común⁴¹⁰.

E igualmente, es necesaria la concurrencia de “condiciones iniciales” (CI), que son los hechos-condicionantes particulares que deben darse para que ocurra lo predicho.

Añade este autor que el “hecho de que la predicción no se cumpla produce que la hipótesis no obtenga apoyo inductivo, pero no otorga apoyo inductivo a la negación de la hipótesis”⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Ferrer, J. La valoración racional... op. cit. pp. 131-132.

⁴⁰⁸ Cfr. Haack, S. op. cit. p. 66.

⁴⁰⁹ Cfr. Taruffo, M. “La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forense” en Carmen Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, (traducción de Maximiliano Araburo) Ed. Marcial Pons. Madrid, 2013 pp. 203 y ss. y Vázquez, C. “La prueba informática. Algunas consideraciones desde la concepción racional de la prueba” en Santiago Ortega (ed.) *Proceso, prueba y estándar*, Ed. Ara. Lima, 2009, pp. 145 y ss.

⁴¹⁰ Pueden existir generalizaciones de sentido común evidencian un problema en relación al estatus epistémico que poseen, pues éste es usualmente vago o indeterminado, pudiendo ser buenas o malas, racionales o irracionales, según si poseen o no fundamento cognoscitivo sólido. Vid Taruffo, M. *Simplemente la...* op. cit. pp. 74-75.

⁴¹¹ *Ibidem.* p. 132.

También es plausible que una de las partes impugne la condición de elemento de juicio favorable a la hipótesis de la parte contraria de una predicción cumplida, sobre la base de la invalidez de la generalización utilizada como supuesto adicional. Como por ejemplo, el examen de alcoholemia fue negativo, arrojando un resultado de 0 gramos de alcohol por litro de sangre, en circunstancias que varios testigos vieron al detenido en una fiesta ingiriendo inmoderadamente alcohol y que la policía constató la ebriedad dejando asentado en los registros, que el conductor al ser fiscalizado presentó el rostro congestionado, incoherencia al hablar, hálito alcohólico e inestabilidad al caminar. En estos casos la generalización misma puede ser objeto de prueba en el proceso, constituyendo lo que se llama prueba sobre prueba, por ejemplo una prueba de ADN a la sangre extraída al imputado, la que arroja que se trata de una muestra sanguínea perteneciente a una mujer⁴¹².

Como se señaló, los supuestos adicionales o auxiliares (SA), en otras palabras son un nexo causal o lógico entre una hipótesis y una prueba que hace que la existencia de la prueba sea una razón para aceptar la primera. La garantía consiste siempre en una regla, norma o enunciado general, que debe ser apoyada por un respaldo que trata de demostrar la corrección o vigencia de esa regularidad⁴¹³. Por ejemplo, cada vez que un sujeto (Pedro) viola a una mujer (María) y eyacula en este acto, quedarán restos de semen en los órganos genitales de la mujer (SA)⁴¹⁴, quien toca, con sus manos desnudas una superficie, deja estampadas sus huellas dactilares (SA), quien dispara con un arma de fuego a corta distancia puede ocasionar la muerte del destinatario del disparo (SA), etc.

Si las condiciones iniciales (CI) son ciertas condiciones particulares que deben concurrir para que ocurra la predicción, en nuestro ejemplo, quedarán restos de semen en la vagina de María, siempre que el Pedro – el violador- no haya usado condón.

Ello puede ser representado:

H y SA y CI → P

Son posibles dos escenarios en esta estructura:

1.- *Si la predicción no se cumple*, -dado que Pedro es el autor de la violación vaginal a María y que cada vez que un hombre eyacula en los genitales de una mujer quedarán rastros de semen en ella-, pudiendo comprobarse mediante un

⁴¹² En este caso, que es un caso real, una de las enfermeras extrajo su propia sangre, pues el detenido era un cantante famoso del cual ella era una fan declarada.

⁴¹³ González Lagier, D. *La questio facti...* op. cit. p. 56.

⁴¹⁴ En este apartado seguiré a Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. pp. 132 y ss.

peritaje sexual a los genitales de la mujer inmediatamente de la ocurrencia del hecho y, que no se encontró semen en los genitales de María, puede ser falsa la hipótesis, o bien, los supuestos adicionales o las condiciones iniciales. En el ejemplo, el acusado Pedro no eyaculó pues estaba muy asustado y solo logró una erección a medias sin eyacular (SA) o el acusado usó condón (CI).

Pero si estamos seguros de la verdad de SA (el acusado eyaculó) y CI (usó condón), esto nos debe llevar a rechazar o revisar la hipótesis analizada: que Pedro violó a María.

2.- *Si se cumple la predicción*, se encontraron restos de semen en los genitales de María que mediante prueba de ADN se determinó pertenecen a Pedro, ésta constituye un elemento de juicio a favor de la hipótesis.

Que se cumple la predicción, no puede significar que es un elemento de juicio que corrobora sin cuestionamientos la hipótesis, pues puede suceder que la misma predicción: *dado que Pedro es el autor de la violación vaginal a María y que cada vez que un hombre eyacula en los genitales de una mujer quedarán rastros de semen en ella*, puede formularse a partir de diversas hipótesis, caso en el cual la constatación de que se cumple la predicción no es un elemento de juicio para preferir alguna de ella.

El acusado mantiene una versión alternativa: en el ejemplo Pedro y María mantuvieron relaciones sexuales consentidas, al cabo de las cuales Pedro la abandona, haciendo María inmediatamente una denuncia en su contra en venganza, lo que también permite formular la predicción de que cada vez que un hombre eyacula en los genitales de una mujer deja restos de semen en ella. Es decir la predicción es compatible con ambas hipótesis, por ello no aporta confirmación a ninguna de ellas, que permita preferir racionalmente una por sobre la otra.

Sin embargo, si la hipótesis de que la relación sexual no fue consentida sino utilizando la fuerza, y dado que cuando se retiene fuertemente a una persona por los muñecas y brazos e igualmente ejerciendo violencia sobre sus piernas, quedarán lesiones en ésta, normalmente hematomas y eritemas, el hallazgo de tales lesiones permiten afirmar que fue utilizada la fuerza en el acceso carnal y que éste no fue voluntario.

Esta nueva predicción, de cumplirse –fueron encontradas tales lesiones en las muñecas, brazos y piernas de María- permite elegir una de las hipótesis en

conflicto, pues resultaría incompatible con la hipótesis –relación consentida- de Pedro.

Por lo que la contrastación de una hipótesis exige junto a la primera fase, la constatación de nuevas predicciones.

Ello puede ser representado:

$\neg(H \text{ y SA y CI}) \rightarrow \text{muy probablemente } \neg P$

Que implica que, si no son verdaderos la Hipótesis o los Supuestos Adicionales o las Condiciones Iniciales, entonces muy probablemente no se dará la predicción.

Esta es una fórmula probabilística, por lo que nunca tendremos la certeza que la hipótesis *Pedro violó a María* sea verdadera, aunque disponga de una gran apoyo inductivo, porque siempre puede haber una hipótesis H' que prediga lo mismo, en el ejemplo la relación sexual fue consentida y María por venganza se autoinfligió las lesiones y denunció a Pedro.

En conclusión, se trata que el hecho que se predice a partir de la hipótesis H, más los SA y CI correspondientes, sería muy sorprendente si H no fuera verdadera, entendiendo sorprendente como inexplicable, dado los actuales conocimientos generales del mundo y los demás datos del caso⁴¹⁵.

§77. *Las generalizaciones empíricas. ¿Cómo operan?* Las generalizaciones son necesarias en cada paso del razonamiento judicial sobre las pruebas y sobre los hechos, pues constituyen en muchos casos las premisas de las inferencias que conectan los datos probatorios con los hechos⁴¹⁶.

Las generalizaciones “que sirven de base a una inferencia inductiva en el campo judicial-, (‘por lo común máximas de experiencia’) son leyes causales del tipo ‘si sucede A *normalmente* sucede B’. Ese ‘normalmente’ es precisamente lo que hace aceptable inferir de un caso particular del antecedente un caso particular del consecuente”⁴¹⁷. Sin embargo, es insoslayable indicar que no todas las generalizaciones son leyes causales, pues algunas recogen meras regularidades.

Por ejemplo si diez testigos dicen haber visto a Ticio disparar contra Cayo, lo que al tribunal le consta es únicamente que diez declarantes dicen haber visto a Ticio disparar sobre Cayo; nada más. Ahora que efectivamente hayan visto a Ticio disparar sobre Cayo es otra cosa, pues los testigos pueden haberse coludido para

⁴¹⁵ Laudan, L. “Por qué un estándar...” op. cit. p. 108.

⁴¹⁶ Vid. Truffo, M. *Simplemente la...* op. cit. p. 74, quien señala que Schum indica que son el “pegamento” que liga el razonamiento probatorio.

⁴¹⁷ Vid. Gascón, M. *Los hechos en...* op. cit. p. 175. Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. pp. 127 y ss.

mentir. “Por tanto, para pasar de lo que *dicen* haber visto a la conclusión de que realmente *han visto* lo que declaran, hace falta un razonamiento inferencial apoyado en las correspondientes máximas de experiencia (v. g. a los diez ni les iba ni les venía nada en el asunto y, por regla general, cuando la gente no tiene nada que perder ni ganar suele decir la verdad; etc.)”⁴¹⁸.

Respecto de las generalizaciones (no espurias y no universales) y su uso en el razonamiento probatorio, Schauer⁴¹⁹ sostiene que es, a su juicio, injustificada la mayor confianza en la prueba individualizada que en la estadística y que esta confianza llevaría a incurrir en un mayor número de errores⁴²⁰ que los produciría la adopción de decisiones sobre la base de pruebas estadísticas, dirigiendo sus ataques a la prueba testifical como paradigma de la prueba individualizada. Sostiene Schauer que no había diferencia categorial sino de grado entre la prueba estadística (o las generalizaciones) y la prueba individualizada (o sobre los hechos individuales, como la testifical), no habría diferencia, entonces, entre probabilidad de eventos y probabilidad de proposiciones.

Presenta, en apoyo de sus tesis el siguiente ejemplo: para dar fiabilidad a un testigo ciego que afirma haber oído un ruido al cruzar la carretera que identifica como un autobús, puede ser necesaria la declaración de un experto que acredite que los ciegos desarrollan adecuadamente la capacidad auditiva, de manera que es perfectamente posible y fiable una identificación de los ruidos de ese tipo. Así, el razonamiento que concluye: pasó un bus cuando el testigo cruzaba la carretera, se basa en una generalización, de modo que es parcialmente individualizado.

Ferrer, discrepa de lo afirmado por Schauer, indicando que las premisas del argumento parecen correctas pero no justifican la conclusión, pues cualquier argumento sobre la ocurrencia de un hecho, necesita del apoyo de las correspondientes generalizaciones –nuestra comprensión del mundo- En el

⁴¹⁸ Igartua, J. *Valoración de...* op. cit. p. 199.

⁴¹⁹ Schauer, F. *Profile, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge (Mass)-London: Harvard University Press, 2003, pp. 92 y ss. Citado por Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 106.

⁴²⁰ El objetivo epistemológico de la prueba es el de minimizar el número de errores en la declaración de hechos probados, siendo así, este objetivo parece indicar, que la prueba estadística debe admitirse y considerarse como suficiente. Sin embargo, la epistemología no está interesada simplemente en la reducción de errores y el derecho tampoco. Así, la justificación de una decisión judicial tiene una doble cara: una material y una procedimental. Desde el primer punto de vista, se puede decir que una decisión está justificada si la proposición que se declara probada es verdadera, en el segundo sentido, la decisión está justificada tiene suficiente apoyo en los elementos de juicio disponibles. Al derecho como a la epistemología no le interesa el acierto por casualidad. Una decisión judicial no está justificada si, aunque declare probada la hipótesis verdadera, lo hace por casualidad. Es necesario formular la siguiente pregunta ¿es posible transitar desde la probabilidad frecuentista o estadística–aplicada a eventos- a la probabilidad de proposiciones o inductiva-lógica. La respuesta no puede ser otra que la negativa, pues la probabilidad estadística no dice nada acerca de los hechos individuales sino únicamente de las frecuencias. Ferrer, J. *La valoración racional de...* op. cit. p. 102.

razonamiento probatorio pueden intervenir como parte del esquema de la corroboración de hipótesis en forma de leyes científicas o máximas de experiencia, sin embargo siendo esto correcto, no implica que podamos razonar sobre la ocurrencia de hechos individuales únicamente a partir de generalizaciones (salvo que la hipótesis sobre los hechos sea en sí misma contradictoria). Siempre será necesario disponer de elementos de juicio particulares sobre el hecho individual que acrediten la verdad de la hipótesis⁴²¹.

§78. *La comprensión de la estructura del razonamiento probatorio.* La forma en que se ha plasmado en algunos casos el razonamiento en materia de hechos es posible advertirlo de las consideraciones vertidas por los tribunales de nulidad chilenos, que realizan la censura de la forma en que el tribunal de mérito ha apreciado la prueba, existiendo de ordinario en el razonamiento del *ad quem* una omisión en la cadena argumentativa o la falta de definición de la máxima de la experiencia utilizada.

Es imprescindible para una mejor comprensión sobre este punto, ahondar algo más en lo que se refiere al razonamiento probatorio como una cadena de razonamientos, integrados a su vez por subrazonamientos, para lo cual me remitiré a un ejemplo que proporciona Hernández⁴²², quien expresa para clarificar el punto: Supongamos que los enunciados siguientes forman parte, con arreglo a derecho, del razonamiento probatorio en calidad de conclusiones:

Isabel golpeó a Pedro el día 9 de junio en el bar b.

Pedro sufrió lesiones corporales a causa del golpe que Isabel le asestó.

Ambos enunciados, pueden ser premisas de otros razonamientos como el que sigue: *Isabel golpeó a Pedro el día 9 de junio en el bar b* [premisa]; *Pedro sufrió lesiones corporales a causa del golpe que Isabel le asestó* [premisa]. *Isabel causó lesiones corporales a Pedro* [conclusión].

Este razonamiento, según el autor a quien se sigue, cumple las condiciones que el derecho exige para ser una conclusión del razonamiento probatorio, pues sus premisas son enunciados que forman parte, con arreglo al derecho del razonamiento probatorio, en calidad de conclusiones.

⁴²¹ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 106.

⁴²² Hernández, R. op. cit. pp. 174 y ss.

Y por otro lado, es un razonamiento autorizado [genéricamente] por el derecho, por ser un razonamiento deductivo⁴²³.

La consecuencia de lo anterior es que la conclusión del razonamiento *Isabel causó lesiones corporales a Pedro*, es la conclusión de un razonamiento que cumple las condiciones que el derecho exige para formar parte de un razonamiento probatorio en calidad de conclusión de esta cadena de razonamientos.

En el caso que el enunciado *Isabel causó lesiones corporales a Pedro*, fuera incorporado efectivamente al razonamiento probatorio, formarían parte de esta cadena de razonamientos: por una parte las premisas del razonamiento, *Isabel golpeó a Pedro el día 9 de junio en el bar b* y *Pedro sufrió lesiones corporales a causa del golpe que Isabel le asestó*, ya integrados conforme al derecho en el razonamiento probatorio, según ha sido supuesto, y por otro lado, la conclusión de ese razonamiento, esto es, *Isabel causó lesiones corporales a Pedro*. Y, al quedar incorporadas al razonamiento probatorio las premisas y la conclusión del razonamiento (*Isabel golpeó a Pedro el día 9 de junio en el bar b* [premisa]; *Pedro sufrió lesiones corporales a causa del golpe que Isabel le asestó* [premisa]. *Isabel causó lesiones corporales a Pedro* [conclusión]), este razonamiento quedaría incorporado al razonamiento probatorio como un subrazonamiento de esta cadena de razonamientos.

⁴²³ Hernández, distingue en la cadena de razonamientos las premisas iniciales y las conclusiones, y en estas últimas, las conclusiones intermedias o premisas no iniciales y la conclusión final. Asimismo distingue entre los requisitos que el Derecho exige para que un enunciado sea una premisa inicial del razonamiento probatorio y los requisitos que el derecho exige para que un enunciado sea una conclusión, intermedia o final, de esta cadena de razonamientos. A su juicio, para que el derecho admita que un enunciado sea una premisa inicial del razonamiento probatorio, es necesario que se trate de un enunciado que cumpla una de dos condiciones: a) que sea un enunciado verdadero referente a una prueba o hecho procesal; o b) que sea un enunciado referente a un hecho procesal notorio o admitido por las partes. Ahora, para que un enunciado pueda formar parte, según el Derecho, del razonamiento probatorio en calidad de conclusión final o intermedia, es necesario que cumpla dos condiciones: a) las premisas han de ser enunciados que formen parte, con arreglo al Derecho, del razonamiento probatorio en calidad de premisas iniciales o de conclusiones; y b) ese razonamiento ha de ser un razonamiento autorizado por el derecho, ya sea de manera específica, como ocurre con la prueba legal o tasada o de manera genérica.

Que sean autorizados genéricamente implican que sean válidos, deductiva o al menos inductivamente: sin embargo a Hernández esto no le basta, estima que es necesario, además, que ese razonamiento cumpla otra condición: que si las premisas del razonamiento fueran añadidas, como premisas adicionales, los restantes enunciados que también podrían formar parte, con arreglo a Derecho, del razonamiento probatorio, el resultado fuera otro razonamiento válido.

Esta descripción de los requisitos que el Derecho exige para que un enunciado forme parte del razonamiento probatorio, en particular por lo que respecta a las conclusiones de este razonamiento, puede ser calificado como una descripción o una concepción recursiva de dicho razonamiento. Destaca también de dicha concepción el hecho de que ésta permite contemplar el razonamiento probatorio como una cadena de (sub)razonamientos. Hernández, R. "El juez, el científico y la búsqueda de la verdad" en Juan García Amado y Pablo Bonorino (coords.) *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Colección filosofía, derecho y sociedad, Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 5-6.

Ahora, el enunciado *Isabel causó lesiones corporales a Pedro*, ya incorporado, conforme al derecho, al razonamiento probatorio en calidad de conclusión, podría ser premisa de otro razonamiento *R*. Supongamos que todas las premisas de este otro razonamiento *R*, no sólo el enunciado *Isabel causó lesiones corporales a Pedro*, son enunciados que han sido incorporados conforme al derecho al razonamiento probatorio. Si este razonamiento *R* está autorizado por el derecho, la conclusión de *R* cumplirá las condiciones que el derecho exige para ser una conclusión del razonamiento probatorio.

En este caso, el derecho admitirá que la conclusión de *R* sea incorporada al razonamiento probatorio como conclusión de esta cadena de razonamientos. Y, en el caso de que la conclusión del razonamiento *R* fuera efectivamente incorporada al razonamiento probatorio, formaría parte del razonamiento probatorio tanto las premisas como la conclusión de *R*, con lo cual el razonamiento *R* se convertiría en un nuevo subrazonamiento del razonamiento probatorio.

Señala Hernández⁴²⁴, que el razonamiento probatorio partiendo de ciertos enunciados que constituyen sus premisas iniciales, queda configurado como una cadena de razonamientos, todos ellos autorizados por el derecho, y cada uno de ellos con su conclusión, hasta alcanzar la conclusión final de esa cadena, aunque precisa que la mayoría de estos subrazonamientos, integrantes del razonamiento probatorio no son deductivos sino inductivos.

Agrega el autor en comentario, que los enunciados integrantes del razonamiento probatorio se refieren a distintos “hechos del caso” a los que los enunciados probatorios se refieren. Así, desde esta perspectiva se puede decir que “el caso” comienza a configurarse, por un lado, con la selección, autorizada por el derecho de ciertos hechos que forman parte de las pruebas aportadas al proceso; y, por otro lado, con la selección de hechos extraprocesales notorios o admitidos por las partes litigantes. Los restantes hechos extraprocesales del caso deben ser incorporados al proceso de la forma establecida por el derecho y de manera recursiva, esto es, a partir de hechos que ya han sido incorporados al proceso de la forma establecida por el derecho.

Finalmente señala que la concepción de razonamiento probatorio que presenta, se inscribe en las concepciones analíticas del razonamiento probatorio, que conforme a dicha concepción, puede ser calificada de recursiva, los enunciados integrantes del razonamiento probatorio, referente cada uno de ellos a

⁴²⁴ Hernández, R. *Razonamientos en la...* op. cit. p. 175.

un hecho del caso, se van incorporando al razonamiento probatorio progresivamente, uno a uno y de forma independiente de los demás, salvo los iniciales, en enunciados previamente incorporados a dicho razonamiento.

Esta concepción recursiva y analítica del razonamiento probatorio encuentra consagración normativa en el artículo 297 inciso tercero que prescribe que *la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegaren en la sentencia.*

En la jurisprudencia de los tribunales chilenos se aprecia mayoritariamente un rudimentario razonamiento probatorio, omitiendo en algunos casos la generalización empírica a que se recurre para pasar de los enunciados a la conclusión y, por otra parte, soslayando la explicitación de la cadena de razonamientos en qué consiste el razonamiento probatorio según se ha analizado.

Así, por ejemplo, se evidencia en la consideración que sigue: *“...en cuanto a la exigencia de probar la existencia en el interior de bienes aptos de ser apropiados, que en el fallo recurrido se vincula con la concurrencia de apropiación, ánimo de lucro y dolo, con ello también se infringen abiertamente las reglas de valoración anteriormente indicadas, pues conforme a la lógica y la experiencia, debió el fallo razonar que el destino del lugar de que se trata, esto es, uno que funciona como receptor de pagos diversos de diferentes servicios, necesariamente debía contar con el equipamiento mínimo para servir como tal*
 ...⁴²⁵.

También se ha fallado por la misma Corte indicando que *“...lleva ello a una necesaria relación secuencial sin que pueda entenderse que el acusado haya podido ignorar las circunstancias ni los orígenes de los bienes que han sido objeto de los ilícitos, pues además, desde la experiencia, la conducta desplegada por los sujetos, en cuanto reaccionan frente a la presencia policial huyendo, develan un conocimiento concreto de lo que pretendían evitar, esto es, ser sorprendidos en un vehículo que no era de su propiedad, que había sido robado previamente y que además, portaban especies resultantes de un robo con intimidación realizado minutos antes”*⁴²⁶.

⁴²⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 23 de agosto de 2007, Rol N° 1.697-2007.

⁴²⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 30 de mayo de 2007, Rol N° 956-2007.

En ambas sentencias se aprecia la censura a la omisión de explicitación de la generalización o máxima de la experiencia que se aplica a la hipótesis que predicen, que la corrobore y se tiene por probada la conclusión de que dan cuenta, pues en el primer ejemplo, se señala que por ser un centro de pagos necesariamente debía tener dinero y especies materia del robo y en el segundo afirma que la circunstancia de huir los acusados de la policía devela necesariamente un conocimiento concreto de que transitaban en un automóvil que no les pertenecía y con especies provenientes de un delito de robo con intimidación.

González Lagier⁴²⁷ nos indica que “toda argumentación parte de una pretensión, que es aquello que se sostiene, aquello que se quiere fundamentar. Si esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por medio de razones, esto es, hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión, (...) y en ocasiones hay que explicitar por qué las razones apoyan la pretensión, y ello debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una regularidad que correlacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión”.

2.- Los principios de la lógica: el método de la probabilidad inductiva

§79. *En pos de la lógica, pilar del razonamiento probatorio.* Como adelanté, una expresión normativa del método lógico inferencial en que debe consistir la libre valoración racional de la prueba lo encontramos en el artículo 297 del CPP chileno, sin embargo, tal disposición legal nada dice sobre qué debe entenderse por lógica o por principios de la lógica, por lo que es necesario recurrir a la doctrina para delimitar su contenido.

Respecto de las reglas de la lógica, debe considerarse que sus enunciados deben ser diferenciados de algunas afirmaciones corrientes en el lenguaje ordinario que usan la palabra lógica(o) para referirse a comportamientos razonables⁴²⁸, escudándose en aquellos términos para eludir las exigencias de racionalidad, entendiendo cumplido el mandato del legislador, con la mera invocación retórica del término -vacío de contenido-⁴²⁹. Si lo que pretendemos es

⁴²⁷ González Lagier, D. *Quaestio facti*...op. cit. pp. 55-56.

⁴²⁸ Vid. Coloma, R. “Panorama general...” op. cit. p. 24; Cfr. Cerda, R. *Valoración de...* op. cit. p. 42 y Horvitz, M. y López, J. op. cit. p. 335.

⁴²⁹ “No todo lo que la jurisprudencia –o los fiscales o los abogados- en ocasiones califican como ‘lógico’, tiene que ver con estas reglas formales de la lógica, las cuales se refieren exclusivamente a la argumentación. Se suelen confundir las reglas de la lógica con las máximas de la experiencia, y de esta forma se soslaya ilícitamente la explicación de la máxima de la experiencia apelando a una supuesta regla lógica. Así afirmar

vincular estos conceptos con una teoría cognoscitiva de la valoración de la prueba, esta terminología de vulgar utilización, precisamente se usa por los juzgadores para evadir la exigencia de motivación, produciéndose de esta manera -mediante el recurso a lo que es “comúnmente lógico”-, saltos en la cadena argumentativa con todos los perjuicios que ello conlleva⁴³⁰.

Creo que antes de seguir avanzando es necesario realizar una aclaración en orden a la labor específica que cumplen las reglas de la lógica en relación a las generalizaciones empíricas (máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados), para lo cual es de rigor señalar que las primeras fijan un conjunto de razonamientos (formalmente) correctos; un conjunto de razonamientos posibles y, en algún sentido, definen la actividad misma de razonar⁴³¹, por ello se indicó que constituía la estructura molecular del razonamiento probatorio en el sistema de sana crítica racional. Su labor no es proveer de información sobre el mundo, sino que erigen los límites al ejercicio de razonar, definiendo la forma correcta de pensar y usar el lenguaje según el contexto. La lógica así entendida nos permite conocer, de antemano, qué movimientos o jugadas argumentativas pueden ser calificadas como correctas, posibles o incorrectas o imposibles en un determinado contexto social, es decir, posibilitan el pensar racionalmente, entendiendo la expresión “racional” de un modo amplio, desformalizado e idiosincrásico⁴³².

que quien recibe un paquete postal, con el encargo de recogerlo y darlo a un tercero, es ‘lógico’ o ajustado a las ‘reglas de la lógica’ que conozca el contenido de dicho paquete –por ejemplo: droga-, es incorrecto de todo punto. Independientemente de que del hecho de la recepción o de otros elementos se pueda inferir el conocimiento sobre el contenido, lo cierto es que todo ello nada tiene que ver con la lógica, ni con sus reglas. Como mucho, tendrá que ver con una máxima de experiencia cotidiana: quien recoge un paquete postal habitualmente conoce su contenido –si bien es cierto que si sólo lo hace para entregarlo a su vez a un tercero, no tiene por qué saberlo-”. Sánchez Vera, J. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 166 y ss.

⁴³⁰ Es posible recurrir a la lógica formal, pues ello no resulta impracticable, pues como ordenamiento social coactivo, constituido por normas jurídicas y otras expresiones lingüísticas, el derecho no es ajeno a la lógica (formal). Las normas jurídicas usan, al menos en parte, un lenguaje declarativo, al cual la lógica es plenamente aplicable. A menudo, en lugar de locuciones especiales típicamente normativas, las normas se valen, asimismo, de recursos propios del lenguaje declarativo, como las construcciones en tiempo futuro, para dar expresión a su sentido directivo. Manson, M. *Normas, derecho y lógica*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago, 1998, p. 59. “[E]xisten muchas ‘Lógicas’ distintas aplicables en materia jurídica. Traemos a cuento por ejemplo a la Lógica de la argumentación jurídica, también denominada ‘Nueva Retórica’, a la Semiótica jurídica o análisis lógico del lenguaje jurídico y, también, a la Lógica formal aristotélica que edifica los principios generales del buen pensar a partir de cuatro principios. Faltaríamos a la verdad si no dijéramos que resulta bastante evidente que cuando la doctrina autoral menciona las reglas de la Lógica como parte integrante de la ‘sana crítica’ se está refiriendo a la Lógica formal”. Peyrano, J. “Aproximación a las máximas de experiencia. Su relación con las reglas de la Sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles?”. *Rev. de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, junio 2011, N° 25, pp. 14-15. Lo que debe ser necesariamente matizado conforme el desarrollo de este apartado y los que le suceden.

⁴³¹ Agüero, C. y Coloma, R. “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista chilena de derecho*, vol. 41, N° 2, 2014. p. 681.

⁴³² *Ibidem*. p. 682.

En cambio las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, establecen generalizaciones de cómo funciona normalmente el mundo, funcionan como mecanismos de introducción y clasificación de información sobre el evento a probar, a través de la respectiva inferencia, que es la base del razonamiento lógico⁴³³.

De esta manera y como primera aproximación es factible asignar a cada criterio que contempla el artículo 297 del CPP, su significación y operatividad en el sistema de libre convicción racional.

Así entonces es posible precisar que la prueba inductiva es el procedimiento probatorio basado en inferencias inductivas a partir de otras aserciones verificadas y su resultado es una hipótesis. En la mayoría de las ocasiones, la reconstrucción de los hechos de la causa exige echar mano a leyes que conectan las pruebas existentes (la información disponible) con una hipótesis sobre los hechos, es decir, leyes que establecen que siendo ciertas las pruebas, también lo será la hipótesis sobre los hechos: $p \rightarrow h$.

Sin embargo, pese a su apariencia deductiva, en rigor su naturaleza es inductiva y ello porque las leyes a las que se recurre normalmente no son leyes universales, sino simples regularidades empíricas que establecen solo relaciones de probabilidad, o sea, sólo establecen, de acuerdo a nuestra experiencia pasada, que si las pruebas son verdaderas, es probable que la hipótesis sea igualmente verdadera⁴³⁴.

§80. *Razonamientos deductivos, abductivos e inductivos.* Es posible distinguir un tipo de razonamiento llamado deductivo, éste se puede conceptualizar como aquél en que la verdad de las premisas entraña la verdad de la conclusión, es por tanto de tipo tautológico.

También se indica que es prueba deductiva el procedimiento probatorio basado en una inferencia deductiva a partir de otras aserciones verificadas y su resultado es una conclusión⁴³⁵.

Es visto como un silogismo subsuntivo, (que parece ser una de sus formas básicas) es la forma de razonamiento apropiada cuando conocemos una regla (en el sentido de un enunciado general que correlaciona una clase de individuos con

⁴³³ Vid. *Ibidem*.

⁴³⁴ Vid. Gascón, M. "La racionalidad en..." op. cit. p. 612.

⁴³⁵ Gascón, M. "La racionalidad en..." op. cit. p. 612.

una clase de propiedades) y un caso subsumible en esa regla, y queremos inferir un resultado⁴³⁶.

Los argumentos deductivos se caracterizan porque, dada su forma o estructura, no es posible –sin incurrir en una contradicción- afirmar las premisas y negar la conclusión; dicho de otra manera, la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión (en realidad, porque la información contenida en la conclusión no va más allá de la que ya teníamos en las premisas)⁴³⁷ y, por lo tanto, su aplicación a la argumentación probatoria da cuenta de su falibilidad, ya que la conclusión será cierta sólo en la medida que las premisas lo sean y no es posible predicar en el tema probatorio la verdad de las premisas si no sólo su mayor o menor grado de probabilidad.

Por ejemplo, podemos afirmar “que si una ventana está rota en la casa donde se cometió un delito de robo, ésta es la vía de ingreso”. De este modo, si en la casa de la víctima fue quebrado un vidrio el día de los hechos, se puede inferir que por allí ingresó el autor. Sin embargo, la premisa mayor, que es la máxima de experiencia, no tiene el valor de una ley universal, pues pudo haber una gran tormenta que quebró ese vidrio y varios de las casas cercanas el día de los hechos y que, por tanto, el acusado dice la verdad cuando refiere que ingresó por la puerta que permanecía abierta.

La aplicación de los razonamientos deductivos al campo del derecho resulta muy problemático por variados ordenes de cuestionamientos, el primero y el más recurrente, está constituido porque la lógica deductiva sólo nos suministra criterios de corrección formal, pero se desentiende de las cuestiones materiales o de contenido, que naturalmente, son relevantes cuando se argumenta en contextos que no sean los de la ciencias formales, como la lógica y la matemática.

De esta manera a partir de premisas falsas se puede argumentar correctamente desde el punto de vista lógico; y por otro lado, es posible que un argumento sea incorrecto desde el punto de vista lógico, aunque la conclusión y las premisas sean verdaderas o, por lo menos, altamente plausibles⁴³⁸.

Existe también otro tipo de razonamiento llamado abductivo que es preconizado por algunos autores que estiman que es el método alternativo a la

⁴³⁶ González Lagier, D. *Quaestio facti...* op. cit., p. 65.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ Vid. Atienza, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ed. Palestra, Lima, 2006. p. 43.

inducción y a la deducción⁴³⁹. La abducción en términos simples es la inferencia que formula una hipótesis explicativa y constituye la primera inferencia: la abducción formula las hipótesis, la deducción extrae sus consecuencias y la inducción las evalúa⁴⁴⁰. Se ha dicho también que el razonamiento abductivo, que por ejemplo realizan los jueces, implica que el juez debe pensar las evidencias y los hechos de manera heurística para llegar a la causa desde los efectos⁴⁴¹.

Tuzet⁴⁴² afirma que –en el razonamiento judicial- el papel de la abducción constituye la primera parte del proceso lógico y cognoscitivo que reconstruye los hechos sobre los que se produce el juicio. Además sostiene, que en el proceso de hallazgo del derecho en relación a los hechos puede entenderse que hay un primer momento abductivo y que a la abducción no le corresponde un papel de justificación o fundamentación.

Se ha indicado más gráficamente que la abducción es una inferencia consistente *en pensar hacia atrás*, en hacer conjeturas razonables a propósito de unos hechos observados; o sea en preguntarse qué es lo que los explica o por qué han sucedido⁴⁴³. Tiene lugar cuando encontramos alguna circunstancia muy curiosa que se explicaría por la suposición de que fuera un caso de cierta regla general, y en consecuencia adoptamos esa suposición o en otros términos, en observar un hecho y aventurar qué es lo que da lugar al mismo⁴⁴⁴.

La fórmula específica⁴⁴⁵ de la inferencia abductiva es:

1º) Se observa un hecho sorprendente E.

⁴³⁹ Ha sido Charles Pierce quien más recientemente ha relevado las bondades de este tipo de razonamiento. Cfr. *Deducción, inducción e hipótesis*, Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1970, citado por Gascón, M. “Razonamiento probatorio, ¿deducción? ¿inducción? ¿abducción?” Juan García Amado y Pablo Bonorino (Coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en derecho*, Ed. Comares, Granada, 2014, p. 152 y Vid. Igualmente Bonorino, P. “Sobre la abducción”, *Rev. Doxa*, N° 14, 1993, pp. 211-223

⁴⁴⁰ Tuzet, G. “Usos Jurídicos de la abducción” en Juan García Amado y Pablo Bonorino, (Coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en derecho*, (traducción de María José García y Roger Campione), Ed. Comares, Granada, 2014, p. 123. Igualmente Vid. Bonorino, P. “Ni deducción ni inducción: abducción” en Juan García Amado y Pablo Bonorino (Coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en derecho*, Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 163 y ss.

⁴⁴¹ Larroucau, J. “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista chilena de derecho*, vol. 39, N° 3, 2012, p. 783.

⁴⁴² Tuzet, G. op. cit. p. 124.

⁴⁴³ “Algunos autores, en momentos relativamente recientes, han considerado de utilidad la aplicación de la distinción de Reichenbach [contexto de descubrimiento/ contexto de justificación] al terreno del razonamiento jurisdiccional, puesto que éste –aquí siempre desde la perspectiva del juez- parece articulado en varios momentos, el que precede a la decisión, el de la adopción de ésta y el de su justificación. Estos momentos, en la práctica jurisdiccional son algo más que virtuales, puesto que tiene una dimensión institucional, y una ubicación en sedes orgánicas diferenciadas. Así el contexto de *descubrimiento* se identifica con la fase de la investigación procesal, que concluye con la formulación, y la propuesta, al juez de una hipótesis, que aquí es la hipótesis acusatoria. En este ámbito, el juez o el fiscal investigador opera con la lógica del detective, es decir, la propia del método abductivo, que consiste en ‘razonar hacia atrás’”. Andrés, P. *Los “hechos” en la sentencia penal*, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Ed. Fontamara, México, 2005, p.126

⁴⁴⁴ Gascón, M. “Razonamiento probatorio...” op. cit. p. 152.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

2°) Si H fuese verdadera explicaría que se haya producido E (o sea, E sería algo corriente y no sorprendente).

3°) Por lo tanto hay razones para pensar que H es verdadera.

E (*Resultado*)

$H \rightarrow E$ (*Regla*)

..... [Es probable que]

H (*Caso*)

En los razonamientos probatorios, es muy frecuente que los elementos probatorios hagan solamente probable una cierta conclusión o sean solamente probables a partir de una cierta hipótesis⁴⁴⁶, por lo que las inferencias autorizadas por las pruebas son generalmente no deductivas (salvo en casos muy raros). A su vez las inferencia no deductivas se diferencian en inductivas y abductivas, las primeras son las que generalizan nuestra experiencia y abductivas las que formulan hipótesis explicativas, tiene en común que ambas no garantizan la corrección de sus respectivas conclusiones. Ahora, la conclusión de una inducción es general, mientras las abducciones tienen conclusiones particulares en la medida en que se refieren a hechos concretos que debieran ser explicados con hechos igualmente concretos, o a ciertos efectos que deben ser explicados con ciertas causas⁴⁴⁷.

Señala Gascón⁴⁴⁸ que la abducción se inserta en el discurso del *descubrimiento* de hipótesis explicativas de los fenómenos observados. Los análisis de la abducción han interesado sobre todo en el ámbito científico, donde nos encontramos con un evento E y se trata de averiguar por qué sucede ese fenómeno, cuál es la hipótesis que lo explicaría. Y por eso, señala la autora, también el discurso de la abducción, o del descubrimiento de hipótesis explicativas, se completa con el de la metodología hipotético-deductiva para la comprobación de esas hipótesis. Se trataría de verificar, añade, mediante sucesivas confirmaciones y/o refutaciones, la hipótesis explicativa avanzada.

⁴⁴⁶ ¿Puede suceder que las inferencias probatorias sean de tipo deductivo? Para serlo deberían ser inferencias cuyas premisas, donde aparecen los elementos probatorios, conducen necesariamente a ciertas conclusiones (de las pruebas a las hipótesis), por ejemplo sobre la culpabilidad o no culpabilidad del imputado. O, si los elementos probatorios están en las conclusiones (de las hipótesis a las pruebas), inferencias en las que las pruebas se siguen necesariamente de una cierta hipótesis. Este tipo de razonamientos es muy raro. Vid. Tuzet, G. op. cit. pp. 132-133.

⁴⁴⁷ Tuzet, G. op. cit. p. 133.

⁴⁴⁸ Gascón, M. "Razonamiento probatorio..." op. cit. pp. 152 y ss.

La abducción ha interesado igualmente a los estudiosos de la prueba, donde hay una evidencia E , se trata de averiguar cuál es la hipótesis H que mejor la explica.

Ahora respecto de su utilidad y la afirmación que realizan algunos autores en orden a que es la mejor forma de representar la inferencia probatoria (en desmedro de la inducción), Gascón al igual que González Lagier, estima que una discusión en torno a ello resulta estéril (y muchas veces basa en una confusión entre esquemas lógicos de justificación y esquemas que representan procesos mentales de razonamiento), lo realmente relevante es que, se construya de una manera u otra, la conclusión de una inferencia probatoria, no puede ser una certeza lógica, esto es, siempre será probable, en el sentido de grado de probabilidad⁴⁴⁹.

Prueba de lo anterior, según Gascón, es la fórmula de uno u otro tipo de razonamiento, que nos sitúan en el discurso de la que ha denominado inducción probabilística o en sentido amplio.

La abducción consiste en razonar del siguiente modo:

E

$H \rightarrow E$

..... [Es probable que]

H

La inducción consiste en lo siguiente:

$E \rightarrow$ es probable H

E

..... [Es probable que]

H

Señala Gascón⁴⁵⁰ que decir que H explicaría E (o sea que $H \rightarrow E$), que es la médula del argumento abductivo, equivale a *afirmar si sucede E es probable que suceda también H (o sea que $E \rightarrow$ es probable H)*, que es la médula de la inducción probabilística. Ello es así porque lo que la regla abductiva establece no es que H sea la única explicación posible de E . Establece tan sólo que *es una de las posibles explicaciones de E* , pero no excluye en absoluto que E pueda ser explicada por otras hipótesis distintas a H . En otras palabras, esa regla tan solo

⁴⁴⁹ Gascón, M. "Razonamiento Probatorio..." op. cit. p. 154 y González Lagier, D. "Argumentación y prueba judicial", en *Estudios sobre la prueba*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 106.

⁴⁵⁰ Gascón, M. "Razonamiento Probatorio..." op. cit. p. 155. Agrega que desde el punto de vista lógico, la conclusión de un razonamiento abductivo es también sólo probable, dado que dicho razonamiento constituye una falacia lógica (la falacia del consecuente).

establece que es *probable que si se da E se dé también H*: ($E \rightarrow$ es probable H). Y por consiguiente el argumento abductivo puede ser reconstruido como una inducción probabilística.

§81. *Esquemas de razonamientos inductivos y deductivos*. Se dijo que la inducción agrupa a los razonamientos en los cuales la verdad de las premisas no entraña la verdad de la conclusión, pero es una razón para aceptarla. En razón de ello, la conclusión de una inducción no se infiere con total certeza de las premisas, sino con cierta probabilidad, esto es, si las premisas son verdaderas, la conclusión será probablemente verdadera. Aquí la expresión *probablemente* puede ser sustituida por *razonablemente, normalmente, posiblemente*.

A este sentido de probabilidad se le llama *probabilidad inferencial*, y hace referencia al grado de apoyo o corroboración que las premisas prestan a la conclusión, esto es, al grado de credibilidad racional de la conclusión. Es decir, se entiende por tal “todo aquél tipo de razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado, sino que ése se sigue de aquéllas con alguna probabilidad”⁴⁵¹.

Señala Gascón,⁴⁵² que cuando se afirma que la relación de corroboración entre un elemento de juicio y una hipótesis se expresa en una inferencia inductiva, la forma general del argumento es la siguiente: si hay una conexión causal entre la hipótesis (h) y la prueba (p), de modo que cada vez que h sea verdadera también p será verdadera, y se constata que p es verdadera, entonces existe una razón para pensar que h es verdadera, representándose así el argumento:

$$\begin{array}{c} h \rightarrow p \\ p \\ \hline h \end{array}$$

Agrega que esa representación permite observar que el argumento no demuestra h , es decir, no lo justifica del modo en que una inferencia deductiva justifica la conclusión, se trataría pues, desde el punto de vista de la lógica deductiva de una falacia: la falacia de afirmar el consecuente.

El argumento podría formularse bajo una forma de una inferencia deductiva válida, si se invirtiera la relación estableciendo como premisa mayor, leyes

⁴⁵¹ Gascón, M. “La racionalidad de...” op. cit. p. 613.

⁴⁵² Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 105 y ss. y Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. pp. 128 y ss.

empíricas aceptadas como verdaderas conforme la experiencia acumulada, de modo que se afirmara que cada vez que p sea verdadera h será verdadera ($p \rightarrow h$), sin embargo, no se cambia la naturaleza inductiva del razonamiento, pues no puede establecerse esa clase de relación necesaria y universal, entre un cierto evento y la hipótesis que lo explica, pues las generalizaciones empíricas permitirían establecer sólo la probabilidad de que si p es verdadera h será verdadera (si $p \rightarrow$ es probable h), quedando expresado de la siguiente manera la fórmula del argumento⁴⁵³:

$$\begin{array}{l} P \quad \rightarrow \text{ es probable } h \\ p \quad \quad \quad [\text{es probable}] \\ \hline h \end{array}$$

El argumento, aunque a simple vista luzca como una deducción, no puede demostrar la verdad de h , sino sólo justificar su probabilidad. Esto no implica que deba ser descartado el modelo, sino sólo utilizarse con conciencia de la calidad de sus conclusiones. Por ejemplo: la toma de muestra de sangre fue manipulada, por lo que, la conclusión que señala que pertenece al acusado, es falsa.

Mientras las pruebas que representan la constatación del cumplimiento de una predicción que podría formularse a partir de una hipótesis, aumentan su grado de corroboración; el incumplimiento de una predicción (por ejemplo la hipótesis de que A manejó en estado de ebriedad el vehículo con que arrolló a B causándole la muerte, el resultado negativo del examen de alcoholemia relativo a la ebriedad de A), justifica el rechazo de la hipótesis (en el ejemplo la conducción en estado de ebriedad).

Se trata en la especie de la refutación de una hipótesis, a través de una prueba contraria o contraprueba, (presente en los esquemas de Ferrajoli y Gascón, según fue analizado) y su representación formal podría concluirse en forma deductivamente válida.

$$\begin{array}{l} h \rightarrow p \\ \sim p \\ \hline \sim h \end{array}$$

⁴⁵³ Vid. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 105 y ss.

Si cada vez que h sea verdadera también p será verdadera, y se constata que p es falsa, entonces por *modus tollens* quedaría demostrada la falsedad de h , sin embargo, este resultado aparentemente deductivo, debe ser analizado con mayor detalle, pues supone que la relación entre la premisa y la hipótesis afirmada en la premisa mayor sea verdadera y cuando esa relación se afirma se dan por supuestos ciertos conocimientos previos acerca del mundo –las generalizaciones empíricas que constituyen su garantía-⁴⁵⁴ (en el ejemplo, que cada vez que una persona ha bebido una cantidad considerable de alcohol, el examen de alcoholemia arrojará la presencia al alcohol en la sangre) y ciertas condiciones particulares que deben concurrir para que ocurra lo que se ha predicho (que el examen de alcoholemia, no haya sido adulterado, por ejemplo extrayendo sangre a otra persona), que pueden ser falsas⁴⁵⁵.

Es necesario dejar asentado que en la medida en que la verdad de las generalizaciones empíricas o las condiciones supuestas para realizar la predicción, no puede ser demostrada, sino sólo corroborada en cierto grado, seguimos situados, también cuando se trata de refutación a través de contrapruebas, en el campo de lo probable, de lo plausible.

Se ha señalado con antelación que valorar racionalmente implica un juicio de aceptabilidad de los enunciados fácticos, en base a la confirmación o corroboración que proporcionen las inferencias que nos entreguen los elementos de prueba disponibles y en base a las generalizaciones o máximas de experiencia, por lo tanto, siendo los resultados probatorios aceptables cuando su grado de probabilidad se estime suficiente, los criterios de valoración indican cuándo un enunciado fáctico ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otro enunciado alternativo sobre los mismos hechos.

Ello en un primer momento, que designaría la determinación del apoyo empírico que los elementos de juicio aportados al proceso proporcionan a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto, es decir corresponde al establecimiento de las relaciones lógicas de corroboración entre los enunciados fácticos que se trata de probar y los elementos de juicio disponibles que, sin embargo, en ningún caso pueden demostrar la verdad de una hipótesis, sino sólo la confirman en un cierto grado, como una posible explicación de ese elemento de juicio⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Vid. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 99.

⁴⁵⁵ Ver apartado 1.3 de este capítulo.

⁴⁵⁶ Cfr. Accatino, D. “Forma y sustancia...” op. cit. p. 351.

§82. *La inducción, el razonamiento probatorio y el estándar de prueba.* Lo anterior no es suficiente, sin embargo, para determinar si el apoyo inductivo aportado por los elementos de juicio disponibles a una hipótesis es suficiente para tenerla por probada en el contexto de una determinada clase de proceso, para ello es imprescindible la configuración de un estándar de prueba que nos señale cuándo se ha traspuesto dicho umbral.

Entonces, es inconcuso descartar la obtención de algún tipo de verdad absoluta, sino meramente probabilística: “la valoración de la prueba ha de concebirse (en un primer momento) como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos”⁴⁵⁷, siendo exigencia ineludible en la valoración de la prueba un segundo momento que considere un estándar de prueba para dar por concurrente la hipótesis de la acusación y por derrotada la presunción de inocencia.

Acoger metodológicamente el carácter de inferencia inductiva de la averiguación de los hechos, “supone a la vez asumir algo que, no obstante su aparente obviedad, tiene una relevancia que no debe desconocerse. Me refiero al dato de que con ello se sitúa reflexivamente el quehacer cognoscitivo del juez respecto de los hechos en el ámbito de las *explicaciones probabilísticas*, que son las que permiten afirmar algo, pero sólo, y si la derivación es correcta ‘con un alto grado de probabilidad’, y quizá con ‘certeza práctica’, (...) de ello se sigue una consecuencia que no debe perderse de vista: probabilidad implica un margen de incertidumbre y de libertad de elección entre opciones”.⁴⁵⁸

En la materia que nos ocupa, es decir la posibilidad de controlar las conclusiones sobre un determinado enunciado de contenido fáctico, la conceptualización anterior es de suma importancia, de modo que aun si recurrimos al método deductivo para presentar la inferencia probatoria podremos, tal como se ha adelantado, comprobar su falibilidad: por ejemplo la premisa mayor es “que cada vez que un homicida mata a alguien, huye del lugar momentos después del hecho, con el arma utilizada”; premisa menor: en este caso un testigo vio salir a Ticio con un arma de fuego momentos después de que Cayo resultó muerto por un disparo y la conclusión es: Ticio mató a Cayo. Sin embargo, aunque el hecho de que una persona salga del lugar del homicidio con un arma en la mano momentos después de la muerte, normalmente tendrá lugar porque esta

⁴⁵⁷ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 161 y 179 y ss. vid. Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. pp. 145 y ss.

⁴⁵⁸ Andrés, P. “Acerca de la motivación de los...” op. cit. pp. 282-283.

persona dio muerte al occiso, tal afirmación no tiene el valor de una ley universal o científica, de modo que sólo podemos concluir a partir de esa generalización cierta probabilidad de esta conclusión, más no su verdad absoluta ni la certeza demostrativa de ella.

Así las cosas el método de corroboración de hipótesis habilita a asignar grados de corroboración a una hipótesis sobre la ocurrencia de los hechos, por ende la evaluación de las distintas hipótesis plausibles imaginables, de las predicciones que permite formular, la constatación de cumplimiento o incumplimiento de esas predicciones, posibilita al juez la determinación de la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, dados los elementos de juicio disponibles.

Como una metodología inductiva no habilita para adquirir certezas acerca de la verdad de una hipótesis, es insoslayable fijar el umbral a partir del cual estamos habilitados para aceptar una hipótesis como probada y este baremo es el estándar de prueba.

3.- Las generalizaciones empíricas

§83. *Posibilidad de dotar de contenido a las máximas de la experiencia.* Siguiendo a Victoria Iturralde⁴⁵⁹ las máximas de la experiencia corresponden al sentido común, que es un conjunto heterogéneo entre los que hay datos científicos y leyes naturales, generalizaciones justificadas e ilaciones sin fundamento, valoraciones morales y prejuicios, proverbios obtenidos de la sabiduría popular, ideas obtenidas de los medios de comunicación y vulgarizaciones pseudocientíficas de todo género, añadiendo que la credibilidad de las pruebas, la confirmación de un determinado acontecimiento, la verosimilitud de un relato de los hechos, etc. vienen determinadas por una serie de presupuestos e inferencias realizadas por el juez en base a nociones, reglas, máximas, valoraciones, que representan el patrimonio de la cultura media que normalmente se designa como sentido común⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Vid. Iturralde, V. "Justificación judicial: Validez material y otras razones", http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/09iturralde.rtf, pp. 139 y ss.

⁴⁶⁰ Para los efectos del presente trabajo dejaré de lado las leyes científicas, pues es materia que no puede ser abordada en esta acotada investigación, tampoco se analizarán las generalizaciones sin base empírica o espurias, como los meros prejuicios, pues al no contar con valor justificatorio, no son útiles en esta investigación, centrándome en las generalizaciones no espurias o con base empírica cuyo tratamiento aunque someramente, aquí resulta, además de interesante, imprescindible.

Si se atiende a lo señalado con precedencia, “las máximas de la experiencia” no resultan del todo delimitadas, es por ello que se suele recurrir muy frecuentemente a lo que señala sobre el particular Friedrich Stein⁴⁶¹, según el cual éstas “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.

Sobre esta conceptualización señala Perfecto Andrés Ibáñez⁴⁶² que en una primera aproximación la noción apunta a algo tan obvio como que resulta impensable que alguien –incluido el juez- pudiera prescindir, en el ejercicio de cualquier actividad de indagación o valoración, de los datos o el bagaje de conocimientos que proporcionan la experiencia socialmente acumulada.

Las máximas de la experiencia entonces corresponden a generalizaciones sobre la forma como entendemos el mundo y el rol que juegan en el razonamiento probatorio es haciéndolo posible, pues la confirmación de una hipótesis, es el resultado de la conexión entre un elemento de juicio y la hipótesis a confirmar, a través de una regla que las vincula (regla de conexión o generalización empírica). Se debe volver a precisar, por cierto, que no es posible mediante la aplicación de la máxima de experiencia obtener un resultado cierto, si no a lo más probable, y por ello no es posible afirmar que la hipótesis resulta confirmada sino, en rigor, a lo más corroborada⁴⁶³.

La máxima de la experiencia responde al esquema de la inducción inferencial, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, produce únicamente conocimiento probable, lo cual no le priva de valor en la experiencia procesal, al contrario, permite atribuirle el que realmente puede corresponderle y, en esa misma medida, tal reconsideración de su significación se inscribe en los

⁴⁶¹ Stein, F. *El conocimiento privado del juez*, Ed. Temis, Bogotá, 1988, p. 27.

⁴⁶² Andrés, P. “Acerca de la motivación...” op. cit. pp. 286-287.

⁴⁶³ Vid. Andrés, P. “Acerca de la motivación...” op. cit. pp. 287-288. Este autor la integra al razonamiento probatorio indicando que la elaboración doctrinal de las máximas de la experiencia consiste en “traducir en reglas lógicamente determinadas el criterio del *id quod plerumque accidit*” y que por esa vía una vez traducidos a reglas generales los criterios extraídos de la experiencia, el juicio de hecho recibía cierta normativa y el tratamiento lógico de una inferencia deductiva, de la que la máxima de experiencia venía a constituir la premisa mayor. No puede pasar tampoco desapercibido, agrega, que la misma, además de la función reconocida de propiciar el control lógico del juicio, tiene una clara dimensión ideológica: atribuir al conocimiento judicial del dato empírico una calidad de certeza (deductiva) que no tiene en absoluto. Y no la tiene porque la *ley* en que se traduce la máxima de experiencia no es una ley “de forma universal”, sino el fruto de la constatación de cierta regularidad en la forma de producirse determinados fenómenos o comportamientos.

parámetros en base a los cuales opera el razonamiento probatorio en el sistema de libre valoración racional.

§84. *Diferenciando las máximas de la experiencia de los meros prejuicios.* Es imprescindible en este análisis excluir del concepto de máximas de experiencia a los simples prejuicios sin sustento, pues ellos nos conducen a un razonamiento circular, lo que no ocurre con las primeras. Igartua proporciona un ejemplo bastante explícito y recurre a una máxima prejuiciosa que manejaban algunos tribunales italianos al enjuiciar asesinatos mafiosos: “‘un capo no puede ser ajeno al asesinato cometido por uno de su banda’ y que en realidad conduce a esta pescadilla que se muerde la cola: ‘como está probado que el asesino Pepone es sicario del jefe Capone, hemos de *suponer* que Capone estaba al tanto del asesinato perpetrado por Pepone, pues se *supone* que es el capo quien autoriza los asesinatos cometidos por gente de su banda’. Es decir, que una *suposición* (Capone autorizó el asesinato realizado por Pepone) no tiene más sustento que otra *suposición* (que en una banda mafiosa, la decisión de asesinar no se toma sin el visto bueno del capo). En cambio, una máxima de experiencia (que se basa en *constataciones*, no en suposiciones) elude limpiamente el riesgo del razonamiento circular: así podemos razonablemente suponer que Filomena ama a su hijo Pascual porque tenemos comprobado hasta la saciedad que ese el comportamiento *habitual* de las madres”⁴⁶⁴.

Este ejemplo, insoslayablemente debe ser matizado con la siguiente reflexión, la generalización que indica que las madres aman a sus hijos, es una generalización que no cuenta con una base estadística, sustentada en un estudio que señale que el 98% o el 95% o el 80% de las madres se encuentran dentro de este aserto, sino que es algo que se basa en ciertas constataciones fundadas en la experiencia continuada de los juzgadores o de la comunidad en general, no se funda en simples suposiciones, sino en constataciones empíricas. Este mismo argumento puede ser replicado respecto del capo que no puede desconocer el asesinato que un sicario de su banda haya perpetrado, pues es una afirmación que puede surgir de la constatación empírica o experiencia del juzgador en una cierta comunidad, que se tiene constatado de un número amplio de casos.

Ello es distinto del caso en que el juez afirme que el testigo miente pues mueve demasiado sus manos al declarar, ello no es fruto de una constatación,

⁴⁶⁴ Igartua, J. *El Comité de derechos...* op. cit. p. 117.

sino que constituye un mero prejuicio o suposición sin base empírica y no es una inferencia válida que aporte valor justificativo a la decisión.

Lo característico de los prejuicios es que carecen de base empírica o ésta resulta insuficiente, en cambio las máximas de la experiencia son reglas que se extraen de la realidad empírica observando numerosos y similares casos reales⁴⁶⁵.

§85. *Diferenciando máximas de experiencia de conocimientos científicos.* Las máximas de la experiencia es posible extraerlas de todos los campos: del saber técnico, de los conocimientos comunes, de la moral, de la psicología o de la economía⁴⁶⁶ y el concepto destaca especialmente “el origen de la regla que se logra mediante la inducción, es decir mediante la conclusión extraída de una serie de percepciones singulares y referible a casos análogos todavía no observados”⁴⁶⁷.

En el sistema de sana crítica racional, las máximas de la experiencia constituyen su corazón, sin ellas no es concebible, permitiendo “saltar del dato expresado en un enunciado probatorio concreto, que se conoce y del que se parte, a otro u otros datos cuyo acaecimiento en la realidad se trataría de acreditar, es la mediación de un universal”⁴⁶⁸.

Así las cosas, es imprescindible a los efectos de esta investigación delimitar las máximas de la experiencia o generalizaciones de los conocimientos científicos⁴⁶⁹, señalando Igartua “Si ya en el continente de las máximas de la

⁴⁶⁵ Entonces, es posible afirmar que “percibe a veces la mente humana relaciones no simplemente *ordinarias* sino *constantemente*, y en este caso el indicio no es contingente, sino necesario. Así, de la observación de ciertas leyes inmutables acerca de la manera cómo nace el hombre, se deriva una cadena de indicios necesarios; y en esa forma, la gravedad de la mujer, o mejor, la existencia del feto en gestación en el útero de ésta, es indicio necesario de su unión carnal con un hombre”. Framarino, N. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Ed. Temis, Colombia, 2002, p. 259.

⁴⁶⁶ Vid. Carnelutti, F. *La prueba civil*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1982, p. 65.

⁴⁶⁷ Carnelutti, F. *La prueba...* op. cit. p. 66.

⁴⁶⁸ Andrés, P. “Sentencia penal...” op. cit. p. 12.

⁴⁶⁹ Resulta profusa en la doctrina la alusión a los conocimientos científicos como uno de los cánones de racionalidad que constituyen uno de los cimientos de la libre valoración de la prueba, pudiendo concordarse, además, con Michele Taruffo en orden a que hoy en día la ciencia ha alcanzado estratos altísimos de sofisticación y que ha ampliado su campo de investigación a niveles más nuevos y vastos. Taruffo, M. *Simplemente la verdad...* op. cit. pp. 240. “La incidencia de la prueba pericial en el proceso penal ha registrado en estos años un crecimiento notorio, debido en gran medida a que el derecho penal se ha abierto a la tutela de nuevos bienes jurídicos de carácter fundamental, como la calidad del medio ambiente, frente a inéditas modalidades de conductas e incluso de riesgos, cuya determinación obliga con frecuencia a poner en juego procedimientos de detección y análisis de particular complejidad y también por la presencia de nuevos delitos cometidos con medios técnicos de cierta, a veces, notable sofisticación”. Andrés, P. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Ed Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 164. Vid. Gascón. M. y Lucena, J. “Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma”, *Rev. Jueces para la democracia*, 2010, N° 69, pp. 95-106, Duce, M. *La prueba pericial*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2013. Sobre el particular un muy acabado estudio: Vázquez, C. *De la prueba científica a la prueba pericial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015. pp. 25-70 y 277 y ss.

experiencia, deseamos desgajar las reglas *científicas* de las generalizaciones que alumbró la *experiencia común*, precisamente de algún otro rasgo distintivo que podría ser éste: mientras que las reglas científicas aspiran a la *universalidad*, las máximas de la experiencia común se conforman más modestamente con la *habitualidad* (palabra más neutra que ‘normalidad’). Lo cual se traduce en que: mientras las reglas científicas no admiten excepciones (ante una excepción, la regla científica se abandona o se modifica), las máximas de experiencia común han de convivir con ellas”⁴⁷⁰.

Entonces, es posible predicar que el rol de las máximas de experiencia en el razonamiento probatorio es similar al que cumplen los conocimientos científicos, sólo que aquéllas pueden identificarse con lo que, conforme a las vivencias del juez de los hechos o de quien invoca su aplicación, corresponde a lo que normalmente ocurre en el mundo, en cambio, los conocimientos científicos tienen pretensión de universalidad, de modo tal que si pierden esa característica, pueden transformarse en máximas de experiencia, perder el carácter de conocimiento científico o mutar a otra teoría.

3.1.- La expresión de las máximas en la fundamentación

§86. *¿Cómo operan las máximas de la experiencia?* Es posible también distinguir, especialmente en el discurso jurisprudencial, la existencia del llamado “salto al vacío”⁴⁷¹ y la legitimidad, en ciertos casos, del razonamiento entimemático⁴⁷², que suele aparecer en la tarea probatoria.

Es fundamental tener presente que, en el sistema valorativo de la sana crítica racional o libre convicción racional, contemplado en ordenamiento positivo chileno, -artículo 297 del CPP- se exige la reproducibilidad del razonamiento. En lenguaje normativo “*la fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia*”, lo que se condice con los requerimientos doctrinarios de motivación y justificación. Se impone al adjudicador como exigencia, exponer y explicitar las razones que

⁴⁷⁰ Igartua, J. *El comité de derechos...* op. cit. p. 118. Vid. De Asís, R. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 147

⁴⁷¹ Tomo la expresión de Igartua, J. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2003, p. 150.

⁴⁷² “Entimema: l.m. *Fil.* Silogismo abreviado que, por sobrentenderse una de las premisas, sólo consta de dos proposiciones, que se llaman antecedente y consiguiente, p. ej., *el sol alumbró, luego es de día*”. Diccionario de la Lengua Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=entimema>

constituyen buenas razones para aceptar como probable –en grado suficiente- un enunciado fáctico, principalmente porque permite un control intersubjetivo del discurso probatorio.

Siendo así, por razones de economía argumentativa, es lícito aceptar omisiones en el razonamiento probatorio, generalizaciones que pueden obviarse en aquellos casos que resulten sobreabundantes, a la luz de la evidencia de las premisas, como ocurriría en el caso de máximas de la experiencia muy aceptadas o de uso común, tales como aquella que señala que a medianoche el sol se ha ocultado y está oscuro, aquella que predica que si alguien está siendo objeto de una autopsia, no está vivo o aquella que afirma que si hay huellas dactilares al interior de un inmueble, es porque a quien pertenecen ha estado en su interior. En estos casos no resulta necesario enunciar las máximas de la experiencia utilizadas para pasar de la evidencia o elemento de prueba al resultado fáctico, pues cuando se exige que sea completo el discurso valorativo, tal exigencia se refiere a un razonamiento racional y reproducible.

Entonces teniendo presente la exigencia de la reproducibilidad del razonamiento, sólo deben enunciarse las máximas de experiencia que no resulten obvias y que necesiten explicitación, de lo contrario el trabajo valorativo y de motivación se tornaría en extremadamente dificultoso y extenso, pues importaría exponer cada una de las generalizaciones aplicadas a las conclusiones, aunque éstas resulten evidentes.

Tal procedimiento no es exigible si el razonamiento es reproducible, lo cual constituye la clave fundamental para fiscalizar cómo se razonó respecto del juicio de hecho.

Sin embargo, en aquellos casos en que la máxima de la experiencia no fluye autoevidente, es necesario expresarla y señalar como de ella –en conexión con el enunciado que se pretende probar- se extrae la conclusión, en estos eventos de ausencia de explicitación puede hablarse con más rigor de –como lo indiqué- un “salto al vacío” presente en el razonamiento o la cadena argumentativa probatoria, lo que debe ser completado con el razonamiento inferencial apoyado en las correspondientes máximas de la experiencia.

3.2.- Algunas dificultades a que pueden estar expuestas las máximas de la experiencia

§87. *Clases de máximas de experiencia. Sólidas y no tanto.* Respecto a este punto, y como adelantamos, no todas las máximas prestan el mismo grado de corroboración a la hipótesis sobre las que recaen, es posible distinguir calidades entre ellas, vinculado al grado de apoyo inductivo que otorguen al respectivo enunciado.

Según Taruffo e Iturralde⁴⁷³, el empleo racional de las nociones de sentido común (máximas de experiencia) requiere: i) que sean máximas comúnmente aceptadas en el ambiente sociocultural en que se desenvuelve el juez, de manera que se pueda decir que constituyen el patrimonio de la cultura media en ese tiempo y lugar, ii) que dichas máximas no hayan sido falsadas por conocimientos científicos, y iii) que no entren en contradicción con otras máximas igualmente aceptadas.

El primer problema que debe enfrentar la noción de máxima de experiencia es la escasa nitidez de sus fronteras, pues en numerosas oportunidades el juez se basa en referencias a nociones de sentido común a las que también se les denomina *nozioni di comune esperienza* (italiano) *background knowledges* (inglés), *Erfahrungssatze* (alemán), que en cada caso se trata del conjunto de conceptos, informaciones, reglas, máximas, valoraciones, que representan el patrimonio de cultura media que por sí sola, designa al sentido común, cuyo contenido varía en el tiempo y en espacio, y es contingente en función de las transformaciones de la cultura media en el ambiente social donde opera el juez⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Taruffo, M. *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 251 y ss. e Iturralde V. op. cit. p. 139

⁴⁷⁴ Vid. Taruffo, M. *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas...* op. cit. p. 249. “El intento más claro de racionalizar el recurso del juez al sentido común en el contexto probatorio ha sido la elaboración del concepto de ‘máxima de experiencia’; propuesto inicialmente por Frederick Stein, en su famoso libro sobre la ciencia privada del juez”. Taruffo, sin embargo, afirma que el concepto de máximas de experiencia elaborado por Stein resulta un fracaso, por cuanto su definición no funciona en la gran mayoría de los casos, pues se ha hecho un uso ambiguo de la expresión, incorporando en él generalizaciones espurias, esto es, sin fundamento, vagas, dudosas en cuanto a su generalidad y que pueden ser contradichas por otras generalizaciones del sentido común o por una serie de circunstancias específicas.

En dicho orden de cosas, indica, que el sentido riguroso de máxima de experiencia dado por Stein, es aquél que lo vincula como una regla general derivada de la experiencia, es decir, inductivamente construida con base en la experiencia de cada caso concreto, obtenidas a partir de un gran número de casos particulares y dotadas de cierta generalidad.

Esta concepción es criticada encarnizadamente por Taruffo, predicando que el concepto es más engañoso que útil, pues trasmite la impresión que una inferencia basada en una máxima es productivamente válida porque es derivada de una premisa general, aunque –afirma– la mayor parte de las máximas no son generales. Añade que esa impresión se basa en la confusión entre generalidad y generalización, en un contexto en que las generalizaciones son usualmente infundadas.

El concepto de máxima de experiencia deriva por vía inductiva de la experiencia, siendo una expresión de *id quod plerumque accidit*, la cual tenía una función muy específica fundada en el modelo silogístico, sin embargo, “cualquier análisis sintético de todo lo que circunda a la noción de ‘máxima de experiencia’, demuestra que en ella se producen las cosas más diversas y extrañas, frecuentemente privadas de cualquier credibilidad, ya sea por errores, prejuicios, generalizaciones infundadas o simplificaciones indebidas”⁴⁷⁵.

Ahora, predica Taruffo, si sólo se quisiera hablar de máximas de experiencia con el afán de dotarlas de validez cognoscitiva, se recuperaría y reduciría una noción más aplicable y racional del concepto, incluyendo en ella solamente los *background knowledges* que realmente merecen ser denominados como máximas y que pueden ser usados como premisas de inferencia deductiva, excluyendo así gran cantidad de nociones generales de sentido común, que no son vinculables de ningún modo a leyes o reglas generales que cotidianamente utilizan los jueces⁴⁷⁶.

A fin de proceder a la utilización- que es insoslayable- por el juez de estas nociones de sentido común y, a fin de posibilitar su controlabilidad, deben reunir ciertos requisitos o condiciones mínimas, a saber:

§88. *Que sean máximas comúnmente aceptadas en el ambiente sociocultural en que se desenvuelve el juez.* Es preciso determinar cuál es el grado de apoyo empírico con que cuenta esa máxima. De este modo, “la conclusión ‘Ticio ha matado a Cayo’ se encontraría justificada, si del conjunto de la prueba practicada se desprende ese resultado –en virtud de una máxima de experiencia fundada en conocimientos generales o especializados- con un grado tal de probabilidad que permita entender que se trata de la única conclusión razonable”⁴⁷⁷, en el ambiente social y cultural en que el juez de los hechos realiza su valoración.

Por ejemplo aquella que predica que si una persona es encontrada con especies provenientes de un delito de robo, en las inmediaciones del lugar de los hechos y en un tiempo próximo a la perpetración de éste, aquél ha tenido

Añade que nadie sabe la experiencia de quién, por cuánto tiempo, de qué, de cuantos casos, recogida por quién, según que parámetros es necesaria para poder afirmar que ha surgido una máxima, de hecho muchas máximas no están basadas en experiencias reales sino en prejuicios, libretos y estereotipos, y por lo tanto se utilizan contaminadas con los problemas que surgen de aplicar los prejuicios y estereotipos. Cfr .Taruffo, M. *La prueba. Artículos y conferencias*. Nicolás Vera (compilador), Ed. Metropolitana, Santiago, 2009, pp. 159-161.

⁴⁷⁵ Taruffo, M. *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas...* op. cit. p. 250.

⁴⁷⁶ *Ibidem*.

⁴⁷⁷ Fernández, M. *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, p. 262.

participación en el ilícito, es normalmente aceptada en ciertos niveles y tiempos con valor de corroboración en cuanto a la participación de una persona en un delito de robo.

Sobre el particular señala Taruffo⁴⁷⁸ que es preciso que el juez extraiga la verdad de los *background knowledges* de la cultura media existente en un lugar y en el tiempo en que se encuentra, no pudiendo ser usadas nociones ya superadas, falsadas y ya no compartidas ni siquiera a nivel de sentido común.

Añade, a su turno, que una aserción no es verdadera ni correcta sólo porque un cierto número de personas lo cree, así nociones o reglas generales seguidas sólo por minorías religiosas, étnicas e ideológicas, o compartidas sólo por individuos o grupos marginales, son escasamente confiables como criterios generales de juicio, y en todo caso no pertenecen al ambiente social y cultural globalmente considerado.

Si una noción o regla no pertenece al sentido común, no está sustentada en tal presunción y podrá ser usada solo en cuanto exista otro argumento idóneo para justificar su veracidad o confiabilidad. Añade Taruffo, que en la duda si una noción pertenece o no al sentido común, en el lugar y en el momento en que vaya a ser usada, será racional considerarla como carente de legitimación *in re ipsa*, y por tanto, como necesitada de expresa y específica confirmación o justificación. Sólo las nociones e informaciones que sean evidente y claramente patrimonio de la cultura media del ambiente social en el cual se formula la decisión, pueden ser usadas sin específica justificación, por lo menos hasta cuando se aduzcan razones convincentes para excluir su empleo⁴⁷⁹.

§89. *Que dichas máximas no hayan sido falsadas por conocimientos científicos.* En efecto, pueden existir máximas de experiencia que cuenten con gran apoyo inductivo, pero que resultan controvertidas por conocimientos científicos afianzados, en tal caso prima la segunda regla de conexión, siempre que estemos seguros de sus premisas.

Por ejemplo, se suele sostener como máxima de la experiencia asentada en una cierta comunidad que los cambios bruscos de temperatura provocan afecciones respiratorias (gripes, resfríos comunes, etc.). Sin embargo, existen estudios científicos que señalan que no existe una correlación comprobada entre los cambios de temperatura y tales enfermedades, sino que éstas se producen por

⁴⁷⁸ Taruffo, M. *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas...* op. cit. p. 251.

⁴⁷⁹ *Ibidem.*

transmisión de virus de mano en mano, por gotas de saliva suspendidas en el aire o contacto con superficies en que existan virus presentes. De este modo tal conocimiento científico derrota la máxima de experiencia con carácter general y, si el estudio científico está efectuado con rigor y cumple los estándares de científicidad, debe primar.

Un cariz distinto tiene el siguiente ejemplo, tres testigos dicen haber visto a Hugo forzando a María a fin de tener relaciones sexuales con él, señalando que vieron como la golpeaba, que la arrastró a un lugar inaccesible y que después de unos minutos ella salió corriendo, llorando y pidiendo auxilio acusando a Hugo de haberla violado.

Es posible aplicar la máxima de experiencia que indica que cada vez que una víctima de violación identifica sin dudar a un sujeto como su violador posiblemente lo que afirma sea verdad, es decir el identificado fue quien la violó.

Sin embargo, recogidas muestras de contenido biológico de los genitales de la víctima resultó que pertenecían a Paco y no a Hugo.

Lo que ha ocurrido acá, no es que la prueba científica falsee la máxima de experiencia o que ésta sea derrotada por la información que fluye del conocimiento científico aplicado (no se corresponde con la realidad empírica cada vez que una víctima reconocer sin dudar a su violador posiblemente ello sea verdad), solo sucede que en este caso la ley científica hace inaplicable la máxima de experiencia, pues la falsación debe ser con carácter de general echando por tierra la máxima de experiencia.

En cambio, en el ejemplo del testigo del que se afirma que miente al declarar, pues mueve mucho las manos o está nervioso, es posible que con estudios serios de psicología del testimonio o de psicología forense se excluya la correlación entre mentir y mover las manos nerviosamente, pues el nervosismo se puede deber a que declara en favor de un ser querido diciendo la verdad y mantiene grandes expectativas en que al decir la verdad éste pueda ser exculpado, entre otras muchas hipótesis. En este caso los aludidos estudios si falsean la máxima con carácter general.

Por otra parte, si del análisis de ADN practicado sobre las muestras de cabello o sangre encontrados entre las uñas de María, se infiere que tales muestras pertenecen a Paco, el juez no podrá sostener –salvo que así se desprenda de otros indicios igualmente fiables- que no está acreditado que hubo

contacto físico entre María y Paco y dar mayor valor a los testigos que inculpan a Hugo.

En este acápite resulta lúcido lo afirmado nuevamente por Taruffo⁴⁸⁰, en cuanto a que el sentido común puede proporcionar estándares y criterios de juicio hasta cuando haya una buena razón para dudar de la fundamentación y confiabilidad de tales razones. Es lo que sucede con varias reglas de la experiencia que son vulgarizaciones o simplificaciones de leyes naturales o científicas, o que no tienen una base científica pero son, sin embargo, creíbles en cuanto sustentadas por la experiencia y no contradichas (o todavía no contradichas) por la ciencia.

En esos casos, agrega, es razonable admitir que el juez se sirva de ellas en el ámbito del razonamiento probatorio. Pero cuando aparezca evidente que una noción de sentido común está en contraposición con la ciencia, entonces no es posible admitir que el juez se refiera a ella para formular el juicio de hecho.

De acuerdo a este criterio, de un lado, se colige que el juez puede legítimamente acudir al sentido común sólo cuando no disponga (o no pueda disponer ni siquiera por medio de expertos), de conocimientos científicos y, que los límites del recurso al sentido común deben retroceder y reducirse con la extensión progresiva de los conocimientos científicos utilizables como instrumentos probatorios o cuando los conocimientos científicos no sean necesarios, como en el ejemplo de que se ha constatado en un número amplio de casos que las madres aman a sus hijos o en el ejemplo de la mujer violada que reconoce sin dudar a su agresor, pues la ciencia no lo cubre todo, en casos como estos basta la experiencia o el sentido común⁴⁸¹.

De otro lado, se colige que las pruebas científicas están destinadas a ser privilegiadas con respecto a las informaciones o nociones carentes de fundamento científico, cada vez que la ciencia provea criterios relevantes de juicio. El problema entonces se desplaza hacia la elección, la formación y la valoración de las pruebas científicas por parte del juez⁴⁸².

⁴⁸⁰ Taruffo, M. *La prueba. Artículos y conferencias...* op. cit. p. 240; *La prueba...* op. cit. p. 270; *La prueba de los hechos...* op. cit. p. 273.

⁴⁸¹ Es mejor el término máximas de la experiencia, pues nos remite a las constataciones, en cambio el sentido común se vincula más con las intuiciones, que son subjetivas y carentes de apoyo inductivo.

⁴⁸² Agüero y Coloma, traen a colación un ejemplo en que los conocimientos científicos, a su juicio, pueden ser derrotados por la experiencia: por ejemplo, resistencia a la validación de *test* psicológicos extranjeros a la realidad nacional (ello en el supuesto que se asuma que los *test* psicológicos pueden ser considerados acriticamente conocimiento científico). Agüero, C. y Coloma, R. op. cit. p. 698.

§90. *Que no entren en contradicción con otras máximas igualmente aceptadas.* Dentro del esquema de corroboración de hipótesis que se ha analizado previamente, se ha puesto el acento en la garantía del contradictorio y es precisamente en base a él que las hipótesis de las partes están constantemente siendo objeto de “fuego cruzado”, esto es, resulta plausible que las máximas de experiencia en que se apoya la pretensión de una de las partes sea objeto de contradicción por otra u otras máximas, las que deben contrastarse.

Por ejemplo, en casos de delitos sexuales cometidos contra menores por sus cercanos, constituye una máxima de experiencia, regularmente invocada, la que indica que en el caso de separaciones conflictivas, los menores son instrumentalizados por uno de los progenitores, generalmente la madre para que inculpe a su padre, pero igualmente existe la máxima de experiencia que indica que en tales casos, resulta difícil y doloroso para un menor inculpar a su padre y que si logra superar estos sentimientos, normalmente es porque dice la verdad.

Tiene sentido exponer este criterio, porque el sentido común no es un conjunto sistemático de conocimientos coherentes, sino un repertorio fortuito de tópicos distintos y no, necesariamente, compatibles entre sí.

Por otra parte, este criterio no pretende hacer coherente el sentido común, cosa que sería obviamente imposible además de inútil. Más bien, tiende a hacer no arbitraria la elección del juez; si en el sentido común existen criterios, estándares, nociones o valoraciones contrapuestas entre sí, contradicciones o incompatibilidades, esto basta para considerar que ninguno de ellos provea un criterio confiable de decisión⁴⁸³.

Además, cualquier elección del juez que se base en una de estas nociones, sería de por sí arbitraria, porque excluiría sin razón el recurso a otras nociones, distintas y contrapuestas, pero igualmente acogidas por el sentido común. En general, luego, ni siquiera habría allí la presunción de credibilidad asegurada por la experiencia común, si la misma experiencia produce, sobre el mismo objeto, nociones distintas, contrapuestas y contradictorias⁴⁸⁴.

§91. *¿Es posible graduar la solidez o el grado de apoyo inductivo de las máximas de experiencia y en general de la regla de conexión?* Ninguna de estas generalizaciones establece relaciones de necesidad, sino sólo de probabilidad,

⁴⁸³ Taruffo, M. *La prueba. Artículos y conferencias...* op. cit. p. 240; *La prueba...* op. cit. p. 270; *La prueba de los hechos...* op. cit. p. 273.

⁴⁸⁴ *Ibidem.*

pero es evidente que ni todas expresan el mismo grado de probabilidad ni tienen el mismo fundamento cognoscitivo⁴⁸⁵.

En este sentido, por ejemplo, la máxima de experiencia que consiste en que las madres aman a sus hijos, tendrá un grado de apoyo inductivo superior a la afirmación de que el testigo que declara en juicio no tenía nada que perder o ganar y que como generalmente las personas que no tienen nada que perder o ganar dicen la verdad, entonces se concluye que el testigo fue veraz en sus dichos, pues la primera está basada en constataciones empíricas que, si bien no tiene el carácter de universal, hemos podido observar en un número amplio de casos.

Para determinar la solidez de una máxima de experiencia –que es a su vez la conclusión de una inducción ampliativa⁴⁸⁶, por lo que no son necesariamente verdaderas, sino probables- es necesario determinar el fundamento cognoscitivo de ellas, “de manera que se excluyan las generalizaciones apresuradas y los prejuicios”⁴⁸⁷.

Se señala por Ferrer que por supuesto, la garantía inferencial que otorgan unos u otros tipos de generalizaciones no es la misma. Es muy distinta la garantía que nos da una generalización científica sobre el ADN que una máxima de experiencia acerca de la relación entre la veracidad de lo declarado por un testigo y el movimiento de sus manos o la expresión de su cara mientras declaraba. El razonamiento carecerá de toda fuerza inferencial si se basa en generalizaciones extremadamente vagas o espurias como estas últimas⁴⁸⁸.

Distinguiendo las generalizaciones que prestan mayor o menor grado de confirmación al enunciado, es necesario dejar en claro que están en un extremo aquellas que no prestan apoyo de corroboración a la hipótesis -las llamadas “generalizaciones espurias”- que son las que no cuentan con base empírica, como en el ejemplo citado por Ferrer: la forma de mover las manos cuando el testigo declara o la expresión de su rostro, que sin embargo, suele ser considerada fuente de convicción de manera muy frecuente por los tribunales.

⁴⁸⁵ Vid. Gascón, *Los hechos en el derecho*...op. cit. p. 80.

⁴⁸⁶ “En realidad, toda inducción ampliativa se basa en última instancia en una regla autorreferente que afirma que puesto que en el pasado muchas inducciones ampliativas han tenido éxito, las inducciones ampliativas son un método fiable de conocimiento. Esta regla constituye el fundamento de la inducción, pero es un fundamento problemático que genera circularidad, porque ella misma es una máxima de experiencia resultado de una inducción” González Lagier, D. *Quaestio facti*...op. cit. p. 86 (cita n° 36).

⁴⁸⁷ González, D. *Quaestio facti*...op. cit. p. 86.

⁴⁸⁸ Vid. Ferrer, J. *La valoración racional*...op. cit. p. 133.

Es posible también encontrar generalizaciones no espurias, que son aquellas que disponen de una base empírica aunque no sea una generalización universal, “Sostener que los perros *pit bull* son agresivos tiene una base empírica, aunque no todos los perros *pit bull* sean agresivos (y aunque no lo sea siquiera la mayoría). Con ello se quiere indicar que el porcentaje de los perros *pit bull* que son agresivos es mayor que el porcentaje de perros de otras razas que no lo son”⁴⁸⁹.

Esta conducta dispone de una base empírica, sin embargo, no tiene un valor universal y, por lo tanto, el apoyo de corroboración que presta a la hipótesis, será más bien débil.

Es de este último tipo, al parecer, la utilizada por el tribunal de nulidad en relación a la conducta desplegada por el acusado, que señala. “...*la colaboración prestada por el acusado, dejándose fotografiar y asistiendo al reconocimiento sin que hubiera un requerimiento formal en su contra, no se condice con la conducta que guardaría, razonablemente y conforme a lo que indican las máximas de la experiencia, un sujeto que efectivamente tiene responsabilidad en los hechos*”.⁴⁹⁰

Ahora bien, desde el punto de vista causal es posible encontrar máximas de experiencia que establecen que si ocurre un fenómeno le seguirá, con un muy alto nivel o grado de probabilidad otro fenómeno y máximas que correlacionan los fenómenos con un menor grado de probabilidad. De este modo cuanto menor sea el grado de probabilidad causal expresado por la máxima de la experiencia, menor será la probabilidad inferencial con la que se sigue la hipótesis final⁴⁹¹.

Por otra parte, es posible que existan máximas de la experiencia que gocen de un alto grado de solidez, pero que, sin embargo, estén abiertas a excepciones.

Así, si la máxima de la experiencia nos indica que lo que afirma ocurre “generalmente”, de todas formas pueden concurrir circunstancias que descartan esa máxima, es posible identificar excepciones o circunstancias en que ella no tiene aplicación, por consiguiente, es necesario también tomar en cuenta prueba

⁴⁸⁹ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 106. Agrega el autor que: “No toda generalización es una frecuencia estadística, pero toda frecuencia estadística es una generalización”.

⁴⁹⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 28 de mayo de 2006, Rol N° 31-2006

⁴⁹¹ Una situación particularmente relevante en esta materia, a juicio de Taruffo, es la que obliga a distinguir dos características de los criterios que se emplean para formular las inferencias entre hechos: la primera, dice relación con el *contenido* del criterio y, específicamente, al tipo de vinculación que éste establece entre los hechos de la clase X y los hechos de la clase Y, pudiendo existir vinculaciones de orden general, del tipo “siempre que Y, entonces X”, idóneas para fundar inferencias deductivas, o bien criterios estadísticos aptos para establecer la probabilidad/frecuencia de X dado Y, pero normalmente las máximas de experiencia enuncian criterios fundados sobre el *id quod plerumque accidit*, es decir, sobre generalizaciones incompletas o, en cualquier caso, vagas. En todos estos casos, añade, se trata de inferencias inductivas en las que el grado de aceptabilidad de la conclusión (es decir, de la hipótesis sobre X) depende del tipo de vinculación entre X e Y y es, por ello, tanto más bajo cuanto más indeterminada es esa vinculación. Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. p. 272.

auxiliar que se hubiere aportado como elementos de juicio y determinar si han sido descartadas estas circunstancias que excluyen la aplicación de la máxima.

No sólo es necesario, en este caso, tener en cuenta el grado de corroboración sino la eliminación de hipótesis alternativas. Por ejemplo, existían muestras de cabello de Ticio en las uñas de Cayo porque el verdadero culpable las obtuvo con anterioridad de Ticio y las “plantó” en el cuerpo de Cayo para inculparlo⁴⁹².

De este modo, “(...) de la mayor o menor seguridad de la *regla de la experiencia* empleada, depende precisamente el mayor o menor fundamento de la conclusión, es decir, el grado mayor o menor de verosimilitud [corroboración] del hecho aceptado por el juez; cuantas menos excepciones admita la regla, tanto más fácil será que se verifique la concomitancia o la repugnancia del hecho a probar y el hecho percibido, a base de la cual el juez lo refuta existente o inexistente”⁴⁹³.

De lo hasta aquí reseñando, es posible afirmar que la solidez de las máximas de experiencia puede ser graduada, aquellas que se sustentan en un gran número de casos constatados por la experiencia del juzgador, gozará de un grado aceptable de corroboración en cambio otras que se sustentan en un reducido número de datos empíricos, no será tan fiable o deberá ser, a su vez, objeto de prueba, como aquella que afirma que quien se deja fotografiar en pro del esclarecimiento de los hechos, acepta realizar pericias caligráficas o se entrega voluntariamente a la policía, probablemente lo hace porque no tiene participación en los hechos imputados.

En relación a esta materia, Taruffo⁴⁹⁴, cuestiona la utilización de las máximas de la experiencia en el razonamiento probatorio, planteándose válidos cuestionamientos en torno a ellas a los que es difícil encontrarles respuestas aceptables: ¿de quién es la experiencia relevante para la elaboración de una máxima? ¿La del juez? ¿Cuántos casos debe haber visto y decidido el juez para formarse esa experiencia?. O en cambio ¿se trata de la experiencia de un ambiente social o cultural? ¿Cuál? ¿Cuán amplio?. Más aún ¿quién está legitimado para formular la máxima? ¿Es el juez quien se hace intérprete del sentir

⁴⁹² Como por ejemplo en el bullado caso contra O.J. Simpson en EEUU (1994), en que se afirmó que la policía había “plantado” un guante en la escena del crimen que era muy pequeño, según se acreditó, para pertenecer al acusado.

⁴⁹³ Carnelutti, F. *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. I, Colecciones “Clásicos del derecho penal”, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002, p. 67.

⁴⁹⁴ Taruffo, M. *La prueba...* op. cit. p. 268.

social y crea *ad hoc* la máxima de la experiencia? ¿O bien hay otros intérpretes del sentido común legitimados para decir en qué consiste la experiencia de determinados hechos? ¿Son quizá todos los “todólogos” o los “tertulianos” televisivos, o existen “expertos” de la experiencia social?

Es relevante el cuestionamiento formulado por el autor, pues estas preguntas no resultan ociosas y, por ciento, son suficientes para poner en duda el fundamento epistémico de algunas máximas de experiencia, y por tanto, para hacer absolutamente problemático el recurso a las mismas como reglas de conexión para la formulación de una inferencia.

Resulta imperioso señalar, que podría contraargumentarse que las máximas de la experiencia (aun cuando carezcan de apoyo empírico o estadístico) no pueden ser eliminadas del razonamiento decisorio y justificativo del juez, jugando un importante papel en el ámbito de la prueba y su valoración. Son ellas inciertas y peligrosas si se usan acríticamente, por lo que su uso debe ser extremadamente cauto y prudente y sobretodo no debe ser sobrevalorada su fuerza heurística y justificativa, pudiendo utilizarlas el juez haciendo un uso correcto de ellas, lo que implica por ejemplo, si dos máximas se contraponen, deben ser abandonadas o buscar refuerzos en otra regla de cobertura⁴⁹⁵.

Es necesario enfatizar que esta supuesta debilidad de algunas máximas de experiencia como regla de conexión, en cuanto a su contenido y fundamento epistémico, es plausible de superar -o al menor disminuir- en base a la garantía -también epistémica- que constituye el contradictorio⁴⁹⁶.

En concordancia con lo dicho, se debe anotar que cobran suma importancia, en este contexto, las reglas del juicio contradictorio, es decir, la posibilidad que las aportaciones de las partes sean sometidas tanto a discusión como a refutación, a fin de asegurar que las conclusiones a que en definitiva se arribe, sean producto de un proceso cognoscitivamente transitado, capaz de ser explicitado y finalmente controlado⁴⁹⁷.

Se ha afirmado, que es en este momento en el que precisamente el juez está autorizado, obrando siempre con prudencia y equilibrio, a hacer uso de la

⁴⁹⁵ Taruffo, M. *La prueba...* op. cit. p. 270.

⁴⁹⁶ “En el ámbito de la *premisa fáctica*, todos los autores que se han ocupado del tema (Ferrajoli, Gascón Abellán, Ferrer Beltrán, González Lagier, Andrés Ibáñez, etc.) han destacado el valor epistemológico del contradictorio”. Meroi, A. “La imparcialidad judicial” en *VVAA Activismo y garantismo judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009, p. 52.

⁴⁹⁷ “El imperativo de contradicción, ya se ha dicho, es en el proceso bastante más que una exigencia ritual. Representa, en el plano epistémico, la única vía de acceso a un saber de calidad sobre los hechos.”. Andrés, P. *Sobre prueba y motivación. Consideraciones sobre...* op. cit. p. 168.

iniciativa probatoria que suelen proveer las leyes procesales, lo que debe hacerse sin suplir a alguna de las partes en su rol, pero “tampoco salir en ‘blanco’ de la vista en lo relativo a una cuestión relevante para la decisión y llenar ese vacío con elementos de juicio obtenidos particularmente a margen del debate”⁴⁹⁸, lo que obviamente no podrán ser sustento de su decisión, explicitados y controlados oportunamente.

No debe soslayarse el ámbito en que se desarrolla el razonamiento probatorio y sí tener presente que el juez se encuentra frente a una prueba que ha sido dialécticamente elaborada en un proceso contradictorio y los intervinientes, podrán haber discutido la solidez de la generalización en que se funda o haber aportado prueba para descartar su aplicación, de esta manera el contradictorio, que está presente en los esquemas de Ferrajoli y Gascón, cumple un papel innegable en orden a la obtención de la verdad. Es una garantía de verdad.

§92. *Determinando el grado de confirmación que permite considerar fundada a la inferencia.* Frente a los inconvenientes que plantean las máximas de experiencia, se han elaborado criterios que son aplicables a todas aquellas inferencias que no pueden ser fundadas en leyes científicas. Así Taruffo⁴⁹⁹, a quien se seguirá, distingue cuatro situaciones:

a.- Puede ocurrir que las nociones de la experiencia común correspondan en realidad a leyes científicas de carácter universal que se presentan vulgarizadas, como por ejemplo, que los cuerpos pesados caen desde arriba hacia abajo es algo que resulta también de la experiencia. Por ende se trata de una regla general y la

⁴⁹⁸ Andrés, P. *Sobre prueba y motivación. Consideraciones sobre...* op. cit. p. 69. Con mayor detalle Hernández, J. Conocimiento científico y decisión judicial ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces? *Rev. Jueces para la democracia*, N° 54, año 2005, pp. 80 y ss. En Chile la posibilidad de que el juez intervenga en los términos indicados tiene un espacio extremadamente acotado en el proceso penal, pues la iniciativa probatoria judicial no existe y en el contexto de la declaración de testigos y peritos, los jueces del tribunal oral sólo pueden dirigir preguntas aclaratorias respecto de la información ya introducida a juicio, mediante la deposición previa del testigo o del experto, por lo que si las partes no han efectuado preguntas claves a fin de que el deponente explique algún punto sobre el que recaen dudas o le dé coherencia a sus conclusiones, no puede hacerlo el juez, lo que desde la mirada epistemológica puede ser un enclave que conspira en contra del objetivo del proceso penal y de la prueba: la búsqueda de la verdad. Así, Artículo 329 del CPP chileno. “*Peritos y testigos en la audiencia de juicio oral.* Durante la audiencia, los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren...”. “La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes. Los peritos deberán exponer brevemente el contenido de su informe, y a continuación se autorizará que sean interrogados por las partes. Los interrogatorios serán realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego por las restantes. Si en el juicio intervinieren como acusadores el ministerio público y el querellante particular, o el mismo se realizare contra dos o más acusados, se concederá sucesivamente la palabra a todos los acusadores o a todos los acusados, según corresponda”. Añade “Finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos”.

⁴⁹⁹ Vid. Taruffo, M. *Simplemente la verdad...* op. cit. pp. 237 y ss.

inferencia que se formula a partir de ella sigue el modelo *nomológico –deductivo* descrito por Hempel y puede atribuir certeza deductiva a su conclusión.

b.- En otros casos las nociones de la experiencia común corresponden a generalizaciones no universales, pero caracterizadas por un alto grado de probabilidad, confirmado por una elevada frecuencia estadística, como por ejemplo si se ha demostrado que X produce Y en el 98 por 100 de los casos, entonces la generalización correspondiente fundamenta una inferencia que sigue un modelo *cuasi nomológico-deductivo* y la conclusión que de ella deriva es altamente fiable y puede considerarse dotada de certeza práctica aunque no de certeza deductiva propiamente tal.

c.- En algunos casos las nociones de sentido común se fundan en meras generalizaciones que expresan lo que ocurre normalmente –*id quod plerumque accidit*-, de determinados acontecimientos o conductas, pero que no tiene el carácter de universal ni cuasi-universal. En estos casos la inferencia que se puede extraer con respecto a un caso particular no tiene carácter deductivo (ni tampoco cuasi deductivo), y produce conclusiones que pueden tener un grado variable – pero no particularmente elevado- de fiabilidad. A lo sumo ellas confieren un modesto grado de confirmación a las conclusiones que se derivan. Tiene amplios márgenes de incertidumbre⁵⁰⁰.

d.- Finalmente, aunque no se trata de casos excepcionales, las nociones de la experiencia común pueden corresponder a generalizaciones espurias, es decir, a pseudoreglas que carecen de fundamento en la realidad empírica, tratándose de aquellas numerosas situaciones en que estas nociones no expresan sino prejuicios de la naturaleza más diversa: de género, de raza, de religión, de clase y de cualquier otro carácter, que están difundidos en un cierto ambiente social, en un determinado momento histórico. Estos pseudoconocimientos no tienen ningún contenido cognoscitivo y, por ende, ninguna inferencia que tenga la pretensión de alcanzar conclusiones fiables puede fundarse en esta clase de generalizaciones y cualquiera inferencia que se fundara en ellas conduciría a conclusiones completamente erradas y carentes de cualquier grado de confirmación apreciable.

⁵⁰⁰ “[P]ueden estar influidas por juicios de valor, son fácilmente falsificables por una multiplicidad de ejemplos contrarios, y pueden no corresponder en absoluto a los acontecimientos o a las conductas específicas que el juez debe determinar”. Taruffo, M. *Simplemente la verdad...* op. cit. p. 238.

3.3.- Aplicación práctica de las máximas de la experiencia

§93. *Las máximas de la experiencia en la praxis.* Como se señaló, uno de los méritos que posee el CPP chileno es que explícitamente se refiere a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos como patrones o cánones de racionalidad que deben ser respetados en la tarea valorativa.

A pesar de lo anotado, no señala el código qué debe entenderse por tales parámetros, por ello debe recurrirse a las reglas de la epistemología general para la realización de las inferencias correspondientes utilizando adecuadamente las generalizaciones empíricas. Sin embargo, por la aludida falta de explicitación, la forma en que los tribunales chilenos interpretan el rol que juegan las máximas de la experiencia es, sin embargo, errática: en algunos casos se les reduce a su concepción como límite de la actividad valorativa, en otros las aplican difusamente para controlar la razonabilidad del establecimiento de los enunciados fácticos, las entienden en el reducto que implica aplicar las cuatro leyes del pensamiento o derechamente fiscalizan la utilización de máximas de experiencia por el juez de los hechos. En términos generales no se le comprende en su verdadera dimensión, es decir, haciendo operar el razonamiento probatorio inferencial.

Esta omisión está presente en el fallo de la Corte de Santiago, el que en su motivación decimotercera resuelve que *“...en concepto de esta Corte, el fallo no cumple con la exigencia de la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, pues rechaza la declaración de la única persona que vio de muy cerca al acusado, o sea, la persona que lo agredió, reconociéndolo en fotografías y en rueda de presos e identificándolo en el tribunal. De otro lado, este tribunal de alzada no entiende qué habrá querido significar el fallo al señalar que el acusado tiene la “tez mate”, y si eso efectivamente contradice lo aseverado por el testigo en orden a que se trataba de una persona de tez morena. Hay una evidente violación a las máximas de la experiencia si se desecha el testimonio de la propia víctima, quien se vio amenazada por el sujeto activo con un arma de la propia víctima y éste lo golpeó contra un vidrio...”*⁵⁰¹.

Como aparece de la lectura del párrafo transcrito, el tribunal de nulidad no refiere qué máxima de la experiencia habría sido transgredida por los jueces de

⁵⁰¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 10 de noviembre de 2006, Rol N° 1.988-2006. Otro ejemplo lo encontramos en Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 26 de marzo de 2007, Rol N° 475-2007. Se aprecia la revisión de la aplicación de una máxima de experiencia en la sentencia de la misma Corte de fecha 25 de enero de 2011, Rol N° 2.837-2010.

mérito. Tal vez la generalización que se echa en falta consiste en expresar que en la mayoría de los casos en que una persona agrede a otra, teniéndolo muy cerca, el agredido está en condiciones de reconocerlo nuevamente, ya sea en persona, fotografías, etc. ello luego de descartados los errores de memoria, de percepción o la existencia de algún ánimo abyecto.

El fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rechazando el recurso de nulidad del acusador, hace suyas las máximas de experiencia aplicadas por el tribunal de fondo, evidenciándose un avance en cuanto a su delimitación, en tanto señala *“Que por otra parte, se agrega que conforme a las máximas de experiencia se puede señalar que toda persona frente a un requerimiento de autoridad policial ve disminuida su libertad individual o capacidad de autodeterminarse, más aún en el evento de ser la persona privado socioculturalmente y analfabeto, como el acusado de autos, según se estableció en el iter del juicio. Por esto es posible dar mayor valor de corroboración a sus declaraciones prestadas por el acusado en sede Fiscalía y en el juicio oral”*⁵⁰².

Reflexiona el aludido fallo *“Que de la lectura y análisis efectuados por los sentenciadores recurridos (consignados en el motivo decimonoveno) se advierte que la fundamentación de las conclusiones probatorias alcanzadas por el tribunal fue fruto de un proceso intelectual de valoración integral y correlacionada de las pruebas rendidas, el cual se ajustó –en parecer de estos jueces del voto de mayoría- a los principios de ponderación que el artículo 297 del Código Procesal Penal les impone a los sentenciadores del grado”*.

Pese a todo lo que se ha dicho hasta aquí y al carácter objetivo y cognoscitivo del proceso de valoración, ello no encuentra total sustento en la jurisprudencia nacional, en parte de la cual sigue arraigada –aparentemente en forma inconsciente- una noción subjetivista de la prueba.

4.- Crítica al sistema de sana crítica racional

§94. *Apuntes introductorios.* Analizados ya someramente los sistemas de prueba legal y de sana crítica, no es posible concordar con quienes afirman⁵⁰³ que

⁵⁰² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 2 de enero de 2012, Rol N° 240-2011. Igualmente se encuentran máximas de experiencia explicitadas en: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 2 de octubre de 2006, Rol N° 1.634-2006.

⁵⁰³ González, J. “La fundamentación de las sentencia...” op. cit. p. 95, Cfr. Denti, V. *Estudios de derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, pp. 294-295. En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica de fecha 30 de agosto de 2010, Rol 158-210, se afirma que: *“Al efecto debemos recordar que la sana crítica es un sistema de valoración probatoria fundado en la razón,*

las reglas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configurando una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba⁵⁰⁴.

Y no es posible concordar con tal afirmación, toda vez que el sistema de libre apreciación racional, es uno distinto de los otros dos, constituyendo sólo un banal principio negativo que implica la ausencia total de tasas predeterminadas en abstracto por el legislador. Aun cuando este sistema de sana crítica racional no señale nada respecto de cómo valorar, mediante su invocación se recurre a las reglas de la epistemología general, no difiriendo sustancialmente el razonamiento, en materia probatoria, de aquél que se emplea en el campo de las ciencias, existiendo consustancialmente fuertes exigencias de motivación y de control intersubjetivo posterior.

En cambio y, conforme señala Couture⁵⁰⁵, la libre convicción es aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes, pudiendo el juez juzgar los hechos sin necesidad de fundamentar racionalmente sus conclusiones, sin servirse de elementos de convicción que aparecen en el proceso, pudiendo utilizar su saber privado.

Dentro de este método el juez adquiere el convencimiento sobre la verdad de un hecho “por convicción adquirida por la verdad con la prueba de autos, sin la prueba de autos o aun contra la prueba de autos”⁵⁰⁶, en consecuencia “(...) no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida”⁵⁰⁷. Lo anterior, parece ser una completa conceptualización del sistema de íntima convicción, en la que se destaca la absoluta libertad del juzgador –soberanía, en términos jurisprudenciales- y consecuentemente, la imposibilidad de control intersubjetivo posterior.

eminente judicial, que se ubica en una posición intermedia entre la prueba legal o tasada y la íntima convicción”.

⁵⁰⁴ Peyrano, J. op. cit. pp. 12-13.

⁵⁰⁵ Cfr. Couture, E. op. cit., p. 221.

⁵⁰⁶ Couture, E. op. cit. p. 221.

⁵⁰⁷ González, J. op. cit. p. 96.

§95. *Planteamientos doctrinarios que niegan la distinción.* Existen autores que niegan la distinción entre los sistemas de sana crítica y libre convicción. Entre ellos Casimiro Varela⁵⁰⁸ señala que “(...) no existe diferencia entre libre apreciación y libre convicción. Son ideas análogas que en definitiva encierran fórmulas semejantes (...). En efecto, la libertad del juez para valorar las pruebas tanto aparece delineada en la convicción íntima, como en la libre convicción, en las que se quiere encontrar diferencias, pues tanto en una como la otra campea la libertad para la apreciación de las pruebas cuya libertad es la formación de convicción”.

Agrega, sin embargo, Sentís Melendo⁵⁰⁹ que ni las leyes, ni la doctrina, ni la jurisprudencia han podido decir qué es sana crítica. Algunos fallos la identifican con la lógica, otros con el buen sentido, coincide con las reglas correcto entendimiento humano, con la crítica o el criterio racional, se confía a la prudencia, rectitud y sabiduría de los jueces, debiendo en cada caso examinar las circunstancias que lo rodean. En la doctrina el concepto no es menos difuso, ya que algunos hablan de la actividad lógica y psicológica, de la soberanía en la apreciación de las pruebas, en la crítica y el arte crítico de las pruebas, etc.

A pesar de que existe una remisión al cognoscitivismo y a los criterios generales de racionalidad, en los autores citados al parecer existe un sesgo subjetivista, que sólo recurre parcialmente a los cánones mencionados, pues, agrega Varela, que “[c]omo conclusión puede establecerse que frente al sistema de tarifa legal encontramos otro que se ha denominado de la sana crítica, apreciación razonada, libre convicción íntima, por los distintos autores, pero que conceptualmente significa lo mismo en las distintas expresiones, la libertad del juez para la apreciación de la prueba”, poniendo el énfasis ostensiblemente en aquel adjetivo.

Es manifestación de este sesgo, lo afirmado también por Varela⁵¹⁰ en orden a que “[l]a realidad es que para llegar a la valoración de determinados hechos es necesario previamente conocerlos, de donde resulta imposible determinar reglas puramente abstractas si se respeta el principio de libertad en la apreciación de las pruebas, dado el juego que preside el fenómeno del conocimiento, que linda con

⁵⁰⁸ Varela, C. *Valoración de la prueba. Sistemas de apreciación de la prueba. Método evaluatorio. Prueba indiciaria. Documental. Confesional. Testimonial. Reconocimiento Judicial. Pericial. Doctrina. Jurisprudencia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 98 y ss.

⁵⁰⁹ Sentís Melendo, S. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Ed. EJE, Buenos Aires, 1979, p. 266.

⁵¹⁰ Varela, C. op. cit. p. 102.

las esferas psicológica, lógica y ontológica y ninguna de ellas por separado da las respuestas adecuadas al citado fenómeno”.

Fluye que esta concepción de la sana crítica, no es posible vincularla con esquemas extraídos del conocimiento general, en que la lógica constituye la estructura básica o molecular por medio de la cual se desenvuelve el razonamiento probatorio y en que las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos actúan haciendo posible tal razonamiento, erigiéndose la regla de conexión entre unos elementos probatorios y la conclusión extraída de ellos, llegando a afirmar Sentís Melendo⁵¹¹, que respecto de este sistema no necesita el juez de profundos conocimientos de derecho, se trata sencillamente, del juez con buen criterio, de aquél en quien predomina la rápida intuición humana sobre las dotes de inteligencia, el juez que posee sentido de justicia mediante el cual se aprecian los hechos y se *siente* rápidamente de qué parte está la razón.

Se inscribe dentro de los cuestionamientos que la doctrina le formula al sistema de la sana crítica, lo relativo a la carencia normativa que implica su consagración en el texto de la ley, lo que implica que no existe ninguna norma que defina qué son los criterios de la sana crítica o en qué consiste la adscripción por el ordenamiento jurídico a sus lineamientos⁵¹², no obstante, ello puede no ser considerado un defecto de las legislaciones sino el punto de partida de la remisión, en el trabajo valorativo, a los criterios de la epistemología general, según se ha afirmado.

§96. *Los afanes por reducir los principios de la lógica.* En lo que dice relación con los principios de la lógica, numerosos autores⁵¹³ reducen la aplicación de este

⁵¹¹ Sentís Melendo. op. cit. p. 280. (La cursiva fue agregada). En términos generales, el autor pone el acento en la posibilidad o imposibilidad de delimitar el sistema de la sana crítica y sus cánones de racionalidad, por lo que señala igualmente: “Así Caravantes nos lleva a percibir *qué* son las reglas de la sana crítica; pero él ni nadie ha podido establecer *cuáles* son esas reglas. Alguien ha dicho que ‘se intentó formularlas por dos vocales de la Comisión Codificadora, cuando se discutió la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil española, más hubo de desistirse de este propósito ante la imposibilidad de fijarlas de una manera taxativa, y por eso no se hallan determinadas ni en éste ni en ningún otro texto legal’”.

⁵¹² “También hay quien ha llamado la atención acerca de sus inconvenientes. Así, en primer lugar, es necesario señalar que se ha sostenido que la sana crítica se caracteriza por una carencia normativa, en el sentido que provoca un vacío legislativo en lo que respecta a la tarea de valoración de la prueba. Por ello, al juez no le es posible encontrar ninguna norma jurídica que lo oriente o le entregue alguna directiva respecto al modo en que debe realizar su trabajo, de forma que se deja entregado a su suerte, (...) el ordenamiento procesal se niega a exponer el contenido de esa racionalidad y se limita a entregarle todo el peso de este trabajo al juez”. Contreras, C. *La valoración de la prueba del interrogatorio*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2015, p. 145.

⁵¹³ Cafferata Nores, J. *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la ley 23.984*, Ed. Lexis Nexis Desalma, Buenos Aires, 2003, pp. 48, Cerda, R. *Valoración de la...* op. cit., pp. 43 y ss.; Couture, E. op. cit. pp. 191, González, J. op. cit. p. 96, Dall’Anese, F. “Falta de fundamentación en la sentencia y violación de las reglas de la sana crítica” <http://www.cienciaspenales.org/revista6f.htm>, entre otros.

concepto, en el razonamiento probatorio, a la identificación de cuatro principios que no deben contrariarse: el de identidad (una cosa sólo puede ser igual a sí misma), contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia) y del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una proposición ajena a las dos precedentes).

A pesar de su recurrente invocación⁵¹⁴, la lógica no puede ser identificada exclusiva y excluyentemente con estos cuatro principios, pues como señalamos el proceso valorativo se desarrolla, principalmente, a través de la inferencia inductiva, que importa, a falta de una metodología propia del sistema de sana crítica racional que nada dice de cómo valorar, la aplicación en la esfera del razonamiento probatorio judicial de los criterios generales de la epistemología.

De ello nacen las acertadas afirmaciones de Cabañas⁵¹⁵, cuando indica que no resulta conveniente aplicar estos cuatro criterios de forma pura a la cuestión probatoria, eminentemente empírica; no abstracta ni matemática, por lo que ellos pueden verse como una guía, en última instancia representativa de algunos supuestos de máximas de experiencia consolidadas en el tiempo, cuya validez puede ser similar al enunciado de estos principios, y no ve en ellos dentro del campo de la libre apreciación, sino un fenómeno particular de máximas empíricas.

Resulta ilustrativo en este tema el Fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 28 de septiembre de 2011, que acogiendo el recurso de nulidad del Ministerio Público, por voto de mayoría, anuló la sentencia del tribunal oral de esa ciudad, que absolvió a los acusados. El recurso del persecutor se fundó en la causal de nulidad del artículo 374 letra e) del CPP, esto es, falta de fundamentación reconducido a la infracción de los cánones del artículo 297, específicamente expresa el recurso: *“que la sentencia contradice un principio de la lógica, que es el principio de la razón suficiente, según el cual ‘todo lo que ocurre tiene una razón suficiente para ser así y no de otra manera’. Dicho principio habría sido infringido por la sentencia al elevar al grado de duda razonable, circunstancias que no explican la ocurrencia de los hechos enjuiciados de forma*

⁵¹⁴ En la jurisprudencia chilena a partir del año 2010, ha irrumpido con fuerza la invocación de estos principios, entendiendo las Cortes que a ellos se remite el legislador a la aludir a “los principios de la lógica”, como fuera analizado en el capítulo uno de esta investigación.

⁵¹⁵ Vid. Cabañas, J.C. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Estudio dogmático y jurisprudencial. Ed. Trivium, Madrid, 1992, pp. 140-141.

suficiente y por haber preferido estas circunstancias por sobre la explicación entregada por el Ministerio Público, que si era suficiente a juicio del recurrente”.

La sentencia recogiendo la aplicación de este principio razona como sigue: *“Que sobre lo anterior el principio de razón suficiente dice que la realidad es un sistema de partes relacionadas de manera tal que de cualquiera de sus partes se puede pasar a cualquier otro mediante las relaciones que los ligan; la realidad es un sistema debidamente relacionado, concatenado y solidario de partes, es decir la realidad es un universo. Además el principio de razón suficiente es el más importante pues comprende a los de identidad, de no contradicción y del tercio excluido (...)”*⁵¹⁶.

Y agrega: *“Que explicado lo anterior en los hechos de la acusación, que se reproducen en el motivo segundo del fallo, en modo alguno se menciona como hecho que José Aurelio Quidel Millapi hubiera determinado la voluntad de los acusados. Luego es un antecedente extraño a los hechos de la acusación, por lo que cualquier argumentación sobre aquello, resulta (más allá de la dinámica del juicio) una infracción al principio de razón suficiente. El tribunal debía ceñirse a la acusación y comparar ésta con la prueba. Pero este paso lógico no lo realizó”*.

El tribunal de alzada de Puerto Montt⁵¹⁷, resolvió rechazando un recurso de la defensa, en que, entre otras argumentaciones, se invocó infracción al principio de razón suficiente. Señaló la Corte: *“Que, en lo que respecta a la cuantía de las cosas sustraídas, el recurrente alega que el tribunal invierte en (sic) de la prueba y pretende que la defensa se haga cargo de ella, argumentando también que a los sentenciadores les basta los dichos de la víctima para dar por acreditado el presupuesto fáctico del delito y que ello atenta en contra del principio de la razón suficiente”*.

Agrega, después de señalar que los sentenciadores se hicieron cargo de la determinación del valor de las especies, fundado tal aserto resolviendo que “[t]odo

⁵¹⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 28 de septiembre de 2011, Rol N° 780-2011. Ver Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 29 de abril de 2014, Rol N° 90-2014, en que se invocó por el recurrente –el defensor– infracción a los principios de razón suficiente, de no contradicción y de tercero excluido, siendo desestimado por la Corte.

⁵¹⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 20 de noviembre de 2013, Rol N° 318-2013. Igualmente en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 19 de noviembre de 2012, Rol N° 2384-2012, se recurre a los principios identificados, apreciándose en este un mayor grado de elaboración y conclusiones razonadas y explicitadas de que da cuenta el voto de mayoría. Se trata de una causa por delito terrorista en que el fallo desestimó tal calificación condenando, en definitiva al acusado, por delitos contemplados en el Código Punitivo. El recurso deducido por el Ministerio Público y el Ministerio del Interior se funda en la causal del artículo 374 letra e) y 342 letra c) del CPP, por cuanto a juicio de los recurrentes el razonamiento contenido en el fallo infringe los principios lógicos de la razón suficiente y de contradicción; que en esa misma sentencia se razonaría en un sentido que contraría las máximas de experiencia, y finalmente, que se habría omitido valorar parte de la prueba de cargo.

lo anterior a criterio de estos sentenciadores constituye una relación lógica y coherente, y que las razones que entregaron para establecer el valor de las especies sustraídas y que se consignan en el párrafo tercero del motivo octavo del fallo impugnado, resultan suficientes y cumplen con los requisitos que al efecto dispone el legislador (...)” .

En otra arista igualmente crítica, se ha planteado en relación a los principios de la lógica, que es posible sostener que la lógica formal juega un papel bastante relativo en el campo jurídico, pues el razonamiento jurídico en relación al razonamiento deductivo puramente formal, es casi siempre controvertido⁵¹⁸. Se argumenta que sólo en algunas contadas excepciones puede ser considerado correcto o incorrecto de manera impersonal, estimándose que esta relatividad del razonamiento jurídico, ejemplificada claramente por la existencia de buenas razones para considerar también creíble una versión diversa a la que se elige finalmente como verdadera (hipótesis en competencia), motiva, a quienes predicen esta tesis, a la imposibilidad de utilizar a las pruebas como premisas necesarias de inferencias válidas en el razonamiento jurídico⁵¹⁹.

Añaden quienes son proclives a este predicado, que las pruebas no servirían para demostrar la verdad de una hipótesis, de la manera que la verdad puede ser demostrada, por ejemplo en el campo de la matemática, sino únicamente para argumentar con relación a ella y lograr la persuasión de quien debe decidir el caso, poniendo el centro de gravedad en la persuasión, pues la prueba no tendría una función cognoscitiva, sólo meramente argumentativa. Prueba no en su dimensión lógica sino simplemente retórica, destinada a convencer al adjudicador de que considere el hecho como existente⁵²⁰.

§97. *La crítica a la obligación de explicitar la utilización de los parámetros de racionalidad.* Como se dejó asentado el sistema de íntima convicción libera al juez de la obligación de motivar, esto es, de expresar las razones -que deben ser buenas razones- que lo han determinado a arribar a una determinada conclusión sobre los hechos. Lo anterior constituye un sesgo muy propio de aquellos sistemas de convicción íntima o libre convicción, en que mayoritariamente el juez de los hechos corresponde al jurado.

⁵¹⁸ En contrario Pozo, N. *Razonamiento Judicial*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2014, pp. 242 y ss.

⁵¹⁹ Vid. Guzmán, N. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 95.

⁵²⁰ Vid. Guzmán, N. op. cit. p. 95.

En los de sana crítica racional, en cambio, le es inherente al juzgador la obligación de fundamentar, de dar cuenta del proceso lógico inferencial utilizado, de las máximas de la experiencia invocadas, de la conclusión que deriva de la aplicación de determinada teoría científica, también explicitada, esto es, el juez debe ser capaz de “precisar la forma en que operan los criterios generales de la racionalidad epistémica en la articulación de las inferencias probatorias y de las condiciones de aceptabilidad de sus conclusiones”⁵²¹.

Negar esta exigencia es restarle todo valor a la inferencia inductiva analizada, y retomar la impronta subjetivista o íntima en la valoración, en que sólo importa que el adjudicador esté personalmente convencido de la verdad de la proposición formulada. Por ello cuando los autores afirman que es posible soslayar la necesidad de explicitar el razonamiento utilizado y que lo que vale es lo que permanece en el fuero interno del juez, están reconduciendo el sistema de libre valoración racional sólo a la libre valoración y negando toda utilidad práctica a los cánones de racionalidad.

Consecuente con este predicamento se ha afirmado que “(...) tampoco parece razonable pedir que se exprese lo que pertenece a los internos procesos psicológicos de convicción, muchas veces parcialmente objetivables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable”⁵²².

Igualmente se ha sostenido que “[e]l juzgador, lo haga así constar o no formalmente, tiene siempre que razonar en su intimidad sobre las pruebas que se han practicado y sobre el grado de convencimiento que cada una le ha proporcionado y, en función de la plural incidencia de todas ellas, sobre por qué ha llegado a una determinada conclusión y no a otra”⁵²³. El mismo autor ha indicado: “Y preguntamos ¿esta convicción se puede realmente plasmar en la sentencia? En mi opinión, es muy poco lo que se puede decir en este orden de cosas, a veces, nada más que dejar constancia de la impresión general dejada por quienes declararon (...)”⁵²⁴.

Más contemporáneamente también es plausible encontrar opiniones como las vertidas. Así se predica que “el objeto de la labor probatoria no se encamina a la búsqueda final de la verdad última de las cosas sino al simple convencimiento del juez que debe resolver el litigio. (...) el juez debe lograr convicción y, a base de

⁵²¹ Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. p. 120.

⁵²² De la Oliva, A. *Derecho procesal penal*, en VVAA, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1995, p. 515.

⁵²³ Ruiz, E. *Estudios de derecho...* op. cit. p. 267.

⁵²⁴ Ruiz, E. *El derecho penal...* op. cit. p. 109.

ella, decidir el conflicto normando en consecuencia. Con el agregado que la única forma que tiene de hacerlo es explicando razonadamente los motivos que tuvo *in mente* para fallar en un sentido y no en otro”⁵²⁵.

5.- Criterios epistemológicos de control del razonamiento probatorio inferencial

§98. *Razonamiento probatorio probable y ¿controlable?* Se ha indicado que la estructura argumentativa a través de la cual debe resolverse el razonamiento probatorio tiene la forma de una *inferencia*, la cual expresa la relación lógica de confirmación o corroboración entre un elemento de juicio aportado por un determinado medio de prueba y la hipótesis acerca de la ocurrencia de un hecho principal que forma parte, a su vez, de un relato de un hecho principal o de un hecho secundario que, a través, de una nueva inferencia otorgará, corroboración o apoyo inductivo al hecho principal.

Entonces para construir el adecuado razonamiento probatorio en la sentencia, es preciso que las máximas de la experiencia y las leyes científicas operen como generalizaciones que hagan posible la inferencia y, fundamentalmente, que su aplicación sea justificada a través de la motivación, lo que posibilita el despliegue de un control intersubjetivo, cuya base son los criterios de solidez o corrección del razonamiento.

§99. *La base del razonamiento probatorio en un sistema de corroboración de hipótesis que permitiría el control.* Es posible afirmar, desde el punto de vista de la probabilidad inductiva, que la justificación de una proposición fáctica que describe un evento que no es directamente observable, se basa en la constatación, a través de la apreciación de hechos, que dados nuestros conocimientos de cómo funciona el mundo, tendrían que haberse producido si la proposición fuera verdadera. Es decir, la constatación de ciertos hechos, a partir de los elementos de prueba rendidos, corrobora la probabilidad inductiva de una hipótesis.

Entonces, en el modelo de corroboración de hipótesis la aceptabilidad de ésta depende de su grado de confirmación a la luz de los elementos de prueba disponibles, pero además, de que la hipótesis no haya sido refutada por alguna evidencia o elemento de juicio aceptado, a su vez, como verdadero. Señala

⁵²⁵ Alvarado Velloso, A. *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Ed. Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 181-182. .

Gascón que el *test* de la refutación a que se somete la hipótesis constituye la prueba de fuego, para poder aceptarla, relevando la importancia del contradictorio, mismo predicamento que expresa Ferrajoli⁵²⁶.

La confirmación de hipótesis representa una inferencia inductiva, pues se funda sobre leyes estadísticas o máximas de experiencia que conecta la hipótesis con los enunciados probatorios o indicios, y, por tanto, sólo garantiza la probabilidad de la hipótesis en mayor o menor grado, pero nunca su infalibilidad. El grado de confirmación de una hipótesis por las pruebas es, pues, equivalente a su probabilidad (inductiva)⁵²⁷

Cuando se afirma la relación entre la prueba y la hipótesis, no pueden descuidarse los supuestos adicionales -integrados por generalizaciones empíricas, que constituyen la garantía de la inferencia- ni las condiciones iniciales, que pueden ser falsas, pues no obstante que la predicción (resultado de las pruebas) no se cumpla, podría ser igualmente verdadera la hipótesis, pues puede ocurrir que sean falsos los supuestos adicionales o las condiciones iniciales.

Ferrer⁵²⁸ proporciona un ejemplo que es de muy frecuente ocurrencia en la práctica forense y que resulta muy gráfico en orden al predicado que sustenta. Señala: si la policía detiene a un hombre del que sospecha que es el autor de la muerte a tiros, pocos minutos antes, del dueño de una joyería en la que han entrado a robar, puede o suele hacer la siguiente predicción: si el detenido es el autor del disparo (H) y dados los rastros que un disparo deja sobre las manos de quien dispara, que puede comprobarse mediante el procedimiento técnico X (SA), y dado que el autor del disparo no portaba guantes en el momento de disparar (CI), entonces se encontrarán rastros de pólvora sobre las manos del detenido (P). Esta es una predicción constatable, que la policía comprueba. *Si la predicción no se cumple* puede ser falsa la hipótesis, o bien los supuestos adicionales (porque, por ejemplo el tipo de arma utilizada no deja rastros al ser disparada) o las condiciones iniciales (porque, por ejemplo, el sujeto sí llevaba guantes al momento de disparar). De este modo, si la predicción no se cumple, solo si estamos seguros de la verdad de los SA (generalizaciones empíricas) y CI, esto nos llevará a rechazar o revisar la hipótesis. *Si se cumple la predicción*, en cambio, ésta constituye un elemento de juicio a favor de la hipótesis.

⁵²⁶ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 184-185 y Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. pp. 147 y ss.

⁵²⁷ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 179 y 180 y Andrés, P. "Acerca de la motivación..." op. cit. pp. 282-283

⁵²⁸ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 132.

De esta manera aún en el terreno de la refutación, a través de contrapruebas, seguimos en el ámbito de la probabilidad, pues la verdad de la hipótesis, y de los SA y de las CI, no puede ser demostrada, sino corroborada en cierto grado.

5.1.- Valoración individual y conjunta de los elementos de juicio

§100. *Valoración individual y conjunta de los elementos de prueba en el razonamiento inferencial.* Para llegar a una determinada conclusión, por ejemplo, que la persona detenida es el autor de los delitos de robo y homicidio, es necesario que la evidencia, o elementos de prueba se hayan valorado en forma individual y en su conjunto, realizando el razonamiento inferencial de que se ha hecho caudal, que podrá ser de naturaleza inductiva o deductiva, pero siempre probabilística.

Efectuado este procedimiento y habiendo pasado la evidencia principalmente el *test* relativo a la comprobación de grados de corroboración o apoyo inductivo, y por supuesto de relevancia, estará en condiciones de integrar el *factum probandum* final, esto es lo que se denomina valoración individual, la que deberá eventualmente comprender la evaluación de contra pruebas o pruebas auxiliares⁵²⁹, en el ejemplo, que el detenido ingresó a la joyería porque oyó un disparo, auxilió al dueño por lo que manchó su ropa con sangre, forcejeó con el verdadero homicida, le quitó la pistola y luego fue detenido por la policía quien lo encontró en el lugar con el arma al lado de un cadáver, habiendo logrado huir el autor del delito.

Existen, en este caso, sin embargo, contra pruebas, por ejemplo la filmación de las cámaras de seguridad donde se aprecia la intervención de a lo menos dos personas en los sucesos, un forcejeo entre ellas y el cadáver de la víctima, lo que reviste de plausibilidad a esta hipótesis alternativa.

Pero acá no se agota el *iter* valorativo, el modelo permite o, con más propiedad, exige precisar cuáles son los criterios relevantes para determinar el grado de apoyo inductivo aportado a una hipótesis por un conjunto de elementos de juicio. Es necesaria la valoración de todos los elementos de juicio relevantes con respecto a un singular hecho a probar, que integre el relato global de hechos formulados en la acusación o, eventualmente sostenidos por la defensa.

⁵²⁹ Accatino, D. “El modelo legal...”op. cit. p. 132

Advierte Accatino⁵³⁰, en cuanto a la valoración conjunta que la relación de corroboración se establece no en términos globales con la tesis de la acusación o la defensa, sino con los singulares *factum probandum*, en que ellas puedan descomponerse.

Para evaluar adecuadamente y, en el marco de la valoración conjunta de los elementos de prueba, los conceptos claves son, por un lado la riqueza, en términos de cantidad, variedad y calidad de los elementos de prueba disponibles y, por otra, parte la calidad de esas pruebas⁵³¹.

§101. *Posibilidad de afirmar la viabilidad del control en un sistema de corroboración de hipótesis. Descartando mitos.* No es procedente hablar de libertad en la valoración de la prueba, en un sistema de sana crítica racional que adscribe al modelo de grados de corroboración, pues no existe ningún espacio de libertad entregado al adjudicador, ya que cada paso de su decisión debe ser justificado y justificable con los medios que proporcionan estos criterios generales de racionalidad, es decir, el enunciado sobre un hecho debe ser sometido a corroboración mediante la aplicación de la generalización que permita saber si finalmente se cumple la predicción. Pero si la justificación posee errores estructurales o en sus premisas, debe ser posible dar cuenta de ellos a través de un control externo y no permanecer inmutables o petrificados en base a una pretendida libertad sin límites o soberana.

Se dice comúnmente que es posible controlar el *razonamiento*, pero que está vedado al superior controlar si la prueba fue correcta o incorrectamente valorada, ya que se afirma que constituye una actividad privativa de los jueces de mérito⁵³².

En esta línea la jurisprudencia chilena ha resuelto que “*apreciar bien o mal la prueba no se encuentra sujeto al control de esta Corte, pero lo que si este Tribunal*

⁵³⁰ *Ibidem*.

⁵³¹ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 182.

⁵³² “...si se apreció bien o se apreció mal la prueba, por tanto, no es un aspecto que esté sujeto al control de un tribunal superior. Otra cosa es la revisión que éste puede hacer acerca de la relación lógica entre la valoración de la prueba que los sentenciadores hacen y las conclusiones a que llegan en su fallo...” Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletín N° 1.630-07. Tavorari ha señalado sobre este punto que la “ponderación de la prueba efectuada por el tribunal de juicio oral en lo penal, NO ES CONTROLABLE en sede nulidad. Esto importa afirmar que los hechos establecidos en el juicio oral No pueden ser modificados resolviéndose el recurso, sino cuanto ello ceda a favor del acusado. (...) Cuestión diferente es que, por medio del recurso se denuncie que la prueba no fue valorada por el tribunal, porque ello importa un motivo absoluto de nulidad 374 letra d) en relación con el artículo 342 letra c). (...) Insisto, entonces que con el recurso de nulidad se fiscaliza que la prueba se valore, pero no, que se valore adecuadamente y correctamente, porque, aunque sea una verdad manifiesta, no se trata de una apelación. En síntesis, lo que se puede fiscalizar es que el tribunal haya hecho la ponderación de la prueba; incluso, que haya ponderado toda la prueba, pero no si la ponderó bien o mal”. Tavorari, R. “Los recursos en el...” op. cit. p. 405.

*puede hacer es que la libre apreciación de la prueba no entre en contradicción con las limitaciones que el legislador estableció...*⁵³³.

Igualmente se ha resuelto *“El tribunal superior, más allá de que le parezca acertada o no esa valoración, más allá de que comparta o no las conclusiones, no puede alterarlas, porque no presenció el juicio y su mirada es necesariamente mediata”*⁵³⁴.

Conforme al camino recorrido hasta aquí, resulta del todo incorrecto este predicado, pues, precisamente cuando los jueces aprecian el material probatorio, cuando valoran la prueba, deben hacerlo mediante el razonamiento inferencial que ha sido analizado y por tanto, deben dar cuenta si una conclusión probatoria se encuentra justificada, es decir, si ha resultado corroborada la hipótesis explicativa mediante la generalización y si, en definitiva, se cumplió o no la predicción ínsita en la ley general (máxima de la experiencia o ley científica).

Tampoco es posible afirmar que sólo puede controlarse la estructura lógica del razonamiento, pero no la corrección de las premisas o que sólo es controlable la circunstancia de que la conclusión se extraiga de las premisas, pues como se ha indicado hasta la saciedad, la argumentación probatoria es un tipo de razonamiento probabilístico. De esta forma, la verdad de las premisas no entraña necesariamente la verdad de la conclusión y los parámetros de racionalidad nos indican lo que vale como razonamiento probatorio, qué grado de apoyo proporcionan los elementos de juicio a la hipótesis, no pudiendo concluirse la certeza demostrativa de la conclusión pero sí, a partir de la generalización que utilicemos, una cierta probabilidad de ésta.

La convicción racional *“(...) ciertamente, no podría estar sometida a patrones legales de valoración del material probatorio. Pero (...) no puede dejar de respetar las reglas del discurso racional”*⁵³⁵, o en términos de Walter *“la observancia de las leyes del razonamiento no constituyen un límite de la apreciación de la prueba, sino que es inmanente a ésta. O mejor dicho, cuando se trata de la observancia de leyes del razonamiento, no hay lugar para una apreciación”*.⁵³⁶

Andrés Ibáñez proporciona un ejemplo muy clarificador: *N* resulta condenado a partir de la siguiente premisa: es uno de los siete que pueden haber matado a *P*; y le odiaba, al contrario que los otros; es imposible que pueda haber resistido el

⁵³³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 12 de febrero de 2007, Rol N° 8-2007.

⁵³⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 22 de noviembre de 2004, Rol N° 141-2004.

⁵³⁵ Andrés, P. *“Acerca de la motivación...”* op. cit. p. 297.

⁵³⁶ Walter, G. op. cit. pp. 355.

impulso; quien odia de esa manera no pierde cómodas ocasiones de matar,⁵³⁷ conclusión que a todas luces resulta irracional.

Lo anterior, porque cuando se trata de valorar la prueba, lo que interesa no es sólo concluir que hay una cierta relación de corroboración, sino saber cuál es el grado en que ese argumento justifica esa conclusión sobre una hipótesis.

De esta forma, recopilando los conceptos y sistemas estudiados, la única forma en que pueda hablarse de tensión entre libertad de prueba y existencia de control (a través de los recursos procesales correspondientes), es reconduciendo o reduciendo la valoración de la prueba a un sistema subjetivista e íntimo, en que la valoración permanece en el fuero interno del juzgador inefable e inexpugnable.

Siendo la valoración de la prueba, en el sistema que constituye nuestros esfuerzos, una actividad eminentemente racional y objetiva, que excluye toda posibilidad de subjetivismo y de apreciación personal inefable e intransferible, descartándose que la convicción sobre un hecho se adquiera de manera “mágica” en contacto directo con la prueba, no es posible afirmar la existencia de la aludida tensión entre libertad y control, pues ella –categóricamente- no existe.

5.2.- Criterios de solidez del razonamiento probatorio en el sistema de corroboración de hipótesis

§102. *Criterios de control de la solidez del razonamiento probatorio.* Si bien es indiscutible que el sistema de libre valoración racional excluye la existencia de las viejas reglas de la prueba legal o tasada, sin embargo, es posible predicar la existencia de control al razonamiento probatorio, que acá tiene lugar, mediante ciertos criterios que nada tienen que ver con aquellas viejas reglas, pero que permiten medir la solidez del grado de apoyo inductivo o de corroboración que posee una hipótesis. Estos criterios contribuyen a la racionalidad de la decisión y se construyen acorde a pautas de racionalidad epistemológica ofrecidos por algunos lógicos y filósofos de la ciencia, para justificar las inducciones científicas⁵³⁸.

Se han elaborado como criterios de valoración de la prueba o de solidez de la inferencia: a) el fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado

⁵³⁷ Vid. Andrés, P. “Acerca de la motivación...” op. cit. p. 297.

⁵³⁸ Cfr. González Lagier, D. *Quaestio facti...* op. cit. p. 81 y “Hechos y argumentos...” op. cit. p. 44; Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 179-187 y 218-223.

por las generalizaciones (máximas de experiencia o conocimientos científicos); b) la calidad epistemológica de las pruebas que la confirman; c) el número de pasos inferenciales que componen la cadena de confirmación y d) la cantidad y variedad de pruebas o confirmaciones.⁵³⁹

a.) El fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las generalizaciones.

El grado de confirmación de una hipótesis, por cierto, está determinado por la naturaleza y características de las generalizaciones (máximas de experiencia o generalizaciones científicas) utilizadas, adquiriendo especial relevancia su grado de probabilidad y su fundamento cognoscitivo.

Si bien estas máximas o regularidades producen únicamente un conocimiento probable, algunas llegan a expresar relaciones más o menos seguras o precisas; mientras otras, tan sólo expresan toscas o imprecisas generalizaciones de sentido común. Además, en cuanto a la fundamentación, es posible advertir que algunas presentan un fundamento cognoscitivo más o menos sólido, como cuando se trata de la vulgarización de leyes naturales o científicas; pero en otros casos, su fundamentación es mucho más incierta o insuficiente, como cuando se trata de la reproducción de tópicos, refranes, aforismos, prejuicios difundidos, etc. Está claro que mientras más segura y precisa sea la máxima de experiencia utilizada, mayor será el grado de confirmación de la hipótesis, por el contrario, si ella es genérica, vaga y de incierto fundamento cognoscitivo, el grado de confirmación será débil⁵⁴⁰.

Este criterio supone considerar, cuán completa es la prueba, es decir, si el cumplimiento de las diversas predicciones que podría formularse a partir de la hipótesis ha sido efectivamente constatado a través de las pruebas, de modo que la hipótesis logre explicarlas de modo coherente y, además, que no haya contrapruebas que constaten el incumplimiento de una predicción (lo predicado por Ferrer en orden a los SA y CI).

La solidez, a su vez, de las SA y CI incidirá en la probabilidad de la hipótesis.

b.) La calidad epistemológica de las pruebas que confirman la hipótesis.

Es un criterio que ha de incidir en la probabilidad del resultado, por lo que en torno a él se ha señalado que la probabilidad de una hipótesis es tendencialmente

⁵³⁹ Vid. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 180.

⁵⁴⁰ Cfr. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 180; Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. pp. 272 y ss.; Ferrajoli, D. *Derecho y razón...* op. cit. p. 146.

mayor cuando viene confirmada por constataciones o conclusiones que cuando viene corroborada por prueba inductiva⁵⁴¹.

Resulta pertinente en este tema la diferenciación ya anotada, en cuanto a la distinción entre las constataciones, que son aquellas que derivan de la prueba observacional, lo que el juez ha presenciado como la inspección personal del tribunal o la constatación de lo que el testigo o perito declaró en audiencia; las conclusiones que son aquellas que normalmente se extraen de la prueba científica, como por ejemplo los casos de ADN o el examen de alcoholemia y las que se obtienen mediante la prueba inductiva, según se analizó.

Conforme a esta distinción es propio afirmar que la calidad epistemológica de las constataciones y de las conclusiones es mayor que tratándose de hipótesis, lo que puede afirmarse, siempre partiendo de la base que no existan errores de percepción en el caso de las constataciones ni errores de manipulación (voluntario o involuntario) en el caso de las conclusiones, es decir, en la medida que estemos seguros de las premisas. En este último caso, su calidad epistemológica está siempre y necesariamente condicionada a la verdad de las premisas. No obstante, si pudiera sostenerse que las premisas son verdaderas, su calidad epistemológica podría considerarse absoluta, por ser el resultado de una deducción⁵⁴².

Tratándose de la prueba deductiva solo puede hablarse de la solidez de su conclusión en la medida que las premisas de que se parta sean verdaderas, por lo que igualmente en materia probatoria es posible predicar solo la probabilidad del resultado, sigue en pie en esta materia su falibilidad.

Puede resultar verdadera, entonces, desde el punto de vista de la estructura del razonamiento, pero sólo es posible predicar su corrección formal, por ejemplo tratándose de una prueba de alcoholemia, la sangre extraída para tal efecto pudo haber sido manipulada, cambiando las muestras.

Es enfática Gascón⁵⁴³ sobre el particular, por cuanto señala que desde el punto de vista de la aceptabilidad de una conclusión de una prueba deductiva, el punto más débil no lo constituye las reglas universales sobre las que se apoya, sino la posible fragilidad epistemológica de las aserciones (enunciados probatorios) sobre hechos singulares. Así, por ejemplo, la fundada en una regla legal (que tiene la estructura de una regla universal), como ocurriría en el caso de

⁵⁴¹ Vid. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 181.

⁵⁴² Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 94.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 99.

las partidas de nacimiento del Registro Civil para acreditar la mayoría de edad de un sujeto, pudiese en este caso discutirse que el acta haya sido manipulada.

Afirma la referida autora, por un lado, que la fiabilidad de los resultados de una prueba científica dependerá de su validez científica y de su corrección técnica: lo primero, porque muchas de estas pruebas científicas pueden ser realizadas por métodos diferentes y no todos ellos gozan del mismo grado de aceptación en la comunidad científica, de manera que la validez científica del método usado pudiera ser objeto de discusión; lo segundo, porque la aceptabilidad de la prueba, dependerá también de que ésta se haya realizado correctamente, de manera que su corrección técnica podría ser también objeto de debate.

Finalmente, debe insoslayablemente asentarse que la evaluación del apoyo inductivo aportado a una hipótesis por los elementos de juicio disponibles, tiene una dimensión comparativa respecto de otra hipótesis en conflicto, así mayor será la probabilidad relativa de una hipótesis cuanto mayor sea el número de hipótesis rivales, capaces de explicar los mismos datos probatorios, cuya corroboración se haya reducido a través de refutaciones, cuya fuerza eliminadora depende del grado de corroboración, del que, a su vez estén dotadas las generalizaciones y los datos iniciales en que se apoya la predicción incumplida⁵⁴⁴.

c.) El número de pasos inferenciales que componen la cadena de confirmación.

El padre de la concepción racionalista de la prueba Bentham, ya anunciaba este criterio al señalar "...cuantos más eslabones intermedios haya entre el primer hecho circunstancial y el hecho principal, menor será su fuerza probatoria en relación con éste"⁵⁴⁵.

Así, una vez valorada la prueba individual, si la hipótesis que afirma su credibilidad se considera probada, entonces podrán hacerse inferencias a partir del hecho singular que de ella se desprende, tomándola como cierta. Apoya este predicado Ferrer⁵⁴⁶, cuando afirma que esto supone que a cada paso del razonamiento probatorio, que se produce normalmente en cadena, se asumen como ciertas las hipótesis que han sido aceptadas como probadas anteriormente.

Señala González Lagier⁵⁴⁷, que el razonamiento acerca del juicio de hecho resulta ser un método progresivo y complejo, y consta en realidad, de un encadenamiento de argumentos o inferencias parciales. En el extremo inicial de la

⁵⁴⁴ Vid. Accatino, D. "El modelo legal..." op. cit. p. 132.

⁵⁴⁵ Bentham, J. op. cit. p. 166.

⁵⁴⁶ Cfr. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 125.

⁵⁴⁷ Cfr. González Lagier, D. *Qaestio facti...* op. cit. p. 54. y "Hechos y argumentos..." op. cit. pp. 35-51.

cadena, siempre hallaremos la información obtenida directamente a partir de las pruebas practicadas, por ejemplo la declaración de un testigo. En el extremo final, está una hipótesis fáctica principal a demostrar: Hugo apuñaló a Paco. Entre un extremo y otro de la cadena encontramos premisas y conclusiones intermedias, que pueden reflejar un menor o mayor número de pasos inferenciales, dependiendo si el elemento de juicio incorporado, resulta ser prueba directa o prueba indirecta.

El razonamiento probatorio comienza con una inferencia especialmente relevante, que consiste en la determinación de la fiabilidad que se le concede a cada medio de prueba aportado, por ejemplo credibilidad de los testigos o peritos. Para ello, se han de tomar en consideración las más diversas “circunstancias secundarias” o criterios auxiliares (valorando pruebas y contra pruebas en tal sentido) como premisas de las cuales es posible extraer inferencias (intermedias) acerca del grado de aceptabilidad de la prueba⁵⁴⁸, premisas que por cierto se desprenden de las características de cada elemento de prueba; la circunstancia de no tener dificultades de visión, encontrarse a escasos metros del lugar de la agresión y existir luz de día; dota de verosimilitud a sus dichos, al no contener elementos fantasiosos o increíbles a la luz de la lógica o la experiencia, los que además se corroboran con otros datos periféricos de carácter objetivo; haber mantenido una misma versión desde el origen de la investigación, desde los actos anteriores al juicio propiamente tal y que éste sea consistente, por ejemplo tratándose de testigos.

d.) La cantidad y variedad de pruebas o confirmaciones.

Igualmente tratándose de este criterio resulta pertinente acudir a Bentham y sus postulados en torno a la tradición racionalista de la prueba. Señalaba el autor “no hay que excluir ninguna prueba, ningún testimonio por el solo temor de ser engañado”⁵⁴⁹, sin embargo de que ese postulado debe ser matizado, en virtud del reconocimiento y respeto de otros valores, es innegable su contenido epistémico, pues a mayor cantidad y variedad de elementos de juicio, mayor posibilidad existe de acercarnos a la verdad⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Cfr. Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. p. 262.

⁵⁴⁹ Bentham, J. op. cit. p. 441.

⁵⁵⁰ Se ha señalado igualmente que “(...) la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada, y, desde luego, se puede decir entonces, sin temor a equivocarse, que en el Estado de derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio. De todo lo dicho se deduce que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos”. Muñoz Conde, F. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 115.

Coherente con ello, se postula que “la racionalidad indica que cuanto más abundante sea el conjunto de elementos de juicio disponible, mayor será la probabilidad de determinar la verdad de lo ocurrido. Es este un corolario del reino de la epistemología en el proceso, buscado por Bentham, del método ‘natural’ de la prueba”⁵⁵¹.

Este criterio, a mi juicio, resulta bastante claro pues, como se ha afirmado a mayor cantidad de pruebas relevantes, mayor es la posibilidad de acierto en la decisión.

Finalmente se debe considerar, en relación a los cuatro criterios reseñados, que los factores de los que dependerá el grado de corroboración de una hipótesis, resultan útiles de ser considerados tanto al efectuar la valoración individual de la prueba, sea ésta directa o indirecta, como la que recaiga sobre la prueba en su conjunto, y serán relevantes en relación al *factum probanda* global.

Además, debe dejar asentado que la solidez del razonamiento probatorio es gradual en cuanto en una inferencia dada, puede haber más o menos criterios presentes y el hecho de que alguno o algunos de estos criterios esté ausente no es por sí solo razón para rechazar la inferencia y todos los criterios pueden a su vez cumplirse en mayor o menor medida⁵⁵².

§103. *Condiciones imprescindibles para que se despliegue el control del razonamiento probatorio.* Todo el proceso racional y cognoscitivo que implica el razonamiento probatorio en el sistema de sana crítica racional o libre valoración racional, debe a su vez cumplir con un doble presupuesto o precondition necesaria e imprescindible para que se despliegue la aludida censura.

Por una parte, este proceso racional debe ser reflejado íntegramente en el desarrollo de la sentencia, que debe dar cuenta de lo que el juez debe hacer para arribar a una conclusión sólida, es decir, el juez está obligado a justificar racionalmente sus propias valoraciones y, elaborar argumentos intersubjetivos y lógicamente válidos, para sostener su decisión de los hechos y plasmarlos adecuadamente mediante su explicitación en la sentencia.

Por la otra, y aun cuando después de realizar la valoración individual de la prueba, se efectúe la valoración conjunta de ella, pudiendo graduarse cualitativamente el apoyo inductivo que un conjunto de elementos de juicio aporta a cierto *probandum* y compararlo ordinalmente con el de otras hipótesis en

⁵⁵¹ Vid. Ferrer, J. “La prueba es libertad, pero...” op. cit. p. 5.

⁵⁵² Vid. González, D. *Quaestio facti*...op. cit. p. 80.

conflicto; es importante notar que no será posible, con su solo auxilio, decidir si ese nivel de corroboración es suficiente para declarar probado el hecho en cuestión, para ello se requiere una definición normativa del estándar de prueba⁵⁵³.

La valoración de los elementos de juicio que otorgarán mayor apoyo inductivo a la hipótesis, implica que éstas deberán ser contrastadas a la luz de los *test* y criterios expuestos, el resultado de ello no podrá ser más que una ordenación del nivel de contrastación de la hipótesis, pero para llegar a arribar a la conclusión que a una de ellas se le atribuye la categoría de hecho probado se requiere de un criterio objetivo que señale a partir de qué nivel de contrastación se puede realizar tal declaración, esto es, se requiere un estándar de prueba.

II. El sobre dimensionado principio de inmediación

§104. *Circunscribiendo el ámbito de la inmediación al control del juicio sobre el juicio.* En el estudio que realizo resulta imprescindible referirme al principio de inmediación y poner de relieve la forma errónea de concebirlo y el sobredimensionado protagonismo que la doctrina y la jurisprudencia le asignan. Para ello es necesario poner de manifiesto que se estudia la inmediación y su relevancia en la valoración de la prueba en el contexto de un control que se radica en la *justificación de la suficiencia de los elementos de prueba*.

La justificación de los elementos de corroboración es una censura que recae sobre la racionalidad de la decisión sobre la prueba y no en una actividad contralora integral que suponga el reexamen de la misma –como ocurriría con la apelación o, en Chile, con el desechado recurso extraordinario- donde no puede minusvalorarse *a priori* la importancia de este principio⁵⁵⁴. En éstos últimos casos el juez de segunda instancia o, quien efectúa el control, no solo realiza un juicio sobre las inferencias, sino que valora él mismo la prueba y debe estar en

⁵⁵³ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. pp. 139 y ss. Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. p. 133.

⁵⁵⁴ La utilización del vocablo “principio” es neutra y la tomo de algunos autores que caracterizan de esta manera a la inmediación. “La escasa regulación que recibe la inmediación en las normas procesales, su diferente alcance en el proceso civil y en el penal, la diversidad de definiciones que los autores han dado de esta garantía, muestra que la primera dificultad con que nos encontramos es determinar la naturaleza de esta figura jurídica, concretar si realmente estamos ante un principio del proceso, una forma procesal, una garantía de las partes o incluso una institución de la que forman parte todos estos aspectos”. Herrera, R. op. cit. p. 3. En todo caso dilucidar este problema, escapa a los márgenes y objetivos de esta investigación. A efectos del presente trabajo parece adecuada, la definición que de inmediación proporciona Gascón, quien señala que es “la intervención personal y directa (in-mediata) del juez en la práctica de la prueba”. Gascón, M “La motivación de la prueba” en Santiago Ortega (ed.) *Interpretación y razonamiento jurídico*. Ed. Ara, Lima, 2009, p. 100.

condiciones de aclarar dudas, dilucidar contradicciones, etc., lo que solo puede realizar mediante la recepción de la prueba que debe rendirse ante él.

Lo anterior resulta relevante, pues en estos acápites se busca demostrar que la creencia en la sobrevalorada inmediación, como método autónomo de valoración de la prueba, ha estado impidiendo la comprensión e implementación práctica del recurso de nulidad en la forma en que fue concebido.

Al mismo inconveniente se suma el desconocimiento de los contextos de descubrimiento y de justificación, cuya conceptualización es de relevancia para superar las inexistentes barreras, que con sustento en la inmediación, se autoimponen los tribunales de control.

Delinear correctamente esta técnica de formación de la prueba evidenciando lo permitido y lo vedado en un sistema de sana crítica racional, constituye mi aspiración en esta parte.

La vinculación entre la inmediación y la errada distinción de los alcances entre prueba directa e indirecta será examinada a fin de situar en su justa medida cada uno de estos conceptos y echar por tierra cualquier interpretación en clave subjetivista, que se sirva de las impresiones y sensaciones que emanarían de la apreciación inmediata y directa que hace el juez de los medios de prueba⁵⁵⁵, para formar convicción y que eleve la inmediación a método de valoración por medio del cual se obtenga un convencimiento íntimo e intransferible y, por lo tanto, imposible de fiscalizar, ilustrando estos tópicos con los argumentos vertidos por la jurisprudencia y que evidencian los yerros ya anotados.

6.- Limitación del control respecto del juicio de hecho sobre la base de la inmediación

§105. *El conocimiento mágico que emanaría de la inmediación.* El principio de inmediación de ordinario ha sido comprendido como el que permite al juzgador adquirir un convencimiento instantáneo sobre los hechos, que fluye del contacto del juez con los medios de prueba –particularmente los de carácter personal: testigos y peritos- y que lo transporta a una dimensión de conocimiento que sólo a él le pertenece. Por otra parte la inmediación que provoca un estado

⁵⁵⁵ Si bien existen variadas concepciones sobre la inmediación, hay coincidencia en que “la inmediación supone que el juicio y la práctica de la prueba han de transcurrir ante la presencia del órgano judicial competente. Lo que permitirá afirmar que un proceso goza de inmediación es que el juez, competente para decidir, presencie las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas sin delegar y sin servirse de un tercero”. Herrera, R. op. cit. pp. 3-4.

incomunicable e inefable, ha sido y es utilizada como barrera para frenar todo intento de racionalizar la información que surja de tales elementos de prueba y, consecuentemente, para impedir, creando parcelas infranqueables, que se pueda dar curso a la obligación de motivar y consecuentemente a la posibilidad de controlar el razonamiento probatorio.

Se ha señalado en este sentido, por la doctrina y, sobre todo por la jurisprudencia, que la inmediación es un método de adquisición de conocimiento, o de convencimiento del juez y que su gran ventaja consiste en proporcionar al juzgador la percepción directa de características de la declaración, como la expresión del rostro, el tono de la voz, la firmeza o vacilación en las afirmaciones, los gestos de turbación o sorpresa ante las preguntas y otras tantas circunstancias “a través de las cuales pueda el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración”⁵⁵⁶.

Si el contacto directo con los medios de prueba produce en el adjudicador un conocimiento que no es posible de verbalizar y exento de todo sesgo cognoscitivista, la exigencia de motivación se torna en enteramente superflua, esto es, se vuelve carente de sentido exigirle al juez que señale las razones, que deben ser buenas razones, que lo han determinado a dar por probado un enunciado de contenido fáctico.

Por lo tanto si tales razones permanecen en el fuero interno del juzgador – en su psique- citando a Gascón⁵⁵⁷, enteramente “cubiertas por el ‘paraguas’ de la inmediación” no resulta lógico ni coherente hablar de la posibilidad de controlar si la determinación de hechos probados se ha efectuado conforme la inferencia inductiva y aplicando los esquemas de corroboración de hipótesis, respecto de los cuales se ha hecho caudal.

§106. *Lo que ha dicho la jurisprudencia española.* Entonces, en esta concepción claramente la inmediación suele invocarse para impedir el control que sobre el juicio de hecho pueda efectuar la casación. Así se ha resuelto por el TS Español en pronunciamientos como el siguiente: “*Tiene dicho esta Sala en S.146799 (RJ 1999, 493) que el juicio sobre la prueba producida en juicio oral es*

⁵⁵⁶ Visión crítica de este postulado que trae a colación Gascón, M. “La motivación de la...” op. cit. pp. 100 y ss.

⁵⁵⁷ Gascón, M. “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo”, *Rev. Doxa, Discusiones*, N° 3 (2003). http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_04.pdf, p. 51.

solo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta en la observación por parte del Tribunal de los hechos, en las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y en conocimientos científicos. Por el contrario son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependan substancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos en principio queda fuera de la posibilidad de revisión en el marco de la casación (STS 22.9.92 [RJ1992, 7215], 30.3.93 [RJ 1993, 2581], 7, 10, 2002 [RJ 2002, 9157])⁵⁵⁸.

Señalé que en la actualidad no se alude directamente a la libre valoración – entendida en su esfera subjetivista- para impedir el control sobre el juicio de hecho, quedando atrás los tiempos en que se sostenía la facultad libérrima y omnímoda del tribunal de fondo para valorar soberanamente la prueba rendida ante él, hoy tal visión restrictiva del recurso de casación se escuda en una concepción también subjetiva del principio de inmediación, lo que ha permitido a gran parte de la doctrina procesalista mantener la existencia de dos niveles de valoración “(...) uno controlable y el otro no: el primero, constituido por los razonamientos que el juez pueda realizar a partir de los datos que directamente ha percibido en el juicio oral; el segundo, incontrolable, constituido por aquellos aspectos de la valoración que dependan sustancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del tribunal oral”⁵⁵⁹.

Queda fuera de esta posibilidad de revisión, conforme a esta tesis, la cuestión de la credibilidad de los testigos, existiendo pronunciamientos como el que resuelve: “*trata el recurrente de cuestionar la credibilidad del coacusado José aduciendo que esas manifestaciones inculpativas ‘obedecieron a móviles de autoexculpación, exculpación de terceros y obtención de ventajas procesales’*. A lo que cabe responder: a) que el hecho de que el copartícipe de un delito se autoincrimine e inculpe a otros partícipes puede hacerse con propósito de alcanzar beneficios procesales o penológicos, pero ello no implica necesariamente la mendacidad de sus declaraciones; y, b) que en todo caso, la credibilidad subjetiva

⁵⁵⁸ STS Español num. 901/2006 de 27 septiembre, RJ\2006\6423, fuente www.westlaw.es, en el mismo sentido STS Español num. 1518/2005 de 19 de diciembre RJ\2006\1551 y STS Español num. 1251/2009 de 10 de diciembre RJ\2010\304

⁵⁵⁹ Vid. Igartua, J. *El comité...* op. cit. pp. 97 y ss.

*de aquél es función exclusiva del Tribunal ante el que con inmediación y contradicción se practican las pruebas personales como es la confesión*⁵⁶⁰.

Consecuencia de la distinción que se ha puesto de relieve, es que se suele insistir en la necesidad de dotar de exigencias de motivación a la llamada prueba indirecta⁵⁶¹, estimándose que la prueba directa “provoca convicción judicial basado en la percepción sensorial del juez, que tiene como privilegiada fuente de información la actitud del informante en el acto del deponer”⁵⁶². No se podrá entonces “*censurar la apreciación que [de la testifical] hizo el tribunal a quo, que es el único que puede realizarla en virtud del principio de inmediación*”⁵⁶³.

En el derecho europeo continental estos predicados tienen eco en la doctrina. Así algún autor⁵⁶⁴ ha indicado que “la convicción que cause la declaración de determinado testigo no es posible plasmarla en la sentencia y el juez sólo se debe limitar a dejar constancia de la impresión general dejada por quienes declararon, con lo que resulta más que evidente que la valoración de la prueba está definitivamente cercenada en dicho predicado”.

Existen pronunciamientos que, no obstante, reniegan de esta interpretación, indicándose por el Supremo Español que “*esta misma Sala también ha precisado que no cabe interpretarlas en el sentido de que el órgano de casación, operando con criterios objetivos, no pueda revisar la racionalidad con la que el tribunal de instancia ha reconocido credibilidad a quien ha prestado declaración a su presencia (...)* Pues el Tribunal sentenciador debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la inmediación y no ampararse en su mera concurrencia para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo ocurrido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta (SSTS 1579/2003, de 21-11; y 677/2009, de 16-6). Y en la misma dirección, también se ha advertido que la inmediación no puede confundirse con la valoración de la prueba ni menos con la justificación de la misma, ya que la inmediación no blinda a la resolución judicial contra el control cognitivo por parte del Tribunal superior (STS 716/2009, de 2-7)”⁵⁶⁵.

⁵⁶⁰ STS Español num. 768/2010 de 15 de septiembre, RJ\2010\7823, fuente www.westlaw.es

⁵⁶¹ Sobre este binomio –prueba directa/prueba indirecta- es necesario realizar varias precisiones, las que se desplegarán en lo sucesivo.

⁵⁶² Visión crítica de este postulado de Andrés, P. “Sobre prueba y motivación...” op. cit. p. 74.

⁵⁶³ STS Español -2ª 1626/2002, citada por Andrés, P. “Sobre prueba y motivación” op. cit. p. 73.

⁵⁶⁴ Ruiz, E. *El derecho penal sustantivo...* op. cit. p. 108. Ver polémica sobre este punto en Andrés, P. “De nuevo sobre...” op. cit., p. 90 y Atienza, M. “Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 22, febrero de 1994, p. 86.

⁵⁶⁵ STS Español num. de recurso 1604/2010, num. de resolución 1180/2010 de 22 de diciembre fuente Centro de Documentación Judicial.

§107. *Los supuestos niveles del razonamiento probatorio y la posibilidad de control.* Se plantea –como se ha reseñado- que la inmediación se erige en límite a la posibilidad que se controle el razonamiento probatorio por los tribunales superiores.

Sobre esta materia resultan interesantes los planeamientos –opuestos por cierto- entre Bacigalupo Zapater⁵⁶⁶, Miguel Ángel Montañés y otros⁵⁶⁷ e Igartua Salaverría⁵⁶⁸. El primero de los nombrados distingue dos niveles, indicando que la formación de la convicción judicial sobre los hechos es un suceso complejo cuyos elementos interdependientes se componen de afirmaciones de probabilidad no cuantificables y que este suceso complejo se caracteriza por dos niveles diversos: El primer nivel consiste en la formación, sobre lo percibido (lo visto y lo oído) en el juicio oral, de las premisas de las que se debe deducir la valoración de la prueba. Aquí, a su juicio, entran en consideración las conclusiones del tribunal de instancia acerca del valor de la veracidad de las declaraciones del acusado y testimoniales, de la existencia de indicios, de la significación de la prueba pericial y del valor de las opiniones de los peritos. Este aspecto de la valoración de la prueba está fuertemente condicionado por la inmediación. Este nivel corresponde básicamente a la decisión sobre la existencia o no de prueba de cargo en el sentido de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981.

En el segundo nivel –que designa como la infraestructura racional de la formación de la convicción- entran en juego “las leyes de la lógica” “los principios de la experiencia” y “los conocimientos científicos”.

Predica este autor que la deducción, ante todo no debe ser lógicamente contradictoria: de testigos que no saben no es posible deducir conocimiento; de peritos que carecen de seguridad sobre sus conclusiones no se puede extraer seguridad, etc. Es decir las conclusiones sobre la valoración de la prueba deben ser lógicamente sostenibles. Además no puede contradecir la experiencia general y tampoco se debe omitir la observancia de conocimientos científicos⁵⁶⁹.

En esta misma línea, según Bacigalupo⁵⁷⁰ quedan excluidos del control casacional únicamente los aspectos que dependen directamente de la

⁵⁶⁶ Cfr. Bacigalupo, E. *Derecho Penal...* op. cit. p. 254, del mismo autor, *El debido proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 99 y ss.

⁵⁶⁷ Cfr. Montañés, M. op. cit. pp. 352-353.

⁵⁶⁸ Vid. Igartua, J. *El comité de derechos...* op. cit. pp. 96 y ss.

⁵⁶⁹ Cfr. Fernández, M. *Prueba y presunción de...* op. cit. p. 245, quien analiza a la luz de la presunción de inocencia, los postulados de Bacigalupo.

⁵⁷⁰ Vid. Bacigalupo, E. *Derecho penal...* op. cit. p. 197 y del mismo autor, *El debido proceso penal*. op. cit. pp. 103-116.

inmediación, pero nada impide el control en la casación de lo que constituye la estructura racional de valoración de la prueba.

Y, afirma categórico, el aspecto racional del juicio es controlable por el Tribunal Supremo en base a tres líneas diferentes: el respeto de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, por lo tanto el juicio sobre la prueba de los hechos sólo puede ser atacado en casación demostrando que el Tribunal de la instancia ha infringido las reglas de la lógica, se ha apartado de la experiencia o ha desconocido conocimientos científicos.

A su turno Binder⁵⁷¹, reflexiona en torno al interrogante de si es posible controlar los hechos a través del recurso de casación, indicando que clásicamente el recurso de casación respondió circunscribiéndose a la aplicación del derecho, sin ingresar a la construcción de los hechos. Añade que de allí la clásica concepción del recurso de casación como un recurso técnico, limitado a las “cuestiones de derecho”. Sin perjuicio de lo anterior, el recurso ha evolucionado hacia una ampliación de sus márgenes, pese a lo cual, en concepto de Binder, tiene un límite que ha sido hasta ahora infranqueable en base al principio de inmediación. Consecuencia de lo anterior es que el Tribunal de casación no puede controlar la valoración de la prueba como proceso interno del adjudicador. Lo único que puede controlar es la expresión que de ese proceso ha hecho el juez en la fundamentación de la sentencia, por lo que el control se limita a determinar si esa expresión o fundamentación de la valoración de la prueba ha seguido los pasos lógicos que normalmente aceptamos como propios de un pensamiento correcto.

Manuel Jaén Vallejos⁵⁷², afirma que en todo lo que depende de la inmediación, la valoración de la prueba es una facultad exclusiva del tribunal de instancia, del tribunal juzgador que la ha percibido. Sólo es posible controlar, si la valoración de la prueba efectuada ha sido respetuosa con las exigencias de la lógica y las enseñanzas de la experiencia, es decir, su razonabilidad.

Posición diametralmente opuesta –y que plasma la postura que se pretende sustentar- es la que plantea Juan Igartua⁵⁷³, quien grafica su predicado como sigue: que el testigo Fulano dice la verdad en su declaración o que el dictamen del psiquiatra Mengano resulta convincente, son asuntos que trascienden el mundo de la percepción. La “verdad” de un testimonio o la “corrección” de un informe son

⁵⁷¹ Vid. Binder, A. op. cit. p. 291.

⁵⁷² Vid. Jaén, M. *Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal. Las garantías del proceso penal*. Ed. Dikynson, Madrid, 2002, p. 109. En igual sentido se pronuncia Gonzalo Cortez. op. cit. p. 327.

⁵⁷³ Vid. Igartua, J. *Valoración de...* op. cit. p. 105 y *El comité de derechos...* op. cit. p. 97.

inaprensibles sensorialmente; no pueden ser percibidos ni por la vista, el oído, el gusto, el tacto o el olfato. Las informaciones que se registran a través de los sentidos, dan pie muchas veces para inferir después determinadas conclusiones. Pero el tracto que va de lo *percibido* a lo *concluido* ya no es apaño de los sentidos y, entonces, el juez puede recorrer ese espacio de manera irracional o racionalmente.

§108. *La inmediación y su conexión con la íntima convicción.* Es muy frecuente concebir la libre valoración de la prueba, en su dimensión íntima -la que se ha criticado en el primer subtema de este capítulo- en conexión con el principio de inmediación, entendido como la intervención personal y directa (inmediata) del juez en la práctica de la prueba, que suele presentarse como la condición inexcusable para la libre valoración, pues sólo fundando el juez su convicción en la “impresión inmediata” recibida y no en referencias ajenas puede reputarse ésta como libre⁵⁷⁴.

Así es válido sostener, que si las impresiones recibidas por el juez no pueden ser comunicadas, ello equivale a afirmar “que en el ámbito de la inmediación el juez es dueño de su valoración. La libre convicción se entiende entonces como valoración libre, subjetiva y esencialmente incontrolable”⁵⁷⁵. Por lo mismo se ha advertido sobre el riesgo que la inmediación opere “como cheque en blanco para motivar menos y para aportar menor información que la contenida en las actas del juicio, consiguiendo además evitar el control de las partes y de los órganos jurisdiccionales”⁵⁷⁶.

La estrecha e indisoluble (pero errada) conexión entre libre valoración de la prueba y el principio de inmediación, tiene anclaje en una interpretación psicologista de la libre convicción como íntima convicción, muy presente todavía, aunque de manera solapada, en una cierta subcultura de la jurisdicción, que es nefasta desde el punto de vista del control del juicio de hecho, por cuanto conduce a “blindar el juicio y la decisión de primera instancia frente a la crítica en otro plano jurisdiccional; puesto que algunos elementos de convicción, considerados fundamentales para la formación del criterio judicial en tema de hechos por su

⁵⁷⁴ Vid. crítica a estos postulados de sesgo subjetivista formula Gascón, M. “Concepciones de la...” op. cit. p. 48.

⁵⁷⁵ *Ibidem*.

⁵⁷⁶ Barreiro, A. “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación”. (STC 167/2002)”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 48, noviembre de 2003, p. 80.

difícil o imposible verbalización, por su práctica intraductibilidad en palabras, resultarían infiscalizables”⁵⁷⁷.

Sin embargo, los efectos negativos no se agotan allí, pues esta concepción está estrechamente vinculada con la motivación, ya que ciertos aspectos de la convicción que ha alcanzado el juez de los hechos, por ser, en base a esta dimensión subjetiva propios e intransferibles, no podrán ser racionalmente justificados y, por ende, nuevamente, de imposible control.

En esta dinámica de valoración de la prueba e intermediación, se permitió, amplia aunque solapadamente, que los jueces no motivaran las razones de su convicción probatoria, bastando para pasar el examen de constitucionalidad, que hubiesen manifestado lo que habían dicho los declarantes, pero sin dar razón alguna de aquello que les hubiera llevado a atribuirle credibilidad y se llegó a argumentar que lógicamente el juez no podía decir en la motivación que no creyó en el testigo porque le vio titubear, o sudar cuando se le hacían determinadas preguntas o bien miraba a los ojos del interrogador cuando respondía. Se argumentaba que la apreciación de todos esos aspectos pertenecía al fuero interno judicial y que, en esencia, era inmotivable⁵⁷⁸, pudiendo agregarse que, en consecuencia, también exento de censura.

§109. *La intermediación en la dogmática chilena.* En Chile, del mismo modo, se ha instalado una tendencia a considerar el principio de intermediación de una manera que importa sobrevalorar su rol y a invocarla como freno a la actividad de control que puede y debe realizar el tribunal superior⁵⁷⁹.

Se acude a ella a la hora de negar o restringir la posibilidad de censura e igualmente se suele afirmar que la intermediación que persigue el contacto directo del juez con los medios de prueba, asegura un conocimiento de mejor calidad, en contraposición al conocimiento mediatizado que proporciona la escrituración.

Esta hermenéutica de la intermediación surgió con fecundidad en el debate que se produjo respecto de contemplar como recurso contra la sentencia penal el de nulidad, al implementarse el sistema de juzgamiento criminal que rige actualmente en Chile. Así se han señalado, como argumentos demostrativos de que el recurso adecuado era el de nulidad, que “recurriendo a algunas ideas básicas, en primer

⁵⁷⁷ Andrés, P. “Sobre prueba y proceso penal”, *Rev. Doxa*, N° 3, (2003), p. 59.

⁵⁷⁸ Visión crítica sobre esta interpretación subjetivista plantea Nieva, J. “Oralidad e intermediación en...” op. cit. p. 42.

⁵⁷⁹ Por el contrario, una buena conceptualización y que releva su carácter de garantía instrumental en Horvitz, M. y López, J. op. cit. pp. 236 y ss.

lugar, a lo que podremos denominar '*la centralidad del juicio oral*', expresión encaminada a reforzar su rol no sólo de núcleo principal del enjuiciamiento sino su condición de suprema garantía ofrecida por el sistema a los justiciables; en segundo término a la fecundidad (sic) de la inmediación en la labor de formar la convicción de los jueces y, en tercer término, a la obvia comprobación, proclamada por Binding ya más de cien años atrás, en orden a que autorizar la apelación importa privilegiar la opinión del tribunal menos informado por sobre la del que mejor conoce el negocio (...). De esta forma, la principal modalidad impugnadora de lo resuelto por el tribunal de juicio oral en lo penal, la constituye un recurso de nulidad y no uno de apelación"⁵⁸⁰.

Se ha señalado igualmente que "la exigencia legal de inmediación, formal y material, que procura el contacto directo entre las partes, los medios de pruebas y de todos éstos con el juez, (...) asegura un grado de conocimiento superior, de mejor calidad de este tribunal y por tanto de un convencimiento más puro que el que pueda alcanzar un tribunal superior al que le corresponde pronunciarse sobre la base de un conocimiento mediatizado por la escrituración, no presencial de la incorporación de la prueba. En este contexto, de aceptar la revisión de los hechos por el tribunal ad quem, se estaría admitiendo y prefiriendo que primara un conocimiento y convencimiento de peor calidad por sobre el de mejor calidad"⁵⁸¹.

Tavolari reitera sus planteamientos al señalar que "si los jueces de la Corte cambiaran los hechos fijados por los del Tribunal de Juicio Oral, estaríamos en presencia de hechos determinados a través del mérito de actas escritas y no por la aprehensión sensorial del mérito probatorio de las pruebas producidas, lo que constituye la real garantía del juicio oral"⁵⁸².

Riego⁵⁸³ a su vez manifiesta un planteamiento en similares términos pues a su juicio el recurso de nulidad debe reconducirse siempre a infracción de garantías, como por ejemplo la de presunción de inocencia, señalando que "la Corte puede entrar a revisar cuestiones de hecho, sólo para verificar la consistencia entre el modo en que el tribunal valoró la prueba y la garantía invocada (...), nunca será posible que el tribunal que conoce el recurso haga una apreciación distinta de la prueba derivada de la lectura de las actas, esta lectura sólo sirve al tribunal que conoce de la casación para evaluar el cumplimiento o no de los estándares de garantías exigidos por el sistema jurídico".

⁵⁸⁰ Tavolari, R. "De los recursos..." op. cit. p. 395.

⁵⁸¹ Cerda, R. *Etapa intermedia...* op. cit. p. 303.

⁵⁸² Tavolari, R. *Instituciones del...* op. cit. p. 206.

⁵⁸³ Riego, C. "El recurso..." op. cit. p. 442.

Estas posturas, al parecer, si bien reconocen que la inmediación, al no existir traspaso de la información entre sujetos, epistemológicamente permite mayores probabilidades de éxito en la corrección de la decisión. Desconocen, sin embargo, que desde el punto de vista del control por el tribunal superior, se encuentran en igualdad de condiciones ambos tribunales, toda vez que el de nulidad – la Corte – controla las inferencias realizadas por el *a quo*, dentro de las cuales están las correspondientes a la atendibilidad del medio de prueba, toda vez que tal enjuiciamiento no se basa en la percepción “directa” del medio de prueba, sino en el proceso lógico-inferencial que se debe realizar a fin de corroborar la credibilidad del testigo y la adherencia de su relato a la realidad empírica.

Plantea, a su turno Bordali⁵⁸⁴, que la idea que rodea este principio es la que afirma erróneamente que “el contacto e intervención directa del juez con la prueba le permite observar y valorar aspectos de la prueba que no se contienen o reflejan con las declaraciones verbales de los intervinientes (...), permite percibir el lenguaje corporal de los testigos o de la parte, lo que le permite evaluar la fiabilidad de las pruebas (...) solo en un contexto donde el juez se ponga en directo contacto con los testigos, partes y peritos es posible desarrollar una evaluación íntegra y certera de la credibilidad de la prueba”.

Acertadas parecen las opiniones de Astudillo Contreras⁵⁸⁵ quien estima que la interacción de los litigantes y el juez, que entran en contacto directo con la fuente de información, es la que permite optimizar el resultado probatorio. Por ende la inmediación puede ser mirada como una técnica que se emplea para obtener información de calidad, que aseguraría el logro de la mejor solución del asunto.

§110. *La inmediación y la jurisprudencia chilena.* Es posible adelantar –pese a las opiniones aludidas hasta aquí– que el razonamiento que lleva a tener por acreditada una conclusión probatoria no está exento de control por los tribunales a que institucionalmente les corresponde desarrollar tal cometido: en el caso chileno la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, que conocen del recurso de nulidad. Afirmar que está vedado revisar el material probatorio y su racionalidad por el tribunal de nulidad o casación, dependiendo de cuál sea el instrumento que

⁵⁸⁴ Este autor se refiere al principio de oralidad, sin embargo alude a la inmediación y formula la crítica a la visión subjetiva de ella, que se ha plasmado. Bordali, A. *Proceso Civil, El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, en Gonzalo Cortez (coord.), Ed. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2014, p.81.

⁵⁸⁵ Astudillo, O. op. cit. p. 38.

procesalmente se ha establecido para ello, por no haber percibido directamente la prueba, equivale a entender la libre valoración como sinónimo de íntima convicción, es decir aquella que se obtiene en conciencia, en un momento sublime de acceso casi místico, un estado esotérico y extático, que pertenece al ámbito de lo inefable.

Muy frecuentemente en la jurisprudencia, desde la implementación del actual sistema de enjuiciamiento penal e incluso hasta los tiempos que corren, se recurre a la intermediación para vetar o al menos limitar el control de razonamiento probatorio a través del cual se tienen por establecidos los hechos de la manera anotada⁵⁸⁶.

Es posible encontrar argumentos del tipo siguiente: *“Que, cabe agregar que los sentenciadores son libres en lo que respecta a la valoración de la prueba, sólo con las limitaciones que establece el artículo 297 del Código Procesal Penal, esto es, las máximas de la experiencia, la lógica y los conocimientos científicamente afianzados, extremos que de lo expuesto por el recurrente y del estudio del fallo impugnado no aparecen transgredidos, ni corresponde a este Tribunal, revisar dicha ponderación o sus fundamentos por ser facultad privativa de los Jueces del Tribunal del Juicio Oral, en atención al principio de la intermediación”*⁵⁸⁷.

La misma doctrina acuña la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la cual se ha pronunciado indicando que la Corte no puede revisar las cuestiones de hecho referidas a la apreciación de la prueba *“(…) no solo porque expresamente el Código lo prohíbe al establecer las causales de nulidad, sino porque en esencia, se incurriría en un error grave que deslinda con una falta o abuso que iría abiertamente contra la exigencia del legislador para aquellos jueces que deben apreciar la prueba, en el sentido que deben estar presentes en el juicio (…)”*⁵⁸⁸.

En un pronunciamiento reciente la misma Corte⁵⁸⁹ razonó en similares términos indicando *“disquisiciones de los recurrentes que dicen relación con los hechos y pruebas establecidas y ponderadas por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, conforme a sus facultades privativas, y que quedan fuera del control de este Tribunal, desde que los Jueces son soberanos en la ponderación de los*

⁵⁸⁶ Cfr. Horvitz, M. “Acerca de la garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria”, Informes en derecho, Doctrina Procesal Penal 2008, *Revista de la Defensoría Penal Pública*, N° 6, Noviembre, 2009, pp. 18 y ss. En este artículo, la autora realiza una crítica respecto de la interpretación que las Cortes chilenas realizan del recurso de nulidad y trata igualmente el principio de intermediación como una de sus cortapisas.

⁵⁸⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 30 de noviembre de 2006, Rol N° 179-2006. Y en el mismo sentido: Sentencia de la misma corte de fecha 19 de diciembre de 2006, Rol N° 219-06.

⁵⁸⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 1 de junio de 2006, Rol N° 104-2006..

⁵⁸⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 4 de noviembre de 2013, Rol N° 293-2013.

medios probatorios que han recibido y percibido directamente en la audiencia, estando facultada esta Corte sólo para pronunciarse sobre si para establecer tales hechos se vulneraron las reglas del artículo 297 del Código Procesal Penal”, rechazando el recurso deducido por la defensa.

La Corte Suprema en Chile también se ha pronunciado en relación a la inmediación, inicialmente esbozando la concepción que la eleva a método de valoración. El máximo tribunal predica: *“Que tales materias, especialmente aquellas relativas a la valoración de la prueba, atendido lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, quedan fuera del control de este tribunal, desde que aquéllos son soberanos en la ponderación de los medios probatorios que han recibido y percibido directamente en la audiencia, apareciendo que el reproche que se plantea como vicio de nulidad está vinculado a una diversa apreciación que de ellos hace la recurrente, sin que esa distinta opinión pueda servir de sustento, ni configurar el vicio que pretende, más aun cuando no se evidencia que los razonamientos consignados en la decisión y ulterior resolución, tanto en lo relativo a la existencia del delito como a la participación que se atribuye al condenado, se aparten o contravengan los únicos límites que les impone la ley a los juzgadores, esto es, las máximas de la experiencia, la lógica y los principios científicos afianzados”*.⁵⁹⁰

En acápites y capítulos anteriores se ha evidenciado la existencia de una suerte de tendencia que se abre hacia los hechos en los pronunciamientos de nulidad, no obstante ello, todavía pervive muy fuertemente la alusión a la inmediación para autoimponerse límites a la facultad de revisión de la racionalidad de la decisión sobre la prueba, fundamentalmente respecto de la credibilidad de testigos y peritos. Así, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, después de hacer un análisis somero de la corrección de la argumentación que en torno a la prueba efectuó el tribunal oral, afirmó *“(...) reuniéndose a su respecto todos y cada uno de los elementos del señalado ilícito; lo que únicamente se puede lograr en virtud del principio de inmediación, el que concede a los jueces del grado la privativa facultad de apreciar y establecer los hechos del fondo, toda vez, que la prueba rendida fue percibida por aquellos, lo que en el presente caso, les permitió otorgar plena credibilidad a los dichos de las víctimas (...)”*⁵⁹¹

⁵⁹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 6 de septiembre de 2006, Rol N° 2961-2006.

⁵⁹¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 27 de marzo de 2015, Rol N° 44-2015. La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 5 de mayo de 2014, Rol N° 649-2014, ha sostenido *“Que, de aceptarse la invitación de la defensa a ponderar la prueba que se rindió en el juicio oral y público (...), esta Corte estaría avocándose evaluar la prueba que se rindió en la instancia, y atribuyéndose poderes que*

Del análisis anterior es posible concluir que el razonamiento empleado remite a la errada consideración del principio de inmediación como sistema valorativo, lo que puede explicarse lógicamente si afirmamos que lo que subyace a este fenómeno es la pervivencia de la imagen de la *convicción íntima* y del subjetivismo e irracionalismo ínsito –en esta interpretación persuasivista- en el modelo de ponderación de la prueba, mirada que estaría vigente en la interpretación actual de las Cortes de Apelaciones.

7.- Distinción entre control de la justificación y reexamen de la prueba

§111. *Distinguiendo los ámbitos en que puede estar presente la inmediación.* Es imprescindible realizar una escisión del alcance de la interpretación restrictiva del recurso de nulidad sobre las cuestiones fácticas, según si dicha censura va recaer sobre una nueva valoración de la prueba o si ella sólo abarca un examen *ex post* de la racionalidad del establecimiento de la *quaestio facti*. Ello a fin de avanzar en pos de la crítica formulada a la exclusión del control que recae en la decisión sobre la prueba, en base al principio de inmediación

Lo anterior no es una cuestión menor, pues importa un pronunciamiento por la ausencia de legitimidad de los planteamientos de la jurisprudencia, y de una buena parte de la doctrina⁵⁹², que estiman a la inmediación como una especie de blindaje a los razonamientos relativos al juicio de hecho.

En efecto, si lo que se plantea es la imposibilidad de una fiscalización de la valoración de la prueba por un tribunal distinto de aquél ante el cual tuvo lugar la rendición de ésta⁵⁹³, no cabe invocar la inmediación para vetar tal control. Ello por cuanto la censura que deberá realizar el tribunal de legitimidad no recae sobre la valoración directa de la prueba –un reexamen- que les permita cambiar incluso la decisión, sino que es un juicio sobre las inferencias realizadas, es decir revisa si se ha efectuado correctamente el razonamiento lógico, se han respetado las máximas de la experiencia o si no se han controvertido conclusiones científicas

la ley no le concede, en transgresión a lo que prescriben los artículos 295, 296 y 297 del Código Procesal Penal, y quebrantando también las bases del enjuiciamiento criminal, que estatuyen la vigencia del principio de inmediación". De la misma Corte pueden citarse las sentencias de fecha 30 de junio de 2011, Rol N° 986-2011 y 30 de noviembre de 2011, Rol N° 2119-2011 y de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 16 de junio de 2014, Rol N° 164-2014. En alusión a la soberanía del juzgador en conjunto con la inmediación como barrera para el control, Sentencia de la Corte Suprema de fecha 24 de julio de 2013, Rol N° 3787-2013.

⁵⁹² Según se ha traído a colación con precedencia en este capítulo y subtema.

⁵⁹³ Cfr. Calderón, M. *La prueba en el recurso de apelación penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. pp. 154 y ss. quien se refiriere a la inmediación y la segunda instancia en el recurso de apelación.

afianzadas. Para ello no es necesario que el órgano revisor haya recibido directamente la prueba⁵⁹⁴.

A la inversa, si lo que se pretende es la realización de un nuevo examen de la prueba –una valoración propia y distinta por el tribunal superior- que prescinda de la realizada por el tribunal de mérito “un re-examen del mérito de la decisión sobre los hechos y no un control sobre la motivación”⁵⁹⁵, allí sí cobra relevancia la apreciación personal que de los elementos de juicio pueda realizar el tribunal que conocerá del recurso y, por lo tanto, aparece justificada la crítica que apela a la ausencia de inmediación para valorar nuevamente la prueba rendida y desplegar el control por el órgano superior, quien podrá solucionar dudas mediante las respectivas preguntas *in situ* y desplegarse el contradictorio.

Sobre este tema resulta ilustrativo volver brevemente sobre la discusión que tuvo lugar en el Congreso chileno respecto de la creación del llamado recurso extraordinario, el que propugnaba precisamente que el tribunal que conocería del recurso realizara una nueva valoración de la prueba, por ello se planteó la necesidad de repetir el juicio ante el *ad quem* o la reproducción íntegra de éste por los medios que la tecnología, hoy en día, provee profusamente.

Igual exigencia se formula en aquellos casos en que se propicia la instalación del recurso de apelación como el medio más idóneo –por ser integral- de impugnación de la sentencia dictada en un proceso penal.

En estas situaciones no es posible sostener que la falta de inmediación sea irrelevante para la censura que deba realizar el tribunal de nulidad, pues este órgano debe apreciar la prueba por sus propios sentidos y formarse convicción, aplicando igualmente el método probatorio inferencial o de corroboración de hipótesis, pero como los requerimientos de tales medios de impugnación importan una nueva valoración del material probatorio, éste debe estar en las mismas condiciones que el tribunal de “primera instancia”, pues deberá -en esta lógica- proceder a dictar sentencia de reemplazo, inmiscuyéndose sin limitaciones en el

⁵⁹⁴ “Debe entenderse por control de legitimidad aquel que se orienta a verificar la determinación, interpretación y aplicación de la ley o del Derecho en la sentencia y el respeto de un conjunto normativo que regula el proceso y la misma actividad decisoria plasmada en aquella sentencia. con esto queda claro que el control de legitimidad es completamente diverso del juicio de mérito que recae sobre el asunto controvertido, y tal cosa tiene un correlato específico cuando proyectamos esta diferencia al juicio fáctico, ya que los recursos que son acciones de impugnación y que suponen control de legitimidad, si bien pueden incidir en el juicio fáctico, no lo hacen operando directamente sobre el mérito, puesto que tal control o juicio está esencialmente vedado a las Cortes, y ni siquiera pueden remplazar el juicio fáctico por uno nuevo como consecuencia de una *revisio prioris instantiae*. El control de legitimidad sobre el enjuiciamiento siempre tiene como límite el mismo contexto de justificación: recae sobre esta; nunca exactamente sobre la cuestión o asunto decidido (como sí acontece con la apelación limitada)”. Del río, C. *El derecho al recurso y recurso de nulidad penal*” Ed. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2014, p.71.

⁵⁹⁵ Igartua, J. *El comité de derechos...op. cit.* p. 124.

mérito de lo decidido, es decir, realizar las preguntas que estime pertinentes a peritos y testigos, evidenciar contradicciones, aclarar dudas *in situ*, etc.

Lo anterior por cuanto la inmediación como técnica de formación de la prueba es la que mejor se aviene al procedimiento oral, pues permite obtener información de primera fuente, evitando distorsiones en el traspaso de ésta, constituyendo una garantía que busca, a partir del contacto directo con las pruebas, una valoración racional de los actos probatorios. De tal manera que en la concepción de los recursos que hemos venido definiendo la inmediación resulta insoslayable.

En base a lo anterior la invocación de la ausencia de la inmediación para haber sustentado el rechazo del recurso extraordinario resulta entonces *–a priori–* justificada, pues este medio de impugnación contemplaba la valoración directa de la prueba, que importa la realización de la propia valoración, la que se compara con la que ha llevado al tribunal de mérito a condenar o absolver, pudiendo incluso cambiarse la decisión. Necesidad que debe suplirse (por lo menos en alguna medida) recurriendo a los métodos tecnológicos que hoy existen y que permiten, a través de la reproducción íntegra del juicio oral, que el tribunal *ad quem* evalúe directamente la suficiencia de la prueba para condenar a la luz de dichos registros del juicio oral.

No es en esta vertiente en que el presente trabajo plantea la necesidad de excluir la interpretación limitativa del recurso con base en el principio de inmediación⁵⁹⁶, sino que enfocada a aquellas situaciones en que a través del recurso de nulidad se revisa la construcción racional de la decisión de tener por probados determinados hechos.

Es precisamente, la fundamentación sobre la *quaestio facti* lo que se pretende controlar a través del recurso de nulidad o, en otros términos, que el tribunal de nulidad examine si se encuentra justificada la valoración de la prueba como suficiente para condenar o insuficiente para absolver⁵⁹⁷. No se le pide a la Corte que realice una nueva valoración de la prueba –caso en el cual si es necesaria la inmediación– si no que fiscalice la justificación de la suficiencia de la prueba⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ Sin perjuicio de que quedan abiertos los cuestionamientos respecto de la legitimidad del juicio oral, como fuente fecunda del respeto de las garantías de orden procesal, en la medida que ellas se hayan desplegado plenamente e igualmente del derroche de recursos humanos y técnicos, los que en base a la realización de un nuevo juicio se tornarían en estériles.

⁵⁹⁷ Vid. Accatino, D. “Forma y sustancia...” op. cit. p. 357

⁵⁹⁸ Cfr. Igartua, J. *El comité de derechos...* op. cit. p. 94.

Es a esta segunda vertiente a la que nos referiremos en lo sucesivo y es en la cual se recurre –erróneamente- a la utilización de la intermediación como “insalvable coartada” que torna en infiscalizables los hechos.

Por lo anterior resultan erróneas las afirmaciones en orden a que la forma en que el tribunal adquiere convicción de mérito, valorando la prueba en forma inmediata, oral, concentrada y sin solución de continuidad del juicio, impediría cualquier control del material fáctico de la sentencia o que lo concerniente *quaestio facti* en la sentencia, no admitiría, por razones prácticas y en principio control alguno: quedaría librado a la discreción judicial⁵⁹⁹.

Lo que predicados como el anterior no logran distinguir es la naturaleza del examen que se realiza al razonamiento probatorio, es decir, la diferencia que existe entre controlar la corrección del método lógico inferencial, de la máxima de experiencia o de la teoría científica aplicada y la valoración directa de la prueba percibida (o reexamen de la prueba), que importa la potestad de cambiar incluso la decisión final, como lo permite, por ejemplo, el recurso de apelación⁶⁰⁰.

Es decir la revisión casacional o anulatoria debe recaer sobre la estructura de la motivación, que es la secuencia constituida por una máxima de experiencia o conocimiento científico y un dato probatorio y un hecho probado.

Clarifica lo anterior lo señalado por Igartua⁶⁰¹, quien ejemplifica lo expuesto de la siguiente manera: “Supongamos que un juez de instancia establece ‘está acreditado que Ticio mató a Cayo por las pruebas A y B’. Si la casación pudiera cavilar si de verdad Ticio mató a Cayo, estaría entrometiéndose en la ‘decisión’ (‘mérito’, ‘fond’, etc.); pero si se ciñe a examinar como razona el juez de instancia (a partir de las pruebas A y B) la atribución del homicidio a Ticio, entonces no entra en la ‘decisión’ (porque no se interesa por la verdad de los hechos), se limita

⁵⁹⁹ Horvitz, M. “Acerca de la garantía...” op. cit. p. 18 y Vid. Pastor, D. op. cit. p.32, quienes critican la arista subjetivista de la intermediación.

⁶⁰⁰ “Técnicamente, la sola revisión de la motivación fáctica del fallo no pone en riesgo la intermediación, porque, al hacerlo, el tribunal de nulidad no está efectuando una nueva valoración de las pruebas, como ocurre en la apelación, en el sentido de apreciarlas y percibir las otra vez, como si fuera la primera. Lo que se somete a escrutinio en el recurso de nulidad son las razones vertidas en la sentencia para justificar la eficacia o ineficacia de la prueba rendida” Astudillo, O. op. cit. p.40.

⁶⁰¹ Igartua, J, *El comité de derechos...* op. cit. p. 124.”la necesidad de contemplar un recurso ampliamente devolutivo ha sido tradicionalmente satisfecha por el *recurso de apelación*, que da origen a la *segunda instancia* y que ha sido calificado, incluso, como una ‘segunda primera instancia’. Esa falta de limitación a los poderes del tribunal de apelación, sumando las circunstancias que el motivo genérico que lo hace procedente es el *agravio* del recurrente y que, comúnmente, el legislador no los circunscribe a una pocas y precisas resoluciones, sino a la generalidad de ellas, determina que se le califique como un recurso *ordinario*”. Letelier, E. *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, Ed. Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2013, pp. 58-59.

a mirar si la motivación se sostiene, centrándose exclusivamente en la “justificación”.

De este modo, si lo que el revisor censura es la errada utilización de la máxima de experiencia o la insuficiente justificación de los elementos de juicio para tener probada una hipótesis, resulta irrelevante que el tribunal *ad quem* haya presenciado la rendición de la prueba en forma mediata o inmediata, pues lo que hace es detectar si el juez ha errado o no en la selección o en el empleo de una máxima de experiencia, es decir, si la decisión no está justificada racionalmente, pues se funda en un criterio de inferencia inaceptable⁶⁰².

La praxis de la casación parece incurrir, del mismo modo, en la equivocación de que se pretende dar cuenta, “pues a menudo sucede que la Casación, llamada a controlar la logicidad de la motivación, se empeña en realizar –de manera más o menos subrepticia- una verdadera y propia revisión del juicio de hecho y de la valoración de las pruebas”⁶⁰³.

Lo anterior en muchos casos se debe a las propias pretensiones de las partes que recurren a la casación alegando un vicio de motivación, pero en realidad intentando provocar un reexamen del hecho. “Sin embargo, continúa siendo evidente que la Corte cae en una desviación muy grave respecto a los límites institucionales de sus funciones cuando interpreta el control sobre la motivación como si éste implicase una nueva verificación del hecho”⁶⁰⁴.

§112. *El principio de inmediación y el nuevo orden recursivo chileno.* Inserto en la lógica que se viene desarrollando, el principio de inmediación se vincula con otra de las bases constitutivas del actual proceso penal chileno y que corresponde al nuevo orden en materia de recursos.

Se ha sostenido, como examinamos previamente, para propugnar la supresión de la apelación como recurso amplio contra la sentencia del tribunal oral, que su consagración importaría vulnerar los principios de inmediación-oralidad y de centralidad del juicio oral. También se sostuvo que otorgar el conocimiento del recurso al superior jerárquico mediante un recurso ordinario y amplio -como la apelación⁶⁰⁵- implicaría privilegiar la decisión del tribunal menos

⁶⁰² Vid. Igartua, J, *El comité de derechos...* op. cit. p. 125.

⁶⁰³ Taruffo, M. *El vértice ambiguo...* op. cit. p. 28.

⁶⁰⁴ *Ibidem*.

⁶⁰⁵ De todos los medios de impugnación el recurso de apelación, es sin duda alguna, el que mayores garantías ofrece para las partes, debido fundamentalmente a su carácter de recurso ordinario: no necesita fundarse en causa legal preestablecida, y en él pueden aducirse la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y

informado, -las respectivas Cortes-, por sobre la de aquel que concurrió al juicio y apreció la prueba, los tribunales de fondo -el de juicio oral en lo penal-, esto es, el más informado.

Se suele invocar el nuevo orden en materia recursiva en Chile, para vetar el control sobre el núcleo fáctico, señalando como argumento que el recurso de nulidad no constituye instancia y que el tribunal de nulidad sólo puede realizar un control formal o, en términos generales, muy restrictivo, por no haber presenciado directamente la prueba rendida en el juicio oral, sin embargo, ello sólo es sostenible en clave subjetivista.

En efecto, si afirmamos que el control que el *ad quem* puede y debe realizar es sobre la justificación de la suficiencia de los elementos de prueba para aceptar una hipótesis sobre los hechos -conforme a los criterios del estándar de prueba-, no es posible afirmar que ello únicamente puede efectuarse por los jueces que estuvieron presentes en el juicio oral.

Este predicamento, que no repara en la distinción desplegada con precedencia, ha irradiado la interpretación que sobre el recurso de nulidad se ha ido desarrollando en la implementación práctica del nuevo sistema procesal penal en Chile, lo que ha significado una restricción al alcance del recurso de nulidad en lo referente a la decisión sobre la prueba.

En esta vertiente las Cortes chilenas recurren al principio de inmediación con claro anclaje en el sistema recursivo, con énfasis en que el recurso de nulidad no constituye una nueva instancia, para (auto)limitar sus facultades de fiscalización del establecimiento de los enunciados fácticos.

Ejemplos de la forma de entender el nuevo orden en materia recursiva vinculado al ensalzamiento del principio de inmediación, son múltiples en la jurisprudencia.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta se muestra categórica en sus afirmaciones al sostener que “...*el recurso de nulidad se ha concebido como un recurso de derecho estricto al que se accede sólo en virtud de las causales y para los fines consagrados en la ley. En consecuencia, no constituye una instancia en que sea posible revisar los hechos establecidos en el juicio o reevaluar la prueba rendida en la causa, como pretende la parte recurrente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 372 del Código Procesal Penal, pues ello es facultad privativa de los*

formales, sufridos en la sentencia o en las actuaciones de la primera instancia. Vid. Calderón, M. op. cit. p. 17.

*jueces del tribunal Oral en lo Penal, por aplicación del principio de la inmediación*⁶⁰⁶.

La Corte de Apelaciones de Santiago comparte estos lineamientos al señalar que “... *debe precisarse que es cierto que en virtud de la causal de nulidad de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, no puede el tribunal ad quem valorar nuevamente la prueba rendida en el proceso, pues ello importaría transformar el recurso de nulidad en uno de apelación, desvirtuando su naturaleza de derecho estricto*”⁶⁰⁷.

Si embargo de esta doctrina asentada por las Cortes, es preciso puntualizar que “el tribunal de apelación controla si es acertada o no la relación que el juez de primer grado ha establecido entre los elementos de prueba y su valoración, en tanto que el tribunal de casación controla el nexo relacional entre la valoración y la motivación que pretende justificarla. Para el primer tipo de control (en el que se indaga si la valoración judicial pondera correctamente la fuerza de la actividad probatoria desplegada en la sala de vistas) trae cuenta recordar el insustituible papel de la inmediación (puesto que el tribunal de apelación no estuvo en el juicio); para el segundo (en que el tribunal actúa no como juez del ‘proceso’ sino como juez de la ‘sentencia’, según feliz puntualización) tal recordatorio es doblemente gracioso (o sea, gratuito e hilarante)”⁶⁰⁸.

8.- Confusión entre técnica de formación de la prueba y método de valoración

§113. ¿Es la inmediación un método autónomo de valoración de la prueba?

Cuando se suele invocar la inmediación para justificar una concepción restrictiva del control sobre el juicio fáctico a través del recurso de nulidad, se tiende a dimensionar su alcance como si ella constituyera no sólo una técnica de formación de la prueba sino un verdadero método de valoración de aquélla.

Conforme a este predicado, la decisión sobre los hechos ocurriría en contacto directo con el medio de prueba, como si se tratara de un evento íntimo, intransferible e imposible de motivar y, por lo tanto, vedado al control intersubjetivo. Por ello es ineludible traer a colación los predicados de Gascón, quien afirma que, en la concepción subjetivista de la valoración, respecto de la

⁶⁰⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 5 de octubre de 2006, Rol N° 156-2006.

⁶⁰⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 16 de enero de 2008, Rol N° 2806-2007.

⁶⁰⁸ Igartua, J. *El comité de derechos...* op. cit. p. 94.

cual se ha hecho caudal, la convicción “aparece como convicción psicológica, fundada en impresiones e intuiciones y no necesariamente en pruebas; y sobre esta base resulta comprensible que se maneje una concepción de la motivación (la mentalista) según la cuál motivar consiste en hacer explícito en el documento de la sentencia todo ese proceso mental que ha conducido al juez a adoptar la decisión”⁶⁰⁹

Resulta en consecuencia de trascendental importancia redimensionar el principio aludido y delinear su aporte específico a la formación de la prueba, para lo cual no debe perderse de vista que “a veces la palabra ‘inmediación’ sufre el trueque babélico con otros vocablos (como ‘oralidad’ y ‘contradictorio’) confusión que con poco cuidado que se ponga es fácilmente evitable. Sin embargo, el hecho que la inmediación mantenga apretados vínculos con otras realidades (como el contradictorio, la oralidad y la publicidad) han podido inducir a pensar equivocadamente que son cosas inescindibles, cuando en realidad se trata no sólo de ingredientes heterogéneos sino ni siquiera unidos necesariamente”⁶¹⁰. Pese a lo anterior, que constituye la creencia más común en el ámbito jurídico procesal penal, la inmediación sólo designa junto a la oralidad y la contradicción, una técnica de formación de la prueba⁶¹¹.

Entonces el aporte de la inmediación como tal consiste en requerir la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales. Ello está formulado básicamente en pro de la consecución de dos objetivos: el primero, excluir la delegación y la consiguiente mediación de un sujeto distinto al tribunal en la recepción de la prueba porque claramente elevaría el riesgo de error, pues la transmisión de la información de un sujeto a otro podría provocar distorsión en esa información⁶¹².

En armonía con lo predicado, se ha afirmado en Chile que “en el nuevo proceso penal, se ha destacado mucho las ventajas que representa la

⁶⁰⁹ Gascón, M. “La motivación de la...” op. cit. p. 103. Sin perjuicio que en este cuestionamiento ahondaremos en el próximo capítulo, no está de más adelantar que la autora estima que “esta forma de concebir la motivación no resulta adecuada. Primero, y como ya se dijo, porque en el contexto jurídico no interesa saber todo lo que ha pasado por la cabeza del juez; lo que interesa saber es si esa declaración puede aceptarse como verdadera a la luz de las informaciones disponibles. Segundo, y ligado con lo anterior, porque esta concepción mentalista permite justificar todo tipo de ‘alivios’ en la exigencia de motivación”.

⁶¹⁰ Igartua, J. *El Comité de derechos...* op. cit. p. 88.

⁶¹¹ Se suele diferenciar entre inmediación en general, que solo exigiría la presencia judicial en las actuaciones que se desarrollen en el proceso, y la inmediación en sentido estricto, que es para gran parte de la doctrina la verdadera inmediación, y que exige que sea precisamente el juez que dicte finalmente la sentencia el que haya estado presente en las actuaciones judiciales. Los dos *tipos de inmediación* responden a dos finalidades que son inherentes a esta técnica de actuación y que permiten calificar a la inmediación de garantía procesal. Herrera, R. op. cit. p. 4.

⁶¹² Cfr. *Ibidem*.

inmediación. La prueba es percibida directamente por los jueces sentenciadores y no por un intermediario, como la figura del actuario (tan relevante en el antiguo proceso)”⁶¹³.

En el ordenamiento jurídico chileno la diada inmediatez-oralidad está consagrada en los artículos 284 y 286 del CPP que imponen la obligación de presencia ininterrumpida de los jueces que integran el tribunal oral, del fiscal y del defensor, sancionándose con nulidad la trasgresión de este imperativo en el artículo 374 letras a) y b)⁶¹⁴ del CPP.

Por otra parte, la inmediación asegura, en mayor medida, la efectividad del principio de contradicción, especialmente en el ámbito de la interrogación y conainterrogación de testigos y peritos. Es decir que los intervinientes puedan estar presentes cuando se interroga o conainterroga a aquéllos, para hacer plenamente efectivo el derecho a defensa, erradicando la indefensión y plasmando adecuadamente el debido proceso⁶¹⁵.

Se ha señalado que la inmediación tiene dos vertientes; la primera de ellas implica la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales en el *iter* del juicio oral y la segunda se relaciona con el imperativo de que toda la prueba sea

⁶¹³ Coloma, R. “Los límites al...” op. cit., p. 72.

⁶¹⁴ Artículo 374. *Causales del recurso*. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando la sentencia hubiese sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiese sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez del tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente, y cuando hubiese sido acordada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio; y b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286.

Artículo 284. *Presencia ininterrumpida de los jueces y del ministerio público en el juicio oral*. La audiencia del juicio oral se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces que integren el tribunal y del fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 258.

Lo dispuesto en el inciso final del artículo 76 respecto de la inhabilidad se aplicará también a los casos en que, iniciada la audiencia, faltare un integrante del tribunal de juicio oral en lo penal.

Cualquier infracción de lo dispuesto en este artículo implicará la nulidad del juicio oral y de la sentencia que se dictare en él.

Artículo 286. *Presencia del defensor en el juicio oral*. La presencia del defensor del acusado durante toda la audiencia del juicio oral será un requisito de validez del mismo, de acuerdo a lo revisto e el artículo 103.

La no comparecencia del defensor a la audiencia constituirá abandono de la defensa y obligará al tribunal a la designación de un defensor penal público, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 106.

No se podrá suspender la audiencia por la falta de comparecencia del defensor elegido por el acusado. En tal caso, se designará de inmediato un defensor penal público al que se concederá un período prudente para interiorizarse del caso.

⁶¹⁵ “La inmediación *stricto sensu*, tiene como finalidad la de situar al órgano judicial en las mejores condiciones de conocer el objeto del proceso, la ausencia de intermediarios que pueden distorsionar, voluntaria o involuntariamente lo transmitido, aporta al órgano juzgador una posición óptima para ponderar todos los elementos y valorarlos correctamente. Este objetivo de la inmediación, se explica como la pretensión de que el juez pueda conocer en toda su significación el material de la causa, es decir, se intenta poner al juzgador en las mejores condiciones posibles de observación para acercarlo, cuanto se pudiera, al conocimiento de la verdad”. Vid Herrera, R. op. cit. pp. 5 y ss.

allegada en el juicio, pues si ella no es percibida personal y directamente por el tribunal, no satisface el estándar mínimo de un modelo garantista de procedimiento de corte epistemológico. Constituye el medio más idóneo de asegurar una “verdad procesal” de superior calidad.

Una correcta forma de entenderla según Perfecto Andrés Ibáñez⁶¹⁶ es en base a la relación de proximidad témporo-espacial, utilizada reflexivamente como medio de captación de datos efectivamente observables, para hacerlos objeto de valoración racional explícita, así podrá ser fuente de conocimiento igualmente racional, y, como tal susceptible de verbalización y de valoración intersubjetiva, esto es, accesible a la crítica de terceros⁶¹⁷.

La vertiente subjetivista es lógicamente rechazada por gran parte de la doctrina⁶¹⁸ que concuerda en señalar que la forma de razonar que implica que a través de la inmediación- del contacto directo con la prueba que se rinde ante el juez de los hechos- éste se formaría una íntima convicción, es del todo equívoca. Así, señalan que es preciso cambiar esta concepción por una de naturaleza racional en que se utilice el razonamiento de tipo probabilístico, no aquellas que remiten a nociones emotivas, sentimentales o subjetivas sino que se basen en reglas que funden un razonamiento cognoscitivista y lógicamente correcto.

En la misma línea de argumentación –como se ha adelantado-, es posible predicar que la inmediación es una garantía, pero sólo de carácter instrumental, “preordenada a hacer posible a partir del contacto directo, una valoración racional de los actos probatorios, que pueda a su vez ser racionalmente enjuiciada por terceros. Por el contrario, cuando la inmediación se usa –y es frecuente- como barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal, se convierte en una injustificable coartada, primero para propiciar que el juez oculte

⁶¹⁶ Vid. Andrés, P. “Sobre el valor de la inmediación. (Una aproximación crítica)”, *Rev. jueces para la democracia*, N° 46, marzo de 2003, p. 59.

⁶¹⁷ Igualmente, afirma Andrés Ibáñez “que la inmediación debe jugar un papel relevante como presupuesto necesario (aunque no suficiente) de un juicio de cierta calidad, para el que los datos procedentes de fuentes personales de prueba serán siempre importantes. Si bien a condición de que los tomados en consideración sean siempre y sólo datos verbalizables y suficientemente verbalizados, para que resulten intersubjetivamente evaluables, susceptibles de un control racional de su valor convictivo mediante la puesta en relación con los de otra procedencia”. Andrés, P. “Sobre prueba y proceso...” op. cit. p. 60.

⁶¹⁸ Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. pp. 65 y ss, Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 197 y ss., Andrés, P. “Sobre el valor de la inmediación...” op. cit. pp. 57 y ss. y “Acerca de la motivación...” op. cit. pp. 297 y ss., Taruffo, M. “Algunos comentarios sobre valoración de la prueba”, *Rev. Doxa*, N° 3, (2003) http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_07.pdf..., p. 89, Maier, J. “¿Es la “inmediación” una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre *inquisición vs. Composición*”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 49, junio de 2003, pp. 13-20 e Igartua, J. *El comité de derechos...* op. cit. pp. 88 y ss. y *El razonamiento...* op. cit. pp. 86 y ss.

sus razones; y después para negar legitimidad a cualquier tentativa de fiscalizarlas”⁶¹⁹.

En relación al sistema chileno que expresamente acoge -según la unanimidad de la doctrina- la valoración de la prueba conforme a la sana crítica racional, esta concepción de la inmediación (y de la libre valoración) en clave persuasivista o subjetivista, resulta del todo ajena al sistema valorativo imperante y si bien en otros países pudo haberse discutido su procedencia, por no existir norma expresa que consagre el aludido sistema de valoración, en el nuestro resulta del todo desacertado, pues pugna abiertamente con lo dispuesto de la correlación de las normas de los artículos 297, 342 letra c) y 374 letra e) del CPP.

9.- ¿Qué es en rigor la inmediación? La inmediación en su justa medida

§114. Enfoque adecuado en la interpretación de la inmediación en el marco del control del juicio sobre el juicio. Sobre lo reseñado hasta aquí, la única consecuencia que debiera derivarse del principio de inmediación es la de limitar el ámbito de aquellos elementos de juicio a partir de los cuales se debe justificar la decisión en relación a la prueba, es decir, el tribunal únicamente puede formar su convicción sobre la base de lo alegado y probado en el juicio oral y no en otros elementos como su conocimiento privado de un hecho o en prueba que no ha sido sometida al control del contradictorio.

Dice Valentín Cortés sobre este tópico que: “En efecto, la apreciación en conciencia no es sino la manifestación de la vigencia del principio de libre valoración en su grado máximo; esta apreciación libre no es desde luego apreciación o valoración falta o carente de fundamento ni de motivación (...) de modo que, en buena técnica, nada impide que una valoración libre se sobreponga y sea revisada en una instancia superior. El problema, por el contrario, debe centrarse en la necesidad de que el órgano judicial valore las pruebas y sólo las pruebas practicadas en juicio, es decir, a su presencia bajo el imperio más riguroso del principio de inmediación”⁶²⁰.

Entendida igualmente en su vinculación con el principio de oralidad se ha señalado que para que ésta “despliegue su máxima eficacia, las actuaciones procesales realizadas oralmente deben efectuarse ante el destinatario de las

⁶¹⁹ Andrés, P. “Acerca de...” op. cit. p. 297.

⁶²⁰ Cortés, V. “Los recursos en el proceso penal”, en VV.AA, *Derecho procesal penal*, Ed. Colex, Madrid, 1999, p. 706.

mismas, esto es, con la intermediación del juez sentenciador. El contacto directo de éste con los sujetos intervinientes en el proceso da seriedad al acto oral y, en cierta medida, hace que la justicia sea más cercana al justiciable, ya que se permite a las partes ‘ver la cara al Juez’, en quien en definitiva han confiado la resolución de su conflicto” y se agrega que “este contacto permitirá al juez hacerse una recreación de la realidad lo más certera posible, pues tendrá acceso directo a las declaraciones de todas las personas que conocen los hechos litigiosos, pudiendo formularles precisiones o aclaraciones que contribuyan a realizar su enjuiciamiento fáctico”⁶²¹

No puede formar parte de la argumentación probatoria ningún elemento que no se haya producido en el juicio oral y que, por tanto, no ha sido objeto del contradictorio, así el conocimiento privado del juez no es susceptible de ser integrado en la valoración probatoria, pues se transgrediría de esta forma, no sólo el principio de intermediación, sino los de bilateralidad y de contradicción.

Desde hace algún tiempo se ha afirmado que la base de la convicción del juez es el contenido total de los debates y el resultado de la eventual recepción de la prueba, pues las normas procedimentales pertinentes se valen de esta formulación o de otras similares para describir de dónde ha de sacar el juez su convicción. La fórmula de “suma del debate” expresa que todo lo que haya sido objeto del debate oral es aprovechable para la decisión. Se indica, sin embargo, que la referida fórmula de la “suma” sugiere que el juez al formar su convicción, sólo debería utilizar aquello que fue objeto del debate; no podría pues aprovechar su saber privado, lo que tiene como *ratio* la imposibilidad psicológica de juzgar imparcialmente cuando el juez mismo es testigo⁶²².

La intermediación implica un límite únicamente en el sentido que la convicción del juez sólo puede formarse con los elementos de prueba aportados por las partes en el juicio oral, no puede integrarse válidamente con otros elementos, ajenos a la suma del debate.

Dentro de este contexto no puede desconocerse que el juez conoce *privadamente* ciertos hechos que pueden influir en el contexto de descubrimiento y ello, por cierto, ocurre. Sin embargo, el contexto de justificación exige que el juez aporte razones que deben ser buenas razones para adoptar una decisión y el “conocimiento privado del juez sobre ciertos hechos en sí mismo, no puede

⁶²¹ Cerrato, E. y Picó, J. “El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia” <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp7pic.pdf>

⁶²² Vid. Walter, G. op. cit. pp. 291- 292.

considerarse una razón que justifique su veracidad. En suma la justificación no puede resumirse en un ‘esto es así porque yo lo sé’⁶²³.

§115. *Una técnica para la valoración de la prueba.* Es posible sostener que la intermediación rectamente entendida, debe incidir en la producción de la prueba, es decir, en el examen original de las distintas fuentes de ésta; de ahí que, en rigor, su vigencia impida al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio propiamente dicho, imperativo, de una lógica irreprochable, que se ha traducido en la prohibición legal de introducir en ese acto materiales de instrucción⁶²⁴, lo que en Chile está prohibido normativamente en el artículo 334 del CPP, que establece expresamente que no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público.

Es inspirada en el mismo principio la norma – artículo 329 del CPP- relativa a los peritos y testigos, que prescribe que durante la audiencia de juicio oral, éstos deberán ser interrogados personalmente, añadiendo que su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren⁶²⁵.

⁶²³ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 204.

⁶²⁴ Andrés, P. “Sobre el valor de la...” op. cit. p. 58.

⁶²⁵ Las normas legales traídas a colación, artículos 329 y 334 del CPP, reconocen como excepción los siguientes casos: artículo 331. *Reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral.* Podrá reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos:

a) Cuando se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en discapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192 y 280;

b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;

c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado, y

d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía.

Art 332. *Lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral.* Sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal, en su caso, o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiese elaborado.

En la praxis judicial estas excepciones, hasta ahora, se han utilizado con bastante prudencia, rigiendo como regla general los principios de oralidad e intermediación

La oralidad-inmediación es entonces “una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez”⁶²⁶, lo que quiere decir que sólo tiene valor instrumental y de medio al servicio de otros medios (los de prueba) y como tal puede ser objeto de usos correctos o incorrectos, dentro de los primeros a fin que el juez forme su convicción sobre la base de los elementos de juicio aportados por los intervinientes en la audiencia de juicio oral y, dentro de los segundos, su concepción como barrera insalvable para el control del superior jerárquico.

La inmediación, entonces, posee un valor desde el punto de vista de la epistemología, pues asegura mayor fidelidad en la transmisión de la información, pues mientras más intermediarios existan en el traspaso de ésta, existirá mayor posibilidad de distorsión en la entrega.

Igualmente en el contexto de la interpretación acertada, se ha afirmado que “el testimonio oral agiliza el control del juez sobre la veracidad de las declaraciones, baste pensar en la posibilidad de contestar inmediatamente a cada antinomia o ambigüedad contenida en la deposición y, sobre todo, de observar la actitud del testigo durante el examen. (...) Tampoco es cuestionable que las partes del juicio están en las mejores condiciones para encontrar las preguntas idóneas para desenmascarar falsedades o reticencias, para poner en claro olvidos e inexactitudes del testigo (...) pues, en definitiva, de la discusión (del interrogatorio cruzado, en este caso) sale la luz”⁶²⁷.

En los estrictos términos indicados, la inmediación únicamente libera al juez de justificar lo que ha constatado directamente por sus sentidos, por ejemplo que el testigo Sempronio *declaró* que vio a Ticio disparar sobre Cayo, siendo acertado afirmar que el hecho de que el testigo Sempronio dijo que vio a Ticio disparar sobre Cayo no requiere justificación pues fue apreciado directamente por el juez, pero ello sólo prueba que el testigo dijo aquello y nada más.

Lo anterior resulta coherente si consideramos que “las constataciones son enunciados conceptuales, es decir, enunciados sobre un hecho formulado por el juez tras la observación (la comprobación empírica *directa*) de ese hecho. Por ello,

⁶²⁶ Vid. Iacovello, F. op. cit. p. 151.

⁶²⁷ Andrés, P. “Sobre la motivación de la...” op. cit. p. 60. Lo anterior es igualmente vinculable con el compromiso epistemológico del proceso que se sustenta en esta investigación, pues es posible afirmar “la vigencia del denominado ‘deber de aclaración y veracidad’, que se manifiesta a través del interrogatorio ‘*ad clarificandum*’, previsto legalmente en el enjuiciamiento civil y en el penal [español] y en el reconocimiento de iniciativa probatoria al propio juzgador, igualmente verificable en ambos ordenes jurisdiccionales. Aspectos que autores como Taruffo consideran íntimamente relacionado con el propósito de ‘establecer la verdad de los hechos en disputa’”. Cabezudo, N. *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 33.

en sentido estricto, las constataciones no requieren motivación; mejor dicho, la motivación se reduce a dar cuenta de que los hechos que describen fueron definitivamente observados⁶²⁸.

Las constataciones, como puede desprenderse, no necesitarían motivación – aportar razones que justifiquen su veracidad- sino que ésta se ve cumplida con su simple manifestación, pues ellas derivan de la observación directa del juez, “de manera que siendo el propio juzgador el que ‘directamente’ ha observado el hecho que constata, la constatación se resume en la expresión de esa constatación”⁶²⁹.

Lo anterior no quiere significar, sin embargo, que ello ingrese al campo de lo incontrolable, pues el juez puede haber experimentado errores de percepción, pero mientras no se dé cuenta de tales errores, la manifestación de lo que el juez ha percibido es prueba válida de aquello que se describe.

Amplificar los alcances de la inmediatez estimando que constituye por sí sola un sistema de apreciación de la prueba importa retomar el modelo de la íntima convicción, pues en base a esta interpretación aparece autoevidente que el tribunal formaría su convicción en aquel momento en que toma contacto directo con los medios de prueba, “sensorialmente” como indica Tavolari⁶³⁰, lo que representa perniciosamente la imposibilidad de controlar la corrección de la fundamentación, ya que se identifica la valoración efectuada para el establecimiento de un hecho o de una proposición de contenido fáctico, con la creencia que adquiere el adjudicador sobre ella, eximiéndolo de la obligación de justificar la forma en que los elementos de juicio aportados son razones suficientes para considerar que el hecho afirmado probablemente ha ocurrido.

Debemos entonces desconfiar de lo emotivo, de lo íntimo, de las impresiones, pues aquéllas no pueden explicarse racionalmente, son imposible de justificar, permaneciendo en la esfera de lo incontrolable, lo que remite -como lo he señalado- muy posiblemente a la arbitrariedad. Resulta muy clarificador lo predicado por Perfecto Andrés Ibáñez sobre la apreciación de las pruebas directas y en especial sobre el lenguaje no verbal, al indicar que “la lectura del lenguaje gestual, de la actitud del que declara, en el momento en que lo hace, conformada por rasgos esencialmente ambiguos, de imprecisa significación y, por ello, abiertos a toda las interpretaciones en cualquiera de las claves posibles, (...) la palidez del rostro, el tartamudeo y la inseguridad en la expresión o lo que se haga con las

⁶²⁸ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 218.

⁶²⁹ *Ibidem.* p. 205.

⁶³⁰ Tavolari, R. *Instituciones de...* op. cit. p. 206.

manos durante el interrogatorio, a los ojos de un observador no especializado en esta clase de exámenes y sin otros datos y antecedentes del declarante que los formalizados que consten en la causa, lo mismo podría significar miedo del culpable a ser descubierto en la escenificación de la mentira, que pavor del inocente a no ser creído en la afirmación de la verdad”⁶³¹.

Es por ello que la forma de entender la inmediación, que se pretende descartar, “versión fuerte” en los términos de Ferrer⁶³², se corresponde y ensambla perfectamente en el llamado modelo persuasivista o subjetivista de la valoración, toda vez que se aviene con la íntima convicción como método de valoración, en que lo que vale como razonamiento probatorio son las creencias del propio juzgador, que se adquieren de manera instantánea, mágica, extática e inefable del hecho procesal de haber recibido personalmente la prueba el juez, con exclusión de un tercero extraño. Obviamente si la convicción sobre los hechos se produce de esta manera, no será posible ni necesaria la motivación de la decisión de tener por acreditado aquellos hechos, por cuanto las creencias son imposible de motivar al igual que los estados inefables y por ende no podrá realizarse ningún control intersubjetivo sobre la valoración efectuada por un órgano distinto de quien ha realizado la valoración.

10.- Crítica a la ambigua y confusa concepción de la *prueba directa* en el marco de la inmediación como “sistema de valoración”

§116. *Un apunte introductorio en relación a los hechos objeto de la prueba.* En aquellos modelos de enjuiciamiento criminal de corte acusatorio -como ya se ha precisado- rigen los principios o garantías de oralidad, publicidad, concentración, contradictoriedad e inmediatez, de esta manera, el tribunal en audiencias públicas, y por tanto orales, percibe la prueba que se produce ante él. Así suele decirse que el juez entra en contacto directo e inmediato con la prueba, como ocurre cuando oye a un testigo o a un perito⁶³³.

Antes de avanzar en este acápite, es preciso volver a señalar que el juez toma contacto con los acontecimientos en un juicio oral y público no de manera

⁶³¹ Andrés, P. “Sobre el valor...” op. cit. p. 60.

⁶³² Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 63.

⁶³³ “(...) se considera que hay pruebas que son directas, y que, a través de los ‘visto y oído’ en el acto del juicio, propician una percepción de los hechos sin mediaciones. Confieren al juez un acceso privilegiado a los mismos, como por iluminación”. Postura de que da cuenta y critica profusamente Andrés, P. “Justificación de las decisiones judiciales: una aproximación teórico práctica”, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 110.

directa –inmediata- sino mediata a través de los elementos de prueba, pero que la intermediación posibilita el contacto del tribunal con las fuentes de ésta, en especial las de carácter personal.

Es fecundamente difundida la idea que la prueba directa pone en contacto al juez con los hechos, eficacia de la que carecería la prueba indirecta⁶³⁴, sin embargo, es insoslayable puntualizar que “en el proceso no hay ‘aprehensión inmediata de lo real, observación directa’ sino ‘reconstrucción del pasado según las huellas del presente, constituidas por la pruebas’ y en ese sentido las pruebas son siempre indiciarias”⁶³⁵. Entonces, es posible la afirmación que el contacto del juez con el enunciado de contenido fáctico, resulta verdadera y a su vez limitada, pues “cuando decimos que ‘en el juicio debemos probar los hechos’ (por ejemplo, los contenidos en la acusación), lo que estamos diciendo es que las afirmaciones que se aportarán con los medios (elementos) de prueba en juicio, acreditarán la correspondencia entre los enunciados que se muestran al juez, con la realidad que ha acaecido”⁶³⁶.

Para acreditar una determinada proposición fáctica es necesario que en el proceso ellas se justifiquen mediante los diversos elementos de juicio disponibles que deben ser aportados por las partes en la audiencia de juicio, los que deben proporcionar buenas razones para tener por corroborada determinada hipótesis y, eventualmente, la hipótesis final de culpabilidad o inocencia.

Entonces el objeto de la prueba son los enunciados de contenido fáctico, por lo que debemos aclarar eso si previamente, como lo hace Avilés⁶³⁷, que los hechos “no ingresan al proceso como entidades naturales, no son hechos en sentido ontológico, pura porción de una realidad en bruto. En efecto, el juez no

⁶³⁴ En relación al concepto de prueba indirecta o indiciaria se ha señalado “que los civilistas hablan con preferencia de *presunciones* (*de hecho o del hombre*, puesto que no se trata aquí de las llamadas legales); los criminalista de *indicios*; y los juristas ingleses o americanos, de *circunstancias*, que es el término más genérico: de donde proviene el nombre de prueba por presunciones o (si esta acepción está admitida) *presuntiva*; o de prueba *indiciaria* (término reciente); o también de prueba circunstancial (término inglés). Comprende toda acción o circunstancia en relación con el hecho investigado y que permite inferir la existencia o las modalidades de éste último”. Gorphe, F. *Apreciación judicial de las pruebas*. Ed. Temis, Bogotá, 2004, p. 201. Se señala además que “a la prueba indiciaria se la califica exactamente de prueba indirecta, y se le contraponen, por tanto, a la prueba directa. Leone, G. *Tratado de derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, p. 167.

⁶³⁵ Igartua, J. “Los indicios tomados en serio”, en Santiago Ortega (editor) *Interpretación y razonamiento jurídico*, ARA Editores, Lima, 2009, p. 493.

⁶³⁶ Avilés, L. “Hechos y fundamentación de las sentencias. Una garantía constitucional”, *Rev. de estudios de la justicia*, n. 4, año 2004, pp. 179-180.

⁶³⁷ “La palabra ‘hecho’ tiene la misma connotación en el lenguaje común y en el lenguaje jurídico: el ámbito de los hechos es supuestamente el de lo objetivo, lo que es susceptible de ser verificado en la ‘realidad’ y que no depende del sujeto”. Nota a pie de página n° 26, Nettel, L. “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”, *Rev. ISONOMIA*, N° 5, octubre de 1996, pp. 114. http://cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02405065325240496976613/isonomia05/isonomia5_06.pdf

entra en contacto personal con los hechos, sino con proposiciones relativas a éstos, las que vienen siempre dadas en un determinado lenguaje que implica una carga de relativismo a explicitar y superar...”⁶³⁸. Agrega, que “esta es la primera advertencia que interesa mantener, los hechos siempre son apreciados por el juez a través de los medios de prueba, o más precisamente los elementos de prueba: testigos, víctima, imputado, etc.,...”⁶³⁹.

La inmediación consiste, entonces, en que el juez ha de tener en el juicio oral, una percepción directa de los hechos o -más rigurosamente- de los medios de prueba de los hechos, pero a partir de aquí debe realizar inferencias que puedan ser intersubjetivamente controladas.

Las consideraciones anteriores, llevan a postular que –desde el punto de vista de la aceptabilidad de hipótesis o de corroboración de éstas- es pertinente la diferenciación que suele hacerse entre prueba directa y prueba indirecta o indiciaria existiendo tendencialmente mayores exigencias de justificación respecto de la segunda.

Existen al menos cuatro criterios diferenciadores entre prueba directa y prueba indirecta, los que se presentan confusos, oscuros y, en su mayoría inútiles, sin embargo, es insoslayable hacerme cargo de ellos para denotar los yerros presentes, sobretudo en la praxis jurisprudencial, que los erige como cortapisas para que tenga lugar el control anulatorio.

§117. *Criterio que distingue conforme la naturaleza del medio empleado.* Existe un primer criterio que atiende a la naturaleza del medio empleado (histórico y no histórico), para el cual serían directas las denominadas pruebas históricas (testimonios, peritos, documentos), pues se dice que éstas exponen directamente el hecho que se quiere probar. Sin embargo, pese a esta categorización, se ha señalado que “[t]al afirmación resulta incorrecta, pues la distinción de prueba directa y prueba indirecta es más bien de carácter funcional y relacional, es decir, no se basa en ningún aspecto que pueda ser considerado ‘inherente’ a la naturaleza de las pruebas, sino que depende más bien de la conexión entre las pruebas y los hechos litigiosos. En consecuencia, un medio de prueba no puede de antemano ser considerado como prueba directa o indirecta (...) todo dependerá

⁶³⁸ Avilés, L. op. cit. p. 178.

⁶³⁹ *Ibidem.* p. 179.

de si ésta tiene por objeto el ‘hecho a probar o hecho principal’ o por el contrario dice relación con otro hecho secundario”⁶⁴⁰.

Martínez Arrieta⁶⁴¹ señala que prueba histórica o directa es aquel medio de prueba –testigo, documento, vestigio, etc.- que “expone un hecho histórico que conoce o expresa”; indicando que la prueba indiciaria en cambio es prueba “crítica”, por cuanto el indicio no expresa un hecho histórico, sino que es indicativo del mismo, en el sentido que lo sugiere; requiriendo la intervención del raciocinio.

§118. *Criterio que atiende a la percepción del juez en relación con el hecho a probar.* Es necesario partir señalando que este criterio es confuso y oscuro y por lo tanto muy deficiente para sustentar en él la distinción. Según este criterio el acento debe ponerse en la percepción del juez en cuanto al hecho a probar y denomina prueba directa a aquel procedimiento probatorio consistente en la contrastación empírica directa que realiza el juez del hecho que se prueba; es decir, en la observación inmediata del hecho al que el enunciado se refiere, en cambio se denomina prueba indirecta al procedimiento probatorio que permite al juez llegar al hecho que se prueba a partir de la percepción de otro u otros que conducen al primero, a través de un proceso inferencial⁶⁴².

Plantea el inconveniente que no define qué es *la percepción del juez*, como si ello fuera algo prestablecido, pacífico y sin mayores disquisiciones⁶⁴³ y además parece confundir dos sentidos distintos en que puede hablarse de prueba directa: como constatación u observación empírica del hecho a probar y como prueba relativa al hecho principal.

⁶⁴⁰ Cfr. Carnelutti, F. *La prueba...* op. cit. p. 99 y *Lecciones sobre...* op. cit. pp. 300-3001. “Dado el lenguaje de la jurisprudencia, parece que no es preciso el concepto y la distinción de las pruebas directas o indirectas.(...) *Pruebas directas*, según la misma, son la confesión, las declaraciones de testigos, la pericial, las inspecciones judiciales, los documentos; e *indirectas*, los indicios, Ahora bien, los indicios son, sin duda, pruebas indirectas, pero en mi opinión, las demás indicadas no son siempre y sólo directas, pues pueden muy bien no serlo. En efecto, o se refieren a una de las circunstancias *constituyentes* del delito, o bien a una de las indiciarias; en el primer supuesto, son pruebas directas; en el segundo, indirectas”. Ellero, P. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1994, p. 89.

⁶⁴¹ Martínez, A. “La prueba indiciaria en la prueba en el proceso penal” en *Centro de estudios judiciales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 55 y 56.

⁶⁴² Es sostenido por Carnelutti y seguido por pocos autores. Carnelutti, F. *La prueba...* op. cit. p. 54 y *Lecciones...* op. cit. p. 296.

⁶⁴³ Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. p. 454 quien indica que si bien Carnelutti en su obra *La prova civile* habla repetidamente de la expresión “percepción” y de la “percepción indirecta”, no analiza nunca el concepto de percepción, como si éste fuera simple e intuitivo, limitándose a subrayar que no incluye sólo la vista, sino también el tacto, el gusto y el olfato.

§119. *Criterio que atiende a la necesidad de un método inferencial.* Este criterio, que es igualmente incierto y oscuro, atiende a la necesidad o no de un razonamiento inferencial, lo que resulta a todas luces incorrecto, pues tanto la prueba directa como la indirecta requieren tal razonamiento, por ello no resulta acertado señalar que la prueba directa, al recaer directamente sobre el hecho a probar, libere al juez del razonamiento probatorio, por surgir éste en forma espontánea.

Tanto la prueba indirecta como la directa, exigen en un sistema racional de valoración de la prueba, el correspondiente ejercicio inferencial, que cubra tanto la credibilidad o atendibilidad del medio de prueba, como la constatación de su adherencia a la realidad empírica. Lo único que diferencia uno u otro caso es el número de pasos inferenciales en la cadena argumentativa.

§120. *Distinción conforme al criterio canónico.* Para dotar de claridad terminológica a los conceptos que se analizan, es necesario dar cuenta de otras distinciones entre estas categorías. Desde el punto de vista que se ha denominado criterio canónico que pone su atención en la relación entre la prueba (medio de prueba) y hecho principal a probar, es posible afirmar que “el binomio prueba directa/prueba indirecta no pierde pertinencia, (...) porque se llama ‘prueba directa’ a la que versa directamente sobre el hecho principal (p. ej. que Fulano fue el autor de los disparos contra Mengano). En palabras más rigurosas y autoritativas: ‘La prueba podrá definirse como directa o indirecta según la relación que se establece entre el hecho a probar y el objeto de la prueba (o mejor: entre los hechos que son afirmados en las dos enunciaciones)’⁶⁴⁴.

La más simple situación respecto de la prueba de una hipótesis sobre el hecho es aquella en la que existe un único elemento de prueba que versa directamente sobre esa hipótesis, como lo sería una declaración testifical que confirma la existencia de un hecho o de un documento que lo representa: el objeto y el resultado de la prueba pueden ser expresados en una proposición que coincide, en su contenido, con la que constituye la hipótesis sobre un hecho. En este tipo de situaciones, claramente, el grado de confirmación de la prueba equivale al grado de confirmación de la hipótesis⁶⁴⁵.

Entonces, existe prueba directa cuando los enunciados tienen como objeto el mismo hecho, o sea cuando la prueba versa sobre el hecho principal. Habrá, en

⁶⁴⁴ Igartua, J. “Los indicios tomados en...” op. cit. p. 494.

⁶⁴⁵ Vid. Taruffo, M. *La prueba de los...* op. cit. pp. 257-258.

cambio, prueba indirecta cuando no se verifica esta situación, o sea cuando el objeto de la prueba esté constituido por un hecho diferente del que debe ser probado en cuanto jurídicamente relevante para los fines de la decisión. Para entender mejor: el testimonio de quien ha presenciado el robo constituye una prueba directa; el testimonio de quien ha visto al imputado comprarse un pasamontañas (quizás para robar) no pasa de prueba indirecta⁶⁴⁶.

Puede suceder que a partir del hecho que constituye el objeto de la prueba, y que se ha demostrado “verdadero”, puedan obtenerse inferencias respecto del “hecho a probar”, es decir, elementos de confirmación de la aserción que se refiere a ese hecho⁶⁴⁷.

Este caso que incluye diversas situaciones posibles, la prueba opera como premisa de una inferencia que tiene como conclusión el enunciado sobre el hecho a probar, esto es, la prueba demuestra un “hecho secundario” que sirve para establecer, mediante un razonamiento inferencial, la verdad del “hecho principal”. La prueba, entonces, es indirecta en sentido estricto porque ofrece elementos de confirmación de la hipótesis sobre el hecho a probar, pero el juez puede llegar a esta confirmación únicamente a través de un paso lógico de un hecho (el objeto de la prueba) a otro (el hecho jurídicamente relevante)⁶⁴⁸.

No existe, entonces, diferencias ontológicas entre prueba directa y prueba indirecta, como si fueran de distinta naturaleza y de diferente fuerza probatoria, sino que apuntan a objetivos diversos, la primera al hecho principal y la segunda a un hecho secundario.

Frente a esta distinción y de cara a la habitual pregunta ¿si ella involucra que en la prueba directa huelgan las inferencias mientras que éstas son la linfa de las pruebas indirectas?, Igartua⁶⁴⁹, responde de manera tajante que ello no es así y ahonda en que se suele afirmar o subyace de lo que se argumenta, que si el juez otorga credibilidad a un elemento de prueba directo, cualquier razonamiento inferencial está de más, puesto que en este caso la inferencia se configura como

⁶⁴⁶ Vid. Igartua, J. “Los indicios tomados en...” op. cit. p. 494. vid. Taruffo, M. *Los hechos en el...* op. cit. p. 455.

⁶⁴⁷ Taruffo, M. *Los hechos en el...* op. cit. p. 456. Señala igualmente: “Puede suceder que el hecho que es objeto de la prueba no tiene ninguna vinculación lógica o cognoscitiva con el hecho a probar: no sólo los dos hechos son distintos, sino que también carecen completamente de cualquier correlación significativa. En este caso, se está ante una prueba irrelevante, que debería ser excluida de forma preliminar, o bien ante una prueba inútil, que ya ha sido asumida pero que ha producido un resultado que no sirve a los efectos de la decisión sobre el hecho a probar. No obstante una prueba de este tipo no puede considerarse como ‘prueba indirecta’, y ni siquiera como ‘prueba’ en sentido estricto, ya que –aunque sea en forma indirecta– la prueba siempre debe ser apta para decir algo significativo sobre el hecho principal que tiene que probarse, es decir, para ofrecer elementos de confirmación o de falsación de la aserción que versa sobre ese hecho”.

⁶⁴⁸ *Ibidem*.

⁶⁴⁹ Igartua, J. “Los indicios tomados en...” op. cit. p. 495.

tautología que se mueve desde una proposición particular (la que enuncia el elemento de prueba) hacia otra proposición particular (la que constituye la hipótesis factual correspondiente, sin la mediación de criterios generales en virtud de la relación de identidad existente en el plano lógico-semántico, entre las dos proposiciones.

Lo afirmado es clarificado por el autor con un ejemplo: Supongamos que la hipótesis a probar sea que *Fulano disparó contra mengano*; si el juez tras escuchar el testimonio de Zutano y convencido de su veracidad, considera que “Zutano vio efectivamente que Fulano disparó contra Mengano”, entonces salta a la vista que hay identidad entre la hipótesis a probar y lo que prueba la declaración de Zutano; y si ésta es verdadera (o se toma como tal), también lo será (o deberá tomarse como tal) el enunciado de la hipótesis acusatoria.

§121. *Confusión en torno a la prueba directa como una categoría privilegiada que no requiere de mayor razonamiento inferencial.* Uno de los criterios -como se adelantó-, es el que atiende a la necesidad de un razonamiento inferencial, que de ordinario sólo se exige respecto de la prueba indirecta, estimándose que la llamada directa no requiere ningún tipo de razonamiento y que el conocimiento fluye espontáneamente del contacto directo del juez con los elementos de juicio en virtud de la inmediación, en algunos casos y del hecho que la prueba –directa– recaiga sobre el hecho a probar, en otros.

A propósito de esta clasificación, Gascón⁶⁵⁰ señala que una de las distinciones más habituales en el discurso sobre la prueba es la que media entre prueba directa y prueba indirecta y aunque no existe unanimidad sobre el criterio que funda esta distinción, puede decirse que la concepción “canónica” de la misma, por ser la normalmente usada por la doctrina y sobre todo por la jurisprudencia, entiende por prueba directa, aquella que se identifica con la histórica y en la que el hecho a probar surge directa y espontáneamente, sin mediación alguna ni necesidad de raciocinio, del elemento de prueba y que tiene la virtualidad por si sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho, pues la prueba versa directamente sobre el mismo. El caso paradigmático es la testifical⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ Gascón, M. “La motivación de la...” op. cit. p. 98.

⁶⁵¹ Vid. Gascón, M. “*Argumentación jurídica*”, en La misma (coord.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 386.

Conforme a este criterio, en la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que se trae a colación, prueba indirecta o crítica o circunstancial o indiciaria, es aquella en la que el hecho que se quiere probar no surge directamente del medio o fuente de prueba sino que se precisa del razonamiento y, además, es incapaz por si sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho⁶⁵².

Vinculado a lo anterior, parecería que la espontaneidad en un caso y la necesidad de razonar en el otro conlleva también una diferente calidad epistemológica y, por tanto, un diferente valor o fuerza probatoria de los resultados de ambos tipos de prueba: mayor en el primer caso, por ser en mayor medida teñida de objetividad y, por ende, de imparcialidad; menor en el segundo, porque hace entrada en ella la subjetividad del juez en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia⁶⁵³.

Es posible reafirmar que este criterio es, sin embargo, errado y confuso, pues ambos tipos de prueba –directa e indirecta- requieren la realización de un ejercicio inferencial, por cuanto “en mayor o menor grado, todas las pruebas son ‘indiciarias’ pese a que se restrinja ese calificativo para designar a las pruebas ‘indirectas’ (que, ciertamente, lo son y por partida doble: sirve de indicio para probar un hecho secundario, y el hecho secundario se erige después en indicio para probar el hecho principal)”⁶⁵⁴.

Como se indicó el razonamiento inferencial es común a ambos tipos de prueba, como en el caso de la declaración de un testigo presencial de los hechos, que depende en sí misma de generalizaciones, pues los testigos filtran sus observaciones del caso en base a sus propios sesgos, prejuicios y preconcepciones⁶⁵⁵, así pues por ejemplo, que el testigo Ticio declare que vio a Sempronio golpear a Cayo, no prueba (directamente) nada más que Ticio dijo haber visto a Sempronio golpear a Cayo, pero no que esto realmente ocurriera, es decir, prueba directamente que el testigo dijo lo que dijo y esto es algo que los jueces pueden constatar producto de la inmediatez por sus propios sentidos. A partir de esa información (de ese elemento de juicio) podremos considerar confirmado el otro enunciado -que Sempronio golpeó a Cayo-, pero es necesario que la declaración del testigo Ticio pueda ser aceptada como creíble y la credibilidad del testigo –que Ticio no ha mentado, ni que ha tenido errores de percepción o de memoria- es, desde el punto de vista justificativo, el resultado de

⁶⁵² *Ibidem*. p. 386.

⁶⁵³ Gascón, M. “La motivación de la...” op. cit. p. 98.

⁶⁵⁴ Igartua, J. “Los indicios tomados en...” op. cit. p. 495.

⁶⁵⁵ Larroucau, J. op. cit. p. 793.

un proceso racional de una inferencia o de varias inferencias, que son también las que deben estar presentes en el caso de la prueba indiciaria⁶⁵⁶.

Así no existe diferencia entre un tipo de prueba u otro, la única diferencia que pudiera existir es el número de pasos inferenciales entre los elementos de juicio y la confirmación del enunciado o la hipótesis⁶⁵⁷.

A través de las constataciones, se puede corroborar que el testigo “Z” o el perito “Y” dijo “X”, sin embargo, al juez sólo le consta este enunciado, que ha sido apreciado por sus sentidos: que el testigo “Z” o el perito “Y” dijeron “X”, mas no la verdad (o la probabilidad en grado suficiente) de “X”, tal inferencia es el producto de un razonamiento inductivo y como tal puede ser empíricamente contrastable. No basta la mera enunciación de frases formales carentes de contenido tales como que el testigo es digno de fe, pues impresiona veraz, declara con seguridad, no titubea etc..., las que se encuentran generosamente en los fallos de los tribunales de fondo.

Se señala que la prueba directa, y es obvio, por lo que se viene analizando, requiere necesariamente alguna inferencia para acreditar la atendibilidad del elemento de prueba que nos transporta al hecho principal. La prueba indirecta, demanda en cambio, inferencias en mayor número: primero las exigencias para testar la fiabilidad de los medios de prueba que conducen a la prueba del hecho secundario y, luego, las imprescindibles para enlazar el hecho secundario con el hecho principal.

Lo anterior acarrearía una consecuencia adversa a la prueba indirecta a la luz de los principios que miden la solidez del razonamiento probatorio, que señala que una prueba es tanto más débil cuanto mayor sea el número de eslabones que comprende la cadena inferencial utilizada. Igartua afirma que tal planteamiento ha sido enfatizado por quienes pretenden emplear cálculos matemáticos en la determinación de la probabilidad probatoria, lo que produce resultados decepcionantes y que es distinto el panorama si en lugar de recurrir a teorías

⁶⁵⁶ Aceptar la premisa probatoria (Zutano dice que p) implica, siempre y en todo caso, un haz de inferencias sobre la sinceridad del testigo, sobre la calidad de sus percepciones y sobre su memoria, por lo que también en las pruebas directas las inferencias adquieren un protagonismo decisivo. Igartua, J. “Los indicios tomados en...” op. cit. p. 495

⁶⁵⁷ La jurisprudencia española, al margen de este predicado, ha definido lo que entiende por este binomio “Prueba directa es aquella que de forma inmediata ofrece un contenido probatorio concreto en tanto surge de él, espontáneamente, la posibilidad de su valoración. Es, en fin, la prueba que aclara la investigación, permitiendo la convicción judicial sin necesidad de deducciones ni inferencias. Así, la confesión del acusado o la declaración, en muchos casos, del testigo. Más frente a esta prueba existe la indiciaria o indirecta cuando por medio de dos o más indicios acreditados... se llega lógica y racionalmente, y por las vías de la experiencia... al hecho consecuencia...que se quiere acreditar”. (STS 572/1996, de 16 de septiembre de 1996), citada por Gascón, M. “La motivación de la...” op. cit. p. 99. Cfr. González Lagier, D. “La prueba de la intensidad y el principio de racionalidad mínima”, *Rev. Jueces para la democracia*, N°50, 2004, pp. 42 y 43.

matemáticas de la probabilidad se analiza la lógica de las inferencias en razón de sus concretos grados de atendibilidad⁶⁵⁸

§122. *Exigencias doctrinarias y jurisprudenciales respecto de la prueba indiciaria.* En España, señala Mercedes Fernández⁶⁵⁹, que para la apreciación de las pruebas indiciarias se exige –por la dogmática- la presencia de determinados requisitos. Así, mientras los indicios deben estar plenamente probados (o ser fiables), ser plurales y pertinentes, la conclusión ha de alcanzarse a partir de las premisas, gracias a la aplicación de una máxima de experiencia –común o especializada- bien fundada, la que no ha de entrar en competencia con conclusiones incompatibles, que el tribunal considere igualmente fundadas ni con hechos considerados probados que tengan suficiente fuerza para derrotarla y agrega que estos requisitos no son más que una explicitación de las reglas de la racionalidad inductiva que han de presidir la valoración de cualquier otro tipo de pruebas y, por tanto, se encuentran también en la base de los requisitos que han de reunir las pruebas personales para ser consideradas pruebas de cargo suficiente para condenar.

Por su parte Pastor Alcoy⁶⁶⁰ afirma que la denominada prueba de indicio es la más subjetiva de todas, pues en ella se hace mucho más presente el proceso mental del juzgador, que la objetividad de las pruebas directas. La jurisprudencia, consciente de esa importante carga subjetiva, exige por ello, para poder apreciar la prueba de indicios unos requisitos que hemos venido a llamar formales, pues tienen como objeto manifestar cuál ha sido *el proceso mental del juzgador*. Por ello la sentencia basada en prueba indiciaria deberá concretar los indicios y efectuar la motivación del juicio de inferencia.

En el marco de estos predicados el TS Español ha resuelto: “*En efecto, la prueba indirecta, indiciaria o circunstancial es susceptible de enervar la presunción de inocencia, es un principio definitivamente consolidado por la doctrina del Tribunal Constitucional que en multitud de precedentes se ha pronunciado al respecto, declarando desde las sentencias 174 (RTC 1985, 174) y 175 (RTC 1985,*

⁶⁵⁸ *Ibidem*. Cfr. Taruffo, M. *La prueba de los...* pp. 241 y ss.

⁶⁵⁹ Vid. Fernández, M. “La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable” <http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>. Universidad de Alicante. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, ISSN 1138-9877, **Nº. 15, 2007** (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007), pp. 3-4.

⁶⁶⁰ Vid. Pastor, F. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia*, Editorial Práctica de Derecho, S.L. Valencia, 1995, pp. 17. El énfasis es añadido.

175) ambas de 17.12.85, la aptitud de la prueba de indicios para contrarrestar la mencionada presunción. (...) A partir de tal fecha con frecuencia se ha venido aplicando y estudiando por los Tribunales de Justicia esta clase de pruebas que ha adquirido singular importancia en nuestro Derecho Procesal, porque, como es obvio, son muchos los casos en que no hay prueba directa sobre un determinado hecho, y ello obliga a acudir a la indirecta, circunstancial, o de inferencias, para a través de los hechos plenamente acreditados (indicios), llegar al conocimiento de la realidad de aquel necesitado de justificación, por medio de un juicio de inducción lógica conforme a las reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos (SSTC 229/88 [RTC 1988, 229], 107/89 [RTC 1989,107], 384/93 [RTC 1993, 384], 206/94 [RTC 1994, 206], 45/97 [RTC 1997, 45] y 13.7.98 [RTC 1998, 157])⁶⁶¹.

Es necesario puntualizar, siguiendo a Fernández, que las reglas que se exigen en la sentencia, no tienen que verse necesariamente como reglas de prueba tasada (porque no implican que el resultado probatorio sea independiente de la convicción judicial), sino que sólo se trata de criterios que el órgano jurisdiccional ha de tener en cuenta para dotar de fiabilidad a la fuente de prueba y a su declaración⁶⁶².

Señala también la autora que la prueba testifical –podríamos decir directa, desde el punto de vista del criterio que atiende a la naturaleza del medio empleado- pareciera estar en una situación privilegiada que impide, en cualquier circunstancia, que le sean aplicadas las reglas mencionadas y, en definitiva, que su valoración pueda ser sometida a control alguno bajo el influjo del principio de inmediación, en virtud del cual parece que el juez ha de poder percibir señales emitidas por el testigo que le indican -a él, y sólo a él- si su declaración es veraz o no.⁶⁶³

⁶⁶¹ STS Español num. 552/2006 de 16 de mayo RJ\2006\3151. En el mismo sentido num. 107/1989 de 8 de junio, fuente www.wetslaw.es Exigiendo la referida sentencia a continuación una serie de requisitos que pueden sintetizarse en:

a.- Pluralidad de los hechos-base o indicios;

b.- Precisión de que tales hechos base estén acreditados por prueba de carácter directo y ellos para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentarían los riesgos en la valoración

c.- Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar;

d.- Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no sólo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados;

e.- Racionalidad de la inferencia; y

f.- Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia.

⁶⁶² Fernández, M. “La valoración de...” op. cit. p. 4.

⁶⁶³ Vid. Fernández, M. “La valoración de...” op. cit. pp. 8-9.

Marina Gascón plantea un predicado similar, pues señala que sobre la base de las posiciones que denomina *cognoscitivismo acrítico*, siguen quedando exentas de motivación amplias áreas del juicio de hecho, en virtud de la interpretación de la libre convicción como convicción íntima y libérrima que el juez obtiene en la inmediatez del material probatorio, fundado en que si la convicción del juez es el resultado de su exposición directa al material probatorio (a través de la cual el juez se da cuenta si el testigo tiembla o titubea, si suda o está entero), y –a través de todo ello- si dice la verdad o miente, entonces esa convicción no es susceptible de racionalización⁶⁶⁴.

Esta carga de subjetivismo que se aprecia en expresiones tales como el testigo impresiona veraz, titubea, suda, mueve demasiado las manos, declara con seguridad y aplomo, entre otras, impiden formular cualquier tipo de reparo a quien no ha podido impresionarse, ver el titubeo, la seguridad, el aplomo, el sudor, etc...e impide el control de un razonamiento, por lo demás, inexistente.

En síntesis, no existen estrictamente medios directos de prueba, pues ninguna prueba pone en contacto directo al juez con los hechos y todo elemento de juicio que se integre en el razonamiento probatorio, deberá ser sometido previamente a las reglas de la racionalidad inductiva. La diferencia que existe entre la prueba directa y la indirecta es sólo una diferencia en el número de pasos inferenciales a través de los cuales la prueba se relaciona con el hecho principal a probar.

11.- Errada concepción de los contextos de descubrimiento y de justificación

§123. *Contexto de descubrimiento y contexto de justificación o validación, un aporte de la ciencia.* Como podrá apreciarse, hasta aquí se ha dado cuenta de la tendencia restrictiva que la praxis realiza del recurso de nulidad, la cual se funda, en gran medida, en la interpretación subjetivista o intimista de la inmediación.

Esta tendencia a esconder detrás de la inmediación el miedo a ampliar los márgenes del recurso de nulidad, como mecanismo de control de los hechos probados, es posible de comprender, prioritariamente, por la confusión presente en la doctrina, y especialmente en la jurisprudencia, de los contextos de descubrimiento y de justificación.

⁶⁶⁴ Vid. Gascón, M. “Concepciones de la...” op. cit. p. 50.

Los Tribunales aducen que el proceso de valoración de la prueba se sitúa en el fuero interno del adjudicador, en un plano inexpugnable, alejado de toda posibilidad de escudriñarlo, soslayando de esta forma el control de la justificación de la suficiencia de los elementos de juicio en que se funda la hipótesis que se ha dado por probada.

Por cierto, si el proceso valorativo contemplado sólo se redujera a dar cuenta del *íter* mental presente en el adjudicador para alcanzar el estado de convencimiento necesario para tener por probado determinado hecho, tal predicamento de la jurisprudencia sería del todo impecable, sin embargo, es preciso realizar ciertas disquisiciones, como la que distingue los planos anunciados. Así, podríamos simplificar las cosas y partir por señalar que contexto de descubrimiento implica la forma cómo el juez razona o investiga para llegar a una cierta conclusión, y que el contexto de justificación se refiere a la corrección de ese razonamiento que lo llevó a determinada conclusión.

La distinción entre los contextos anotados no es propia de la filosofía del derecho⁶⁶⁵, esta disciplina la tomó de la teoría de la ciencia de corte neopositivista. Es posible sostener entonces, que “esta distinción tiene ya cierta tradición entre los filósofos del derecho que, a contar de la década de los sesenta, comenzaron a tomarla del lenguaje de la filosofía de la ciencia. En este último terreno esa distinción había sido desarrollada años antes con el fin de circunscribir y caracterizar el ámbito operativo de la epistemología y diferenciarlo del objeto propio de la psicología o filosofía del conocimiento”⁶⁶⁶.

Para intentar clarificar los conceptos que se pretende utilizar, es útil recurrir a la conceptualización que de estos planos nos proporciona González Lagier⁶⁶⁷, quien afirma que de acuerdo con esta distinción, una cosa es el conjunto de operaciones que realizamos para descubrir o formular una hipótesis (contexto de

⁶⁶⁵ “En la filosofía de la ciencia se suele distinguir (cfr. Reichennbach, 1951) entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las teorías científicas. Así, por un lado está la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría que, según opinión generalizada, no es susceptible de un análisis de tipo lógico, lo único que cabe aquí es mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico, lo que constituye una tarea que compete al sociólogo y al historiador de la ciencia. Pero, por otro lado está el procedimiento consistente en justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez; esta última requiere un análisis de tipo lógico (aunque no sólo lógico) y se rige por las reglas del método científico (que, por tanto, no se aplican en el contexto de descubrimiento). La distinción se puede trasladar también al campo de la argumentación en general, y al de la argumentación jurídica en particular”. Atienza, M. *Las razones...* op. cit. pp. 31-32.

⁶⁶⁶ Cfr. Accatino, D. *La motivación de las sentencias, genealogía y teoría*. Tesis para la obtención del grado de Doctor. Universidad de Granada, 2005, pp.148. <http://hera.ugr.es/tesisugr/15837889.pdf>. Cfr. Accatino, D. “Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial” *Rev. de Derecho UACH*, v. 13 dic. 2002, pp. 9-25.

⁶⁶⁷ Vid. González Lagier, D. “Hechos y argumentos...” op. cit. p. 45.

descubrimiento) y otra el conjunto de operaciones que realizamos para validarla, justificarla o mostrarla como correcta (contexto de justificación o validación).

Taruffo por su parte indica que el análisis estructural del razonamiento del juez debe partir, necesariamente, de la individuación de la función típica de dicho razonamiento. Así, mientras que la estructura del razonamiento decisorio está condicionada por el hecho de que la finalidad que éste persigue es alcanzar la decisión, la estructura de la motivación está condicionada por el hecho de que ésta se encamina a justificar la decisión. Distingue consecuentemente entre *context of discovery* y *context of justification*, entendiendo con el primer término el procedimiento que conduce a formular una determinada solución de un problema, y con el segundo, el procedimiento encaminado a demostrar, justificándola, la validez de dicha solución⁶⁶⁸.

Por su parte Wasserstrom⁶⁶⁹ en el marco de su defensa del silogismo judicial frente a la crítica realista, procede a efectuar la distinción, indicando que el “proceso de decisión judicial” puede denotar dos procedimientos diferentes –que estima son aplicables en todo ámbito decisorio o deliberativo- el proceso de descubrimiento, o la forma en que una decisión o conclusión es alcanzada y el proceso de justificación, o la forma en que una decisión o conclusión puede ser justificada⁶⁷⁰.

Según Laura Netell⁶⁷¹ la mayor parte de los autores, entre los que cita a MacCormick, Aarnio, Atienza, de la actual teoría de la argumentación jurídica, se auxilian de la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación. Agrega que, a su juicio, y siguiendo esta posición, la teoría de la argumentación

⁶⁶⁸ Taruffo, M. *La motivación de la sentencia civil*, (traducción de Lorenzo Córdova), Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 206. Taruffo toma la distinción de otros autores vid. nota 6 p. 207.

⁶⁶⁹ Vid. Wasserstrom, R.A. *The judicial decision. Toward a theory of legal justification*, Stanford U. Press, Stanford, 1961, p. 25. citado por Accatino, D. op. cit. *La motivación...* op. cit. p. 151.

⁶⁷⁰ “A lo que se dice, los defensores (o algunos de ellos) de la lógica deductiva en el seno de la aplicación del derecho hubieron de afrontar un doble envite: el primero, que si bien el silogismo aseguraba el tránsito lógico desde las premisas (una normativa; fáctica, la otra) a la conclusión (el dispositivo de la sentencia), no así la corrección de las premisas; el segundo, que las razones aducidas por el juez en la sentencia no son los motivos reales que le indujeron a tomar esa decisión (al juez le han movido otros factores, irracionales en su mayor parte). Ante tamaño desafío, la importancia de la susodicha *couple* (descubrimiento/justificación) permitiría salvar el protagonismo de la lógica deductiva en el discurso judicial del modo siguiente: en lo que respecta a lo primero, la *formación* de las premisas es apañío del contexto de descubrimiento, en tanto que el contexto de justificación se ocuparía del *empalme* entre las premisas y la conclusión; en lo que atañe a lo segundo, los *móviles* que han empujado al juzgador a solucionar el conflicto de un modo determinado conciernen al contexto de descubrimiento, mientras que las *razones* (lógico-jurídicas) expuestas en la sentencia pertenecerían al concepto de justificación”. Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. p. 67.

⁶⁷¹ Vid. Netell, L. op. cit. pp. 115-116.

jurídica se ubicaría en el segundo de los contextos y dejaría de lado todo aquello que tenga que ver con la forma en que se llegó a la decisión⁶⁷².

No le importa a la teoría de la argumentación jurídica detenerse a analizar los elementos ideológicos, psicológicos y sociológicos que llevan a las autoridades a plantear de tal o cual forma las decisiones, no siendo de relevancia para el análisis de la justificación⁶⁷³. La consecuencia de estos presupuestos metodológicos es que se evade todo lo que no es susceptible de análisis lógico, lo que no es universal o general, es decir lo contingente, lo particular, produciéndose aquí una independencia entre unas cuestiones y otras: la corrección de una decisión judicial vendría dada por la corrección de las razones dadas por el juez en su resolución y sería, en este sentido, lógicamente independiente del contexto de descubrimiento en que se ha producido⁶⁷⁴.

Es importante relevar que esta distinción no excluye que, de hecho, haya coincidencias o interferencias entre los dos procedimientos, pero éstas no eliminan la distinción. Esta distinción permite analizar la motivación como un ejemplo particular de *context of justification*, que es autónomo del *context of discovery* representado por el procedimiento decisorio, aunque no deben ser infravalorados los vínculos que pueden existir entre los dos tipos de razonamiento⁶⁷⁵.

§124. ¿Es posible el control de la logicidad del contexto de descubrimiento?.

La diferenciación entre ambos contextos –como se ha esbozado- ha traído aparejado el planteamiento de que no cabe una “lógica del descubrimiento” -y consecuentemente en el tema que nos ocupa, que no es posible el control de

⁶⁷² Aunque este predicado es mayoritario existen voces disonantes. Cfr. Aguiló, J. “Independencia e imparcialidad de los jueces”, *Rev. Isonomía*, N° 6, abril de 1997, p. 73.

⁶⁷³ “Independiente e imparcial es, pues, finalmente el juez que aplica el derecho y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra. Con ello se trata de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y sólo desde el Derecho. Si lo dicho hasta aquí es cierto, entonces las afirmaciones de que al Derecho sólo le interesan el contexto de justificación y las razones justificativas es falsa. Todo lo anterior muestra de manera suficiente que el Derecho trata de controlar los motivos por los cuales los jueces actúan. Es más, y por decirlo de manera breve, en el ideal del Estado de Derecho de un juez independiente e imparcial hay algo muy parecido a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del Derecho: que la explicación y la justificación de la conducta coincidan. Nada hay más distorsionador para el funcionamiento del Estado de Derecho que el hecho de que las decisiones judiciales se interpreten (o puedan ser interpretadas) como motivadas por razones extrañas al Derecho y que las argumentaciones que tratan de justificarlas se vean como meras racionalizaciones”. Aguiló, J. “De nuevo sobre ‘independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica’”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 46, año 2003, pp. 47 y 54.

⁶⁷⁴ Es la tesis mayoritaria según Aguiló, la cual, a su juicio debe ser relativizada. Cfr. Aguiló, J. “De nuevo sobre...”. cit. pp. 47 y ss.

⁶⁷⁵ Taruffo, M. *La motivación de la sentencia...* op. cit. p. 207.

lógicidad de este momento-, por lo que no sería posible la existencia de pautas racionales que guíen nuestros procesos de invención de hipótesis⁶⁷⁶.

Sí se precisa la relación que media entre el particular *context of discovery* constituido por el procedimiento decisorio y el *context of justification* constituido por la motivación, es posible concluir que son diversos no sólo desde el punto de vista estructural, sino también desde el punto de vista fenomenológico, en el sentido de que el primero es una actividad y el segundo un discurso que, además, no es ni siquiera el resultado de dicha actividad. La relación examinada es, en efecto, compleja y mediada a través de un esquema que puede representarse, de manera sintética, de la siguiente forma: razonamiento decisorio (actividad)/decisión (resultado)/razonamiento justificativo (actividad)/motivación (resultado). Este esquema demuestra que, si bien los diversos elementos están vinculados recíprocamente por el hecho de incidir en la decisión son heterogéneos entre sí, lo que permite excluir que haya una identidad estructural, particularmente entre el razonamiento decisorio y la motivación, y entre el razonamiento decisorio y el razonamiento justificativo⁶⁷⁷.

Gascón es categórica cuando sentencia que el descubrimiento no es estrictamente independiente de la justificación, pues ambos forman parte de una misma metodología inductiva, agregando que cabría hablar entonces de una lógica (o racionalidad) del descubrimiento, entendiendo por ella el *cumplimiento, en la formulación de hipótesis, de los estándares de aceptabilidad de las mismas*⁶⁷⁸.

Estima González Lagier⁶⁷⁹ que hay dos maneras de entender la distinción y que queda supeditada a lo que se entiende, a su vez, por “descubrir”, a saber: en un sentido *débil* llega sólo hasta la propuesta de hipótesis, sólo imaginar hipótesis –equivale a lo que en ciencia se entiende por descubrir-, por ello los contextos aparecen como separados y, por ende, la valoración de la prueba no pertenece al contexto de descubrimiento si no al de justificación, porque la valoración de la prueba es el momento en el que nos planteamos si “aceptar o rechazar” la

⁶⁷⁶ Se dice que las objeciones de los realistas americanos afectan al contexto de descubrimiento, pero no muestran que sea imposible la justificación (aunque sea a posteriori) de las decisiones judiciales. Incluso se ha afirmado: “tensado el argumento: qué más nos da que el juez condene a un individuo movido por el afecto/desafecto si, después, logra motivar su decisión con razones inapelables. La distinción se usa, por tanto, para rechazar la tesis de que la motivación deba consistir en la explicitación del *íter* mental del juez. Motivar –se dice- es justificar, y justificar es distinto de mostrar cómo hemos llegado de descubrir una hipótesis a tomar una decisión. Vid. González Lagier, D. “Hechos y argumentos (II)...” op. cit. p. 46.

⁶⁷⁷ Taruffo, M. *La motivación de la sentencia...* op. cit. p. 208.

⁶⁷⁸ Vid. Gascón, M. “La racionalidad en...” op. cit. p. 615.

⁶⁷⁹ Vid. González Lagier, D. “Hechos y argumentos (II)...” op. cit. p. 46 e Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. p. 68.

hipótesis del caso. En el segundo de los sentidos, es decir, en el sentido *fuerte* el contexto de descubrimiento, incluye hasta la decisión de aceptar una determinada hipótesis, porque no nos referimos usualmente a una propuesta como descubrimiento a menos que haya pasado suficientes pruebas. Justificar en consecuencia sería una fase del descubrir y las reglas de justificación serían también reglas del descubrimiento.

Gascón⁶⁸⁰, por su parte y como fuera analizado, reconoce la distinción comentada y la utilidad de ella, sin embargo agrega otros elementos al análisis. Parte señalando que existen dos formas de entender la motivación: como una actividad o como el resultado de la misma. Llama a la primera “motivación-actividad”, es decir el procedimiento mental que ha conducido al juez a formular como verdadero un enunciado sobre los hechos del caso, versa sobre el contexto de descubrimiento, y a la segunda “motivación documento” que es el conjunto de enunciados del discurso judicial (o el documento en el que se plasman) en los que se aportan las razones que permiten aceptar otros enunciados fácticos como verdaderos, versa sobre el contexto de justificación. Estima que es útil precisar el contenido de ambas para luego determinar su relación con los contextos de descubrimiento y de justificación.

Agrega que en el discurso jurídico se habla de la necesidad de que la motivación se extienda también a la premisa fáctica, lo que interesa es la motivación-documento, la que se plasma en la sentencia, pues las funciones que la motivación desempeña sólo pueden entenderse enteramente cumplidas mediante la publicidad y seguridad que sobre las mismas aporta el documento. Respecto de ello, indica que existen dos modos de entender la motivación-documento; la primera posición, que es extrema, entiende que ella no guarda ni tiene que guardar ninguna relación con el proceso mental que ha llevado al juez a tomar la decisión, tal procedimiento no es racional o siéndolo es de una racionalidad distinta y que no coincide con la exigible en la motivación-documento⁶⁸¹.

En esta aproximación la motivación es entendida como una ficción o, a lo sumo, como una racionalización *a posteriori* de la decisión. Calamandrei lo grafica como “hipocresía formal”⁶⁸².

⁶⁸⁰ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 206 y ss.

⁶⁸¹ Vid. Gascón, M. *Los hechos en el derecho....* op. cit. pp. 206 y ss.

⁶⁸² “Las disposiciones de las leyes procesales que hemos recordado con anterioridad pueden hacernos pensar que la motivación es un expediente de hipocresía formal establecido, por así decirlo, para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la injusticia”.

Taruffo⁶⁸³ advierte en relación a la motivación, que debe hacerse una precisión inherente a la distinción entre el razonamiento justificativo, entendido como una actividad encaminada a seleccionar y articular las razones que pueden utilizarse para justificar la decisión, y como el resultado lingüístico de dicha actividad, es decir, como un “discurso” en el cual el juez expresa dichas razones de acuerdo con un cierto orden lógico. En ese sentido, hablar de estructura justificativa de la motivación significa hacer referencia no al *íter* lógico-psicológico mediante el cual las razones de la decisión son identificadas y formuladas, sino más bien a las características formales del discurso en las cuales éstas son objetivadas y hechas explícitas.

La posición contraria -también extrema-, entiende que la motivación-documento ha de ser un fiel reflejo de la motivación-actividad y se alcanza cuando se hace explícito el *íter* mental que ha conducido al juez a adoptar la decisión, sea cual fuere el tipo de racionalidad de este *íter* o la ausencia de toda racionalidad.

La postura que no repara suficientemente en la distinción entre descubrimiento y justificación, es la llamada *concepción mentalista o psicologista* de la motivación, que expresa la posición de quienes entienden que motivar consiste en hacer explícito el proceso mental que ha llevado a la decisión, en realizar en definitiva un ejercicio de sinceridad⁶⁸⁴.

Como consecuencia de esta postura algunos siguen viendo imposible (o muy difícil) una rigurosa motivación de la prueba, porque imposible (o muy difícil) resulta la explicitación y subsiguiente control de todo el proceso mental que ha llevado a la decisión. Del mismo modo, sostener que en un órgano colegiado es imposible una motivación exhaustiva, porque ¿cómo habría de redactarse la sentencia? habida cuenta de que los diferentes miembros del colegio han podido llegar a la conclusión por diferente camino. Ello está subordinado, más claramente que en el caso anterior, al hecho de asimilar la motivación a la reproducción del *íter* mental⁶⁸⁵.

§125. *Postura intermedia.* Gascón⁶⁸⁶ afirma que no parece lógico que quien, a través de la motivación-documento, es capaz de sostener con razones la verdad

Calamandrei, P. *Proceso y democracia*, (traducción de Héctor Fix Zamudio), Ed. Ejea, Buenos Aires, 1960, p.124.

⁶⁸³ Taruffo, M. *La motivación de la sentencia...* op. cit. p. 208.

⁶⁸⁴ Gascón, M. “La racionalidad en la...” op. cit. p. 629.

⁶⁸⁵ Vid. *Ibidem*.

⁶⁸⁶ Vid. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit., pp. 206 y ss. y “La racionalidad en la...” op. cit. pp. 628-629. En cambio, “cuando se distingue claramente entre la motivación y el *íter* decisorio desaparece

de un enunciado fáctico haya “descubierto” la misma prescindiendo por completo de esas razones. Ahora en cuanto a la decisión-documento como espejo del proceso decisorio, tampoco parece correcta, y tiene su base en una acrítica falta de distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.

Concluye señalando que no debe existir ni absoluto divorcio ni total identificación, pues la motivación-documento puede no coincidir con la motivación-actividad, porque en ésta pueden y, de hecho, aparecen elementos irracionales de los que aquélla no puede hacerse cargo sino es haciéndolos pasar por el tamiz de la justificación racional, pero el juez, al menos en un modelo cognoscitivista tampoco puede descubrir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar honesta o coherentemente mediante unos mismos patrones de racionalidad; y para ello deberá hacer uso de tales patrones en el propio proceso de averiguación de la verdad⁶⁸⁷.

Es posible entonces afirmar la imposibilidad de fiscalizar el contexto de descubrimiento y la posibilidad (aún más, la necesidad) de fiscalizar el contexto de justificación. En el modelo cognoscitivista, entonces, la motivación-documento deberá coincidir con la motivación-actividad, pero eliminando de ella los elementos no susceptibles de justificación racional⁶⁸⁸.

§126. *La inmediación y los planos de descubrimiento y de justificación.* Todo este esfuerzo realizado a fin de entender el proceso de razonamiento judicial y la distinción entre los contextos ya anotados, no es baladí y cobra realce si se le conecta con la inmediación –la intervención personal y directa del juez en la práctica de la prueba- pues como se ha señalado, se suele sostener que las impresiones recibidas por el juez no pueden ser comunicadas, con lo cual la

cualquier diferencia esencial entre la motivación de un juez unipersonal y la de un juez colegiado: el fuero interno de cada uno de los jueces del órgano colegiado se expresará en el debate anterior a la sentencia, y no en la sentencia misma”.

⁶⁸⁷ Vid. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 206 y ss. y “La racionalidad en la...” op. cit. p. 630.

⁶⁸⁸ La autora recurre a un ejemplo que resulta mucho más gráfico que lo expresado: “Retomando el ejemplo de Hamlet: el fantasma reveló a Hamlet que su padre no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre, Hamlet tiene esta información porque se lo reveló el fantasma, pero ahora tiene que probar (justificar) que esto fue así; es decir, tiene que probar la hipótesis (h) (“El padre de Hamlet fue asesinado por el marido de su madre”), y para ello se apoya en las pruebas p1;p2 y p3:

p1: “El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet (convertirse en rey de Dinamarca)”.

p2: “Ese hombre y su madre se casaron apresuradamente”.

p3: “El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud”.

A los efectos de probar (justificar) la hipótesis (h) es indiferente que Hamlet se formara su convicción sobre los hechos por las revelaciones del fantasma o por un proceso inductivo que lo pudo conducir desde p1, p2 y p3 hasta h. Lo importante es justificar, a partir de las pruebas, que h es (probablemente) lo que ocurrió”. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 210.

inmediación se transforma en una barrera para “vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal”⁶⁸⁹.

Esta distinción parece no estar clara en el razonamiento del *ad quem*, que evidencia lo plasmado en los diversos fallos que se pronuncian sobre la censura del material fáctico, pues se tiende a identificar el proceso intelectual del juez de fondo por el cual toma la decisión o -en los términos aludidos con precedencia, - descubre una hipótesis y aquél por el cual aporta buenas razones para mantener dicha hipótesis –o motiva su decisión-. Se estima entonces, que la fundamentación/motivación corresponde al primer contexto, es decir, se le identifica con lo que sucede en el fuero interno, en el ámbito de lo inefable, por lo tanto se piensa que ello escapa al control que pueden hacer los Tribunales a través del recurso de casación o de nulidad, en el caso chileno, lo que se ve reflejado en el uso de términos tales como: “soberano”, “íntimo” “exclusivo”, “inexpugnable”, “convicción”, etc. y que se suelen invocar como freno a la actividad de censura.

Es evidencia de lo afirmado el fallo de la Corte de Rancagua, que en su parte pertinente ha señalado: *“En efecto, de acuerdo con la libertad que le confiere la ley, ha determinado [el juez de garantía en juicio oral simplificado] otorgarle más crédito a una prueba que a otra y ha formado de este modo la convicción exigible para emitir sentencia, apareciendo, además, el proceso formativo de su íntima convicción, en la cual reproduce el razonamiento utilizado para alcanzar la conclusión de una forma lógica, fundada y pormenorizada”*⁶⁹⁰

Finalmente, resulta ilustrativo de lo que se viene comentando lo afirmado por la Corte de Puerto Montt, en cuanto razonó como sigue: *“(...) y siendo los jueces del grado, es decir, los del fondo los llamados a expresar sus conclusiones acerca de la prueba que han recibido en virtud del principio de inmediación; sólo a aquéllos les corresponde expresar el convencimiento o no que les produjo cada medio de prueba, no corresponde a esta Corte cercenar tal potestad decisoria de los jueces del grado”*⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Andrés, P. “Acerca de la motivación...” op. cit. p. 297.

⁶⁹⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 2 de noviembre de 2004, Rol N° 12-2004. En igual sentido: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 24 de marzo de 2003, Rol N° 201-2003

⁶⁹¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 16 de junio de 2014, Rol N° 164-2014. Igualmente se ha señalado que *“(...) y de esta forma la convicción que han adquirido por haber percibido de manera directa las probanzas allegadas a juicio”*, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 23 de enero de 2012, Rol N° 1-2012. De esta manera las Cortes siguen utilizando expresiones que evocan reminiscencias del sistema subjetivo de valoración, aun cuando exista un análisis más o menos somero o profundo de los hechos

12.- El aporte de las impresiones que emanan de la prueba directa

§127. *El valor heurístico que surge de la recepción directa de la prueba por el juez de los hechos.* Es válido sostener que el contacto directo con las pruebas – entendiéndose por tal que todo el material probatorio que será objeto del juicio oral, se practique en presencia del juez- proporciona a éste elementos de indudable valor heurístico, al igual que para quien interroga o conainterroga, tales como el lenguaje gestual, las inflexiones de la voz, la seguridad al expresarse de los testigos o peritos, pero la identificación de la valoración de la prueba con la convicción que puede surgir en el adjudicador de aquel contacto, implica plasmar la confusión entre ambos planos, pues como señalé en el contexto de descubrimiento quedan reservadas aquellas impresiones, los elementos psicológicos o emotivos, no (enteramente) susceptibles de racionalización y conforma el segundo de los planos aquello que sirve para justificar cognoscitivamente una determinada decisión sobre la prueba⁶⁹².

De esta manera la inmediación sometería al juez a una serie de factores emocionales e irracionales sobre los que no podrá fundar la decisión de tener por probada determinada conclusión fáctica, por no ser posible de ser explicitado y controlado, tornándose así en una excusa para no justificar. La errada forma de entender la inmediación, parte sin lugar a dudas, de ignorar la diferenciación entre los conceptos de descubrimiento y de justificación.

Por lo anterior es frecuente escuchar en el ámbito judicial expresiones cotidianas, pero que son un reflejo de esta confusión, tales como “*le creí a la víctima, pues sus ojos, claramente, dicen la verdad*” o que “*el testigo es veraz, pues su postura y presentación refleja que es un hombre de bien*” o finalmente “*el imputado es muy probablemente culpable, pues su mirada es fría y casi nunca levantó la cabeza*”.

Si impresiones como estas, a la hora de decidir, inclinan la balanza por una u otra alternativa, sin mayor fundamento que frases hechas o argumentos de fachada, sin lugar a dudas el sistema de libre valoración racional está lejos de ser comprendido y aplicado correctamente.

⁶⁹² Perfecto Andrés señala que un buen ejemplo de esta confusión o la falta de la conciencia necesaria puede verse en la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo n° 813/1993, de 7 de abril, en la que se lee: “*El ánimo homicida, o animus necandi, se ha de sustentar en un juicio de valor, juicio de inferencia propiamente dicho, para deducir racional y lógicamente, nunca de manera arbitraria, esa intención, deseo o dolo que en lo más profundo del alma humana se esconde habitualmente, para conocer el cual (...) los jueces han de actuar en funciones propias de psicoanálisis*”. “Sobre el valor de la...” op. cit. p. 60.

Si no puede el juez explicar cognoscitivamente por qué ha dado valor a una declaración en desmedro de otra, o simplemente por qué no ha creído o, al contrario, dado valor de corroboración a determinado testigo, está escudándose en la inmediación, claramente mal entendida, para no cumplir con su imperativo de justificar y explicitar cómo alcanzó determinada conclusión probatoria, y por ende confundiendo el ámbito en que operaran cada uno de los planos que se han reseñado e impidiendo el consecuente control.

Como corolario a lo dicho hasta aquí es muy claro Juan Igartua⁶⁹³ en torno a la pretendida estrechez de la casación española para controlar aquello que los sentenciadores no han percibido por sus sentidos, indicando que “cae de su peso que la Casación, que no ha visto ni oído, no está en disposición, por ello mismo, de enmendar plana al tribunal de instancia en lo que éste sí ha visto y oído. Efectivamente, sólo el juez de instancia está capacitado para determinar si el procesado ha respondido ‘sí’ o ‘no’; si contesta o se evade; si balbucea o responde con firmeza y seguridad; si solloza o ni se inmuta cuando es interrogado; si aduce lapsus de memoria ante preguntas embarazosas; y así sucesivamente. Pero ahí concluyen los beneficios de la inmediación. Lo que el juez infiera a partir del contacto directo con las pruebas pertenece ya a la esfera de la razón (no de la percepción). Por ejemplo, si, en el juicio oral, el acusado se desdice de lo declarado anteriormente en la instrucción, el juez deberá ponderar esas dos declaraciones en base a máximas de experiencia. Ahora bien, juzgar sobre la *idoneidad* y la *correcta aplicación* de las citadas máximas está al alcance incluso de quienes no han asistido a la vista”.

§128. *El caso de la prueba de testigos.* Lo concerniente a las pruebas personales y, en especial, el tratamiento de la prueba testimonial, según Perfecto Andrés desde la óptica que nos mantiene ocupados, requiere de dos enjuiciamientos: uno acerca de la credibilidad del testigo, para saber si lo declarado es lo que realmente conoce y si su testimonio es, por tanto, atendible. Y otro relativo a la calidad informativa de los datos transmitidos, o sea, a su adherencia a la realidad empírica, añadiendo que, en lo relativo a la valoración de la credibilidad del testigo, suele operarse con el tópico de que la materia pertenece básicamente al campo de la intuición; es función de un *sexto sentido*, que permite captar en clave, obviamente no técnica, esos matices propios del lenguaje gestual

⁶⁹³ Igartua, J. *Valoración de...* op. cit. p. 156.

que el juez percibe desde la privilegiada posición que la inmediación propicia y que, por ello, sólo él podría apreciar⁶⁹⁴.

Sin embargo, puede afirmarse, que aun tratándose de la obtención y valoración de la información relativa a la credibilidad del testigo ello no debiera diferenciarse de la línea de enjuiciamiento que se refiere a la calidad informativa, ambos aspectos deben proporcionar suficiente adherencia a la realidad empírica.⁶⁹⁵

Efectivamente, si bien puede predicarse que en virtud de la inmediación el tribunal está en una mejor posición para fiscalizar la veracidad de las declaraciones y que las partes están también en una posición privilegiada para evidenciar falsedades o animadversiones, con todo ha de considerarse también que la apreciación que realiza el tribunal no es neutra, pues está cargada de emotividad, juicios, prejuicios o preconcepciones que, de no mediar la obligación de explicitar el razonamiento de forma intersubjetiva, permanecerán en lo más profundo del fuero interno de quien es obligado a decidir.

Taruffo⁶⁹⁶ ha sostenido que no hay ninguna razón válida para pensar que cuando el juez entra en contacto inmediato con la prueba, por ejemplo, escuchando a un testigo, sea transportado irremediabilmente a una dimensión irracional en la que sólo hay espacio para sus reacciones interiores e individuales, pues ciertamente, el juez que escucha a un testigo está expuesto a impresiones inmediatas que pueden ser provocadas por el comportamiento del testigo (su modo de expresarse y de moverse, las expresiones del rostro, el tono y las inflexiones de la voz, etc.), sin embargo, puede también suceder que estas impresiones influyan en el ánimo del juez cuando deba valorar la fiabilidad del testigo y su declaración. Sin embargo, este es el aspecto más incierto y peligroso de la valoración de la prueba, del cual el propio juez debe desconfiar asumiendo una actitud de distancia crítica, más que dejarse envolver emocionalmente por él.

Por otra parte, debemos recordar que el juez no tiene la percepción directa del hecho a probar, lo que tiene es la percepción directa e inmediata del elemento

⁶⁹⁴ Vid. Andrés, P. "Sobre el valor de la..." op. cit. p. 63. Del mismo autor, cfr. "Sobre prueba y proceso penal", op. cit. p. 58.

⁶⁹⁵ "Los elementos integrantes de la puesta en escena adoptada por el testigo (la palidez, el rubor, la seguridad o las dudas, y tantos otros) son procesados de la misma manera que cualesquiera de los datos tomados de la realidad empírica. Esto es, tratados conforme a las máximas de experiencia a las que se atribuye aptitud para asociar deductivamente a aquéllos alguna conclusión. La única diferencia es que al proceder así en este campo –sobre todo si falta conciencia clara del método y se piensa que la cuestión es más bien de olfato- se opera del mismo modo que en el curso habitual de la vida de relación, cuando se forma criterio sobre las personas". Andrés, P. "Sobre el valor de la..." op. cit. p. 63.

⁶⁹⁶ Vid. Taruffo, M. "Algunos comentarios sobre..." op. cit. p. 82.

de prueba que permite formar su juicio en orden a cómo ha ocurrido un determinado hecho, pudiendo producirse en la percepción de la prueba distorsión en la información que es aportada por los medios de prueba, en especial la de los personales (testigos, víctima, peritos), cuya percepción de los hechos es un tipo de experiencia abierto a la ambigüedad y al error, pues se señala que "...el problema está ya en la captación de los datos fácticos, esto es, antes aún de entrar en las cuestiones de valoración (...) pues, mientras la literatura jurisprudencial, en el caso de las pruebas personales, habla de la percepción como un fenómeno lineal que se produce casi por contacto como efecto mecánico de la inmediación, los expertos en psicología del testimonio presentan un universo problemático donde los haya, invirtiendo realmente el planteamiento (...) el recuerdo defectuoso no es la excepción sino la regla".⁶⁹⁷

Señala el mismo autor⁶⁹⁸ que el recuerdo del hecho puro y simple no existe; un evento por haber sido percibido resulta automáticamente alterado por el "valor añadido" que le impone el perceptor. También parece acreditado que los repetidos intentos de recuperación del suceso, cuando se llevan a cabo en distintos momentos, separados por lapsos relativamente largos, contribuyen a ejercer un efecto distorsionador de los contenidos mnésicos originales; que se verá acentuado cuando, además, se reciba información externa sobre el asunto como sucede en los interrogatorios, en los que las preguntas suelen ir cargadas de sugerencias implícitas⁶⁹⁹.

§129. El derrotero hacia la correcta comprensión de la inmediación y los contextos de descubrimiento y validación. Es fundamental que el juzgador

⁶⁹⁷ Andrés, P. "Sobre el valor de la..." op. cit. p. 61.

⁶⁹⁸ Vid. *Ibidem*.

⁶⁹⁹ Es muy clarificador el incidente relatado por Perfecto Andrés, "Sobre el valor de la..." op., cit. pp. 61 referente al "atizador de Wittgenstein" sobre el que señala: "Aludo al famoso encuentro de Popper y Wittgenstein, producido en el King's College, de Cambridge, el 25 de octubre de 1946, con ocasión de la conferencia organizada por la sociedad de Ciencias Morales de la Universidad: Popper, como conferenciante sostenía la existencia de verdaderos problemas filosóficos, Wittgenstein –que tenía en la mano el atizador de la chimenea, encendida- negaba que fueran tales problemas y no enredos o meras cuestiones de lenguaje por aclarar. Pues bien, el estado y el uso de ese instrumento por el filósofo, en el calor de la discusión (si estaba o no al rojo, si gesticulaba con él, alzándolo amenazadoramente, o lo empleaba para recalcar sus palabras, jugueteando, si, al concluir su intervención salió de forma brusca o sosegada...) son cuestiones sobre las que no ha sido posible hacer la luz, a partir de las versiones de lo sucedido ofrecidas por los presentes, entre los que se encontraban observadores tan cualificados como Rusell o Toulmin, por poner sólo dos ejemplos. Es lo que hace decir a J. Edmonds y a J.A. Eidinow: Resultaba fascinante e irónico que los testimonios, contradictorios entre sí, procedieran de personas que por profesión se ocupan de teorías epistemológicas, acerca de las bases del conocimiento, de cómo se comprenden las cosas y de qué es la verdad. Con todo, se trataba del desarrollo de unos sucesos sobre los que los testigos presenciales se mostraban en desacuerdo respecto a cuestiones cruciales relativas a los hechos en sí, no a su interpretación". En el atizador de Wittgenstein. Una jugada incompleta, trad. de M. Morrás, Península, Barcelona, 2001, p. 15.

racionalice la información que obtiene de los elementos de prueba, sea capaz de verbalizar su contenido y realizar las correspondientes inferencias y, como motivar significa justificar y, sobre todo, justificarse, debe depurar todas estas interferencias en su lógico razonamiento y concluir de manera racional y coherente en relación a la prueba apreciada, sin que existan saltos lógicos o conclusiones apresuradas.

Plantea Juan Igartua,⁷⁰⁰ que estimar que es bueno o malo tal testimonio o tal informe científico implica una actividad inferencial y que esa inferencia debe ser justificada racionalmente. Esa justificación, a su vez debe quedar explicitada en la motivación de la sentencia siendo factible, por tanto, inspeccionar la justificación que se exterioriza en la motivación, por lo que puede afirmarse que no hay impedimentos técnicos para que el control casacional se extienda hasta ahí.

Tal como indiqué con precedencia, el juez debe, en primer término, realizar una mirada distante y retrospectiva, para luego seleccionar aquello que puede ser racionalizado y que tenga algún valor cognoscitivo, desprenderse de los meros sentimientos e impresiones y, en base a ello, justificar la premisa fáctica que estima concurrente, siendo así “el necesario distanciamiento crítico debe llevar al juez a desprenderse de sí mismo y a ‘observar desde fuera’ para seleccionar, entre los *inputs* que provienen del contacto inmediato con la prueba, aquellos que pueden tener algún valor cognoscitivo sobre la base de criterios intersubjetivamente aceptados o aceptables y posiblemente fundados en el plano del análisis psicológico, separándolos de aquellos que no tienen este valor y que por ello permanecen dentro de la esfera de las reacciones emotivas estrictamente individuales y no tienen ningún significado intersubjetivo. Los primeros *inputs* son usados como premisas para inferencias que permiten derivar conclusiones racionalmente justificadas acerca de la credibilidad de los testigos y, por tanto, acerca de la fiabilidad de sus declaraciones. Los *inputs* del segundo tipo son eliminados y excluidos de la valoración que el juez hace sobre la fiabilidad de la prueba: precisamente porque se trata de reacciones psicológicas del juez que no racionaliza de acuerdo con criterios intersubjetivamente aceptables, no pueden y no deben interferir o influir en esta valoración”⁷⁰¹.

La motivación que se deriva de la intermediación no puede consistir simplemente en un relato o narración del proceso psicológico que culmina “mágicamente” dando por probados o no probados determinados hechos, pues una cosa es lo que

⁷⁰⁰ Vid. Igartua, J. *Valoración de la...* op. cit. p.105.

⁷⁰¹ Taruffo, M. “Algunos comentarios...” op. cit. p. 83.

acontece en el ser íntimo del juez –en su *psique*- y otra muy distinta la forma en que él conduce el razonamiento que le lleva a la decisión. Lo primero es imposible de motivar, lo segundo puede y debe ser racionalmente motivado y justificado.

CAPITULO 3:

Precondiciones que posibilitan el control sobre el juicio de hecho

§130. *Apuntes introductorios.* El estándar de prueba y la motivación son condiciones ineludibles de un sistema racional de valoración de la prueba y que propician el control *ex post* que debe hacerse por los tribunales de nulidad.

Lo anterior, por cuanto es necesario contar con criterios claros que señalen de antemano cuándo los elementos de juicio se consideran suficientes para dar por concurrente las hipótesis en liza, especialmente la de la acusación, por una parte y por la otra, solo a través de una adecuada, completa y exhaustiva motivación puede fiscalizarse si se cumplieron las exigencias mínimas, que la epistemología general impone, en un sistema libre, pero racional de valoración.

De igual modo la motivación podrá permitir fiscalizar si este umbral objetivo, que permite dictar sentencia condenatoria ha sido colmado, o por el contrario, la decisión es susceptible de ser impugnada.

¿Qué significa motivar?, desde luego puede señalarse que no es dar cuenta del *iter* psicológico del adjudicador, por lo que no implica exteriorizar los motivos que tuvo el juez de los hechos para decidir como lo hizo, pues esta forma de entender la exigencia de motivación implica el retorno a la subjetividad, lo que se pretende conjurar mediante la conjugación de los criterios hasta ahora estudiados, los que recogidos en la legislación positiva chilena dan cuenta de un modelo pleno de valoración probatoria e intermediación en un sentido débil, a lo que se debe sumar la definición de un estándar objetivo de prueba, todo lo cual debe plasmarse en una completa fundamentación de la declaración de hechos probados, que permita, a su turno, un control intersubjetivo de aquella decisión.

En cuanto al estándar de prueba éste resulta ineludible, sin embargo, en su concepción racional, es decir, aquél que prescinda de las creencias de quien realiza la valoración, sea por tanto objetivo y que por lo mismo permita contrastar la decisión de tener por superado aquel baremo, para entender justificada en

grado suficiente la aceptabilidad de la hipótesis de la acusación en el proceso penal, con los *test* o criterios que lo conforman, por un tribunal distinto del que adoptó la decisión que se revisa.

Es necesario, entonces, para cerrar el modelo, analizar estas precondiciones –estándar de prueba y motivación–, sin las cuales el control es simplemente ilusorio.

I.- El momento de la decisión sobre los hechos probados

§131. *El imprescindible estándar (objetivo) de prueba.* Es necesario recurrir, en este apartado, a las propuestas que la doctrina más autorizada ha formulado sobre estándares de prueba, cuyo sesgo distintivo es su carácter objetivo, basamento desde el cual resulta propicio hablar de un estándar. Lo anterior a fin de poner en perspectiva lo que esta precondición del control (por el cauce de la nulidad) de los enunciados declarados probados implica.

Igualmente necesario, es dedicar esfuerzos a estudiar aquellas teorías que niegan la posibilidad de formular estándares objetivos o aquellas que dirigen sus críticas a esta posibilidad, a fin de reforzar su ineludible utilización en un modelo pleno de libre valoración racional.

Cruza la presente investigación el deseo de relevar el sesgo subjetivista que pervive en la interpretación de las instituciones a cuyo estudio me avoco, de la cual forma parte el estándar de prueba, igualmente contagiado en su praxis de la versión intimista que lo preside y que lo invisibiliza de modo tal que impide la realización del control a través del recurso de nulidad.

1.- El papel del estándar de prueba

§132. *Midiendo la suficiencia de las conclusiones probatorias.* Es prioritario en el presente análisis clarificar la noción de estándar de prueba, pues ella es de relativamente reciente consagración en Chile, así como en otros países en que se ha transitado de un sistema de prueba legal o tasada (en el que se hace superfluo recurrir a un estándar de prueba), a un sistema de prueba libre, esto es, no sujeto a ninguna norma jurídica, en el cual los criterios de racionalidad epistémicos no

pueden definir por sí solos, si el apoyo inductivo que las pruebas disponibles aportan a una hipótesis, es suficiente para tenerla por probada.

En el marco de un sistema probatorio en que la certeza no puede ser un ideal alcanzable bajo ningún respecto, es ineludible medir la suficiencia de las pruebas sobre la hipótesis h que se dará por probada y, precisamente, servir de baremo para confrontar el nivel de suficiencia adecuado es el rol que cumple el estándar de prueba en un sistema de libertad probatoria. Decidir respecto de aquel nivel de suficiencia, por cierto, no está ajeno a la posibilidad de errores epistémicos.

Habiendo caracterizado el conocimiento que es posible alcanzar en el proceso judicial como probable, el sistema de libre valoración de la prueba quedaría trunco si no se concibe un momento en que el adjudicador deba confrontar la justificación de las conclusiones probatorias que estima concurrente. El parámetro con que debe realizar esa contrastación es el estándar de prueba, que le dice – en el caso de haberlo satisfecho- que el sistema político lo autoriza para tener por acreditada una cierta conclusión probatoria.

La decisión sobre el nivel de suficiencia adecuado para una determinada clase de proceso es una decisión política, que supone pronunciarse sobre si determinado tipo de errores resultan más tolerables que otros, o por el contrario deberían ser soportados igualitariamente por las partes del proceso.

Es decir, el papel que le cabe al estándar de prueba es decidir la *ratio* de errores que cada parte debe soportar en todo tipo de proceso y, por cierto y con mayor rigor, en el proceso penal.

Así el nivel de satisfacción del estándar es una decisión política, que debe ser adoptada por la sociedad en su conjunto a fin de sopesar que es más tolerable al sistema, la preferencia hacia los falsos negativos (absoluciones erróneas) en desmedro de los falsos positivos (condenas erróneas) y la medida de aquella preferencia.

Es entonces, imprescindible contar en todo tipo de proceso con un estándar de prueba, que puede perfectamente variar de un proceso a otro o variar dentro de un mismo proceso dependiendo de la trascendencia y relevancia de la decisión a la cual sirva.

El que se analizará en este acápite será el que mayoritariamente rige en materia penal y que ciertamente está vigente en Chile, esto es, el estándar de más allá de toda duda razonable.

§133. *Retomando los momentos de la actividad probatoria en el proceso judicial. La conformación del conjunto de elementos de juicio.* Definimos que la estrategia mayoritaria en los sistemas de libertad de prueba del derecho continental, para el acierto desde el punto de vista epistémico de las conclusiones a que se arribe, implica la admisión de toda prueba potencialmente relevante, lo cual está estrechamente vinculado al primer momento definido por Ferrer⁷⁰² de la conformación de los elementos de juicio.

Los autores están de acuerdo que en este primer momento, en que se trata de decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso, el criterio fundamental es la relevancia⁷⁰³, al que están supeditados otros como aquellos que pretenden proteger los derechos del imputado o los que se fundan en cuestiones de eficiencia y celeridad. De ordinario se resuelve el problema mediante la utilización combinada de dos criterios: el ya mencionado -de la relevancia-, de sesgo eminentemente epistemológico y el otro sustancialmente jurídico, la admisibilidad.

Un buen ejemplo de lo que hasta aquí se ha señalado respecto de la conformación de los elementos de juicio, lo constituyen los artículos 295 y 276 del CPP chileno. El primero, a mi juicio, es palmaria expresión de la teoría benthamiana de la prueba, pues reza “*Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probado por cualquier medio producido en conformidad a la ley*”⁷⁰⁴.

En los sistemas del *common law*, la estrategia más recurrida para preservar el contenido epistemológico de las hipótesis probatorias, impone una serie de reglas que operan *ex ante* y cuyo norte es coadyuvar a la averiguación de la verdad rechazando o minusvalorando pruebas con bajo valor gnoseológico, como el reconocimiento fotográfico, el escrito anónimo y el testimonio de referencia⁷⁰⁵, sin perjuicio, que existan también otras reglas de exclusión que tengan por misión

⁷⁰² Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 66 y “La prueba es libertad pero no tanto...” op. cit. p. 6.

⁷⁰³ Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. pp. 364 y ss. y Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 68.

⁷⁰⁴ Esta norma jurídica recoge la regla epistemológica, que según Marina Gascón debe formularse así: “cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse”, Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 129.

⁷⁰⁵ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 131. Ejemplo de ello, según la autora, es la *Hearsy Rule*, que es una de las más importantes *exclusionary rules*, y que considera inadmisibles como prueba afirmaciones de este tipo –que uno oye pero que no sabe si son ciertas o no-, y ello con la justificación de que el testigo que narra al Tribunal la afirmación hecha por un tercero puede que no tenga un conocimiento personal de los hechos descritos y la parte contra quien juega esa información no tendrá la oportunidad de un *cross examination* con el tercero. Ello equivaldría a lo que nosotros denominamos “testigos de oídas”.

preservar otros valores como el respeto de garantías fundamentales, o las relaciones de familia, que no poseen un contenido epistémico y, por el contrario, podrían entorpecer la búsqueda de la verdad.

§134. *El segundo momento de la actividad probatoria, el de la valoración de la prueba.* Terminada la conformación y la práctica de los elementos de juicio es necesario adentrarnos en la valoración de la prueba en sentido estricto.

A pesar que este tópico fue tratado en el capítulo anterior, para avanzar en la senda del rol del estándar de prueba, es necesario traerlo a colación en este instante y decir que el razonamiento probatorio en este momento se vuelca a la epistemología y a la racionalidad, que sin perjuicio de estar presentes también en el primer y tercer momento de la actividad probatoria, aquí lo están con prescindencia de reglas jurídicas que permitan adoptar decisiones en torno a ellas.

En el caso chileno el derecho no establece un determinado resultado probatorio, pues se prevé para la valoración de la prueba el sistema de sana crítica racional.

Así el artículo 297 expresa: “*Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*”. Se cristalizan en la ley criterios de racionalidad, que implican la aceptación de la epistemología general aplicada a la ciencia del derecho.

Como punto de partida ineludible, es necesario recordar que en el campo del conocimiento empírico, como ocurre con los hechos a probar, solo caben modelos de justificación probabilística, pues no se puede reconstruir el pasado y bajo ningún respecto podremos adquirir la certeza de lo que ocurrió.

Se señaló, asimismo, que la falta de regulación jurídica en este segundo momento constituye una fuerte tentación para que -cerrada la puerta- ingrese por la ventana el subjetivismo y se entienda como un momento ausente de toda regla, aun de las de naturaleza cognoscitiva, en que campee a su antojo el desicionismo del adjudicador, lo que debe ser desechado de plano⁷⁰⁶.

⁷⁰⁶ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 160-161. “un modelo cognoscitivista lleva implícita la exigencia de suministrar reglas o criterios científicos de valoración de la prueba; o sea reglas o criterios racionales de determinación de la verdad de los hechos de la causa. Si en el mundo moderno el método científico, y no la revelación o la intuición, constituye el paradigma de verdad, parece razonable que el logro de la verdad judicial, que no es sino una especialidad de verdad, deba acudir también a ese método a la hora de valorar o verificar las pruebas aportadas”.

Al decir de Gascón⁷⁰⁷, siendo la valoración un juicio de aceptabilidad de los enunciados fácticos en que consisten los resultados probatorios, y teniendo en cuenta que éstos se consideran aceptables cuando su grado de probabilidad se estime suficiente, debe contarse entonces con criterios positivos de valoración que indiquen cuándo se ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otro enunciado alternativo sobre los mismos hechos. Así la valoración de la prueba ha de concebirse como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable (entendida como dotada de un grado de probabilidad suficiente) entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos.

Los esquemas de valoración racional son por consiguiente esquemas probabilísticos.

§135. *Los modelos probabilísticos de valoración en especial el del grado de confirmación.* Respecto de los modelos de valoración a que nos hemos referido en acápite y capítulos anteriores (que se encuentran tratados con detalle por doctrina⁷⁰⁸ más precisa y contundente que el presente trabajo), es el modelo de la corroboración de hipótesis el que presenta mayores ventajas para adecuarse al razonamiento probatorio⁷⁰⁹.

Para poner de manifiesto el papel del estándar de prueba, es necesario destacar algunos tópicos del esquema valorativo del grado de confirmación, que lo hacen un buen modelo para el razonamiento probatorio judicial.

La particularidad del modelo del grado de confirmación es que no puede cuantificarse, pero ello no significa que no pueda graduarse y efectuar una comparación y ordenación entre las distintas hipótesis involucradas.

Lo que se pretende no es medir una frecuencia relativa ni la fortaleza de nuestras creencias subjetivas en la verdad o falsedad de una proposición (modelos subjetivos de Bayes), sino la fiabilidad de la inferencia que va de una proposición a otra en contextos donde no la puede garantizar la lógica deductiva⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ Cfr. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 161 y “La racionalidad en la...” op. cit. p. 605.

⁷⁰⁸ Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. pp. 237 y ss., Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. pp. 61 y ss. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 161, y “La racionalidad en la...” op. cit. p. 617, Accatino, D. “El modelo legal de...” op. cit. pp. 125 y ss.

⁷⁰⁹ Vid. también Haack, S. “El probabilismo jurídico...” op. cit. pp. 75-83.

⁷¹⁰ Un completo análisis respecto de lo inadecuado de la probabilidad Bayesiana aplicada al razonamiento judicial en Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. pp. 193-206.

Siguiendo a Ferrer⁷¹¹, es posible considerar que el extremo inicial de la escala no indica la falsedad de la hipótesis, sino la falta de elementos de juicio relevantes que apoyen esa inferencia. Así, la fiabilidad de la inferencia aumentará a medida que la hipótesis vaya superando controles probatorios diseñados para falsarla y la superación de cada uno de ellos aumentará su probabilidad⁷¹².

Agrega que el punto de partida en el proceso de evaluación del soporte inductivo de una hipótesis antes de tomar en cuenta ningún elemento de juicio necesariamente es 0 y una hipótesis H y su negación ($\neg H$) pueden tener simultáneamente una posibilidad cero si no hay sobre ellas una información relevante. Lo anterior armoniza el razonamiento probabilístico y la presunción de inocencia en materia penal, en virtud de la cual la probabilidad inicial es siempre cero.

La probabilidad inductiva se aplica primeramente para valorar cada elemento de juicio o de prueba de forma individual, midiendo la fiabilidad del testigo, de las afirmaciones del perito, del documento, de imágenes, audios, etc., lo que resulta imprescindible para luego efectuar una valoración conjunta de la prueba. La justificación de una proposición fáctica, en el contexto del modelo de corroboración de hipótesis, describe un evento que no es directamente observable y se basa en la constatación, a través de la observación directa, de hechos, que dados nuestros conocimientos previos acerca del mundo, tendrían que haberse producido si esa proposición fuera verdadera. Por ejemplo, Ticio ha declarado que vio a Cayo apuñalando a Sempronio. Su declaración es prueba de que Cayo apuñaló a Sempronio, porque si efectivamente Cayo apuñaló a Sempronio y Ticio se encontraba en el lugar y con posibilidades de haber visto tal hecho y reconocer a Cayo, así lo declarará en el juicio.

Dado el conocimiento previo acerca del mundo puedo inferir que si la hipótesis era correcta, Cayo apuñaló a Sempronio y Ticio lo observó estando a una distancia que lo permitía, declarándolo así en el juicio.

A partir de esta inferencia, si se considera como probada podrán surgir otras inferencias, que toman a la primera como cierta. “Eso supone que a cada paso del razonamiento probatorio, que se produce normalmente en cadena, se asumen

⁷¹¹ Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. pp. 123 y ss.

⁷¹² Cfr. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 179 y ss. y “La racionalidad en la...” op. cit. p. 621, Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. pp. 141 y ss.

como ciertas las hipótesis que han sido aceptadas como probadas anteriormente”⁷¹³.

Deben entonces los jueces evaluar si las evidencias constituyen prueba suficiente de los hechos que son objeto del juicio. Sin embargo, no cualquier hipótesis merece ser tomada en serio por la ciencia y tampoco por el derecho, exigiéndose por la primera tres requisitos, a los cuales el derecho, por sus particularidades, agrega otros⁷¹⁴.

Lo anterior resulta relevante, pues puede constituirse en una genuina guía para al adjudicador al momento de atribuir valor de corroboración, en una materia en que, como intuimos, muchos se inspiran en el subjetivismo dando paso a la irracionalidad y la arbitrariedad del juez o, por el contrario, a una concepción formalista de la verdad de los hechos⁷¹⁵.

Los requisitos fundamentales para la formulación de la hipótesis son⁷¹⁶:

1.- Debe estar bien formada, esto es, ser lógicamente consistente y significativa (no vacía de contenido semántico)

2.- Debe estar fundada en alguna medida en el conocimiento existente, y

3.- Debe ser empíricamente contrastable

Agregando el derecho una cuarta y quinta exigencia:

4.- La contrastabilidad no debe ser sólo potencial sino inmediata, pues el proceso tiene un límite temporal definido, y

5.- La hipótesis debe tener como objeto hechos jurídicamente relevantes, es decir, hechos a los que el derecho vincule consecuencias jurídicas o hechos que permitan fundar inferencias sobre la ocurrencia de otros hechos a los que el derecho atribuya consecuencias jurídicas.

La última exigencia resulta del todo necesaria pues como señala Taruffo⁷¹⁷, solo es prueba lo que es relevante.

§136. *La verdad y el rol del estándar de prueba.* Hemos traído a colación hasta la saciedad la afirmación que si una de las funciones principales del derecho es la regulación de la conducta, el cumplimiento de esta función requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y solo

⁷¹³ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 125 y Hernández, R. *Razonamientos en...* op. cit. pp. 65 y ss.

⁷¹⁴ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 130

⁷¹⁵ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 160.

⁷¹⁶ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 130.

⁷¹⁷ Vid. Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. p. 365

si se han producido efectivamente los hechos condicionantes de esas consecuencias.

De lo anterior se colige que el objetivo institucional del proceso penal y de la prueba es la búsqueda de la verdad.

No es la meta del presente trabajo hacer un análisis exhaustivo del concepto de verdad, como fuera evidenciado en el capítulo segundo, pero creo ineludible para comprender el papel del estándar de prueba, poner de relieve la relación que existe entre prueba y verdad.

La finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso⁷¹⁸.

La certeza que se obtiene de la inferencia probatoria no es una certeza absoluta o lógica, es a lo más, aproximativa o probabilística. Entones, es en este contexto que la verdad no puede ser buscada ni alcanzada, es, en principio, un ideal irrealizable.

Sobre la certeza absoluta se ha señalado por Walter⁷¹⁹ que el “‘modelo de la convicción de la verdad’- llamémoslo así- exige del juez que esté personalmente convencido de la verdad de un hecho. Tiene que tener en cuenta, empero, que el conocimiento absoluto de la verdad le está vedado al hombre”. Por su parte Cafferata Nores⁷²⁰ reitera este concepto, indicando que “la verdad es algo que está fuera del intelecto del juez, quien sólo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado”. Finalmente Mittermaier⁷²¹ señala que “la convicción toma el nombre de certeza desde el momento en que rechaza victoriosamente todos los motivos contrarios, o desde que éstos no pueden destruir el conjunto imponente de los motivos afirmativos”.

Admitir la imposibilidad de la certeza absoluta acerca de la verdad no supone, sin embargo, acoger la distinción entre verdad procesal y verdad material. Ella abre la puerta a dar por justificadas decisiones sin que se hagan esfuerzos por comprobar si realmente ocurrieron o no los hechos que configuran la causa y además es errada⁷²², porque si tomamos en serio el argumento de que, como en

⁷¹⁸ Ferrer, J. “La valoración de la prueba: Verdad de los enunciados probatorios...”. op. cit. p. 34.

⁷¹⁹ Walter, G. op. cit. p. 151.

⁷²⁰ Cafferata Nores, J. *La prueba en el...* op. cit. pp. 7- 8.

⁷²¹ Mittermaier, K. *Tratado de la prueba en materia criminal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1999, p. 83.

⁷²² La distinción entre verdad formal (forense, procesal o judicial) y verdad material es, sin embargo inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente ‘distinta’ y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de una regla jurídica de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de

el proceso no podemos alcanzar la verdad absoluta, entonces la verdad material no debe perseguirse en él, también deberíamos abandonar la búsqueda de la verdad en la ciencia, la historia, o cualquier ámbito donde se investiguen hechos, pues así la verdad absoluta (certeza) no sólo es inalcanzable para los jueces, sino para todos, pero eso no nos autoriza a abandonar los esfuerzos para que nuestro conocimiento de la realidad se aproxime lo máximo posible a la verdad⁷²³.

Mostrándonos Ferrer⁷²⁴ la implausibilidad de esta distinción, afirma que entre prueba y verdad existe una relación teleológica, no conceptual, por lo que sustenta que dar por probado un hecho no significa afirmar que es verdadero, sino que a la luz de la información de que disponemos, puede afirmarse razonablemente que lo es. La búsqueda de la verdad sigue siendo el objetivo –telos- de la prueba⁷²⁵.

Es necesario efectuar una clara distinción entre la noción de “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero”, lo primero se identifica con la denominada verdad por correspondencia, respecto de la cual es usual asumir que la teoría de la verdad judicial basada en la correspondencia es una premisa para poder decir que las decisiones judiciales sobre los hechos deben adecuarse a la verdad para ser justas y correctas⁷²⁶. Un clásico ejemplo de esta teoría es el de Tarsky⁷²⁷, que señala que la nieve es blanca, si y sólo si, la nieve es blanca, esto es, si se produce una correspondencia entre aquello que dice el enunciado y los hechos del mundo. En el proceso judicial, si se ha declarado que Juan mató a Pedro y ello se corresponde con la verdad, pues efectivamente Juan ha matado a Pedro.

Siguiendo esta teoría, la verdad de la proposición, y más específicamente en el contexto probatorio, la verdad de la proposición “p” no depende en absoluto de lo que decida el juez, que emite el enunciado probatorio en su decisión, paradójicamente tampoco dependerá de nada de lo que haya sucedido en el proceso, ni de los medios de prueba rendidos en el juicio, depende única y

verdades absolutas”. Taruffo, M. *Consideraciones sobre prueba y motivación de la sentencia civil...* op. cit. p. 46. Cfr. Taruffo, M. *La prueba...* op. cit. p. 23 y ss. Ferrer, J. *Prueba y verdad en el derecho...* op. cit. p. 61 y ss., González Lagier, D. “Argumentación y prueba...” op. cit. p. 89

⁷²³ González Lagier, D. “Argumentación y prueba...” op. cit. p. 128.

⁷²⁴ Vid Ferrer, “La valoración de la prueba. Verdad de los enunciados...” op. cit. pp. 34 y ss.

⁷²⁵ “(...) la prueba debe ser considerada como el medio a través de cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial. Ahora bien, dadas las limitaciones (o imperfecciones, si se prefiere) de este medio, la presencia del medio (la prueba) no garantiza la obtención del fin (la verdad)”. Ferrer, J. *Prueba y verdad en el derecho...* op. cit. p. 31. “Por el contrario al estar orientada hacia la verdad de los hechos, la decisión debe constituir el resultado de un procedimiento racional, que se desarrolla conforme reglas y principios, esto es, conforme a un método que permita someterla a control y determine su validez”, Taruffo, M. *Simplemente la verdad...* op. cit. pp. 220-221.

⁷²⁶ Taruffo, M. *La prueba...* op. cit. p. 29, Cfr. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 68-69

⁷²⁷ Tarsky, A. “The Concept of Truth in Formalized languages”, citado por Ferrer, J. *Prueba y verdad...* op. cit. p. 73.

exclusivamente de su correspondencia con el mundo, de que los hechos que “p” describe se hayan producido, por ejemplo que Juan efectivamente mató a Pedro.

Lo que depende de la decisión del juez que decide el caso, es considerar a “p” como verdadera, a la luz de los elementos de juicio rendidos en la audiencia de juicio para probar la verdad de la proposición e incorporarla a su razonamiento decisorio, o por el contrario, no tenerla por verdadera, lo que no debe confundirse con la decisión de tenerla por falsa.

En lo anterior Ferrer⁷²⁸ hace radicar la gran diferencia entre el valor de verdad de “p” y el hecho de que sea tenido por verdadera por alguien.

En el primer caso, el valor de verdad de “p”, solo es posible que la proposición sea verdadera o falsa, que la proposición Juan mató a Pedro sea verdadera porque efectivamente lo mató, existe correspondencia con lo que ocurrió, o que sea falsa, pues Juan no mató a Pedro.

En el caso de que la proposición “p” sea tenida por verdadera por alguien, caben tres opciones: puede que “p” sea tenida como verdadera, puede que “p” sea tenida como falsa o puede no atribuírsele valor de verdad a “p”, esto último, si no existen elementos de juicio suficientes a favor o en contra de “p”.

Si los elementos de prueba rendidos en juicio aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición (Juan mató a Pedro), entonces puede considerarse que la proposición está probada, (que en el juicio puede darse por probado o acreditado que Juan mató a Pedro), lo que no puede ser confundido con que la proposición sea verdadera, (que Juan efectivamente mató a Pedro).

Lo central en la tesis del autor y que resulta relevante en el rol que juega el estándar de prueba en el razonamiento decisorio, es que la noción de aceptabilidad de una decisión, resulta ser voluntaria y es independiente de las creencias del sujeto que la formula y que particularmente tenga acerca de la verdad del enunciado. Por ejemplo, puede que el juez acepte que Juan mató a Pedro, porque en el proceso existen elementos de juicio suficientes a favor de esa decisión, pero que realmente crea que Juan no mató a Pedro.

Resulta igualmente trascendental que en el caso de la aceptabilidad de la verdad de un enunciado, al ser independiente de la actitud mental y las creencias del sujeto que la exprese, puede ser objeto de control intersubjetivo, lo contrario implica la mantención de una concepción irracional y subjetiva del razonamiento probatorio y la imposibilidad de su control.

⁷²⁸ Cfr. Ferrer, J. *Prueba y verdad en el...* op. cit. pp. 73 y ss.

Las proposiciones referidas pueden ser reelaboradas en el proceso judicial, indicándose que la noción *está probado que p*, puede ser entendida como sinónimo de *hay suficientes elementos de juicio en el proceso a favor de p*, a fin de corroborarla en grado suficiente, siendo relevante indicar que los enunciados declarativos de hechos probados son enunciados relacionales, por lo que no se puede afirmar que una proposición *p* está probada, sino únicamente con relación a un determinado conjunto de elementos de juicio, pues si el conjunto varía por adición o sustracción de algún elemento de juicio, puede variar sustancialmente el resultado probatorio⁷²⁹.

Entonces, el enunciado *está probado que p* será verdadero cuando existan suficientes elementos de juicio a favor de *p*; y falso, cuando no existan elementos de juicio suficientes a favor de *p*, es decir, cuando éstos resulten insuficientes, con independencia del valor de verdad o falsedad de la proposición *p*.

El elemento clave es la suficiencia de los elementos de juicio, pues el juez puede estimar que los elementos de juicio son suficientes para tener por probado el enunciado *p*, en circunstancias que son insuficientes o viceversa, por lo que resulta imprescindible disponer de un criterio o conjunto de criterios que permitan juzgar la corrección de la decisión judicial, que nos diga cuándo o bajo qué condiciones los elementos de juicio disponibles son suficientes para que resulte racional aceptar una proposición como verdadera en el razonamiento decisorio⁷³⁰.

§137. *El momento del estándar de prueba.* El estándar de prueba no es más que una regla de decisión que indica el nivel mínimo de corroboración de una hipótesis para que ésta pueda considerarse probada

Teniendo esta definición como faro, volvamos al método de corroboración de hipótesis que surge, después del análisis realizado, como el mejor camino para racionalizar la valoración de la prueba o medir su grado de probabilidad, que entiende que la probabilidad (lógica o inductiva) de una hipótesis depende del apoyo obtenido por las pruebas con las que está conectada a través de reglas

⁷²⁹ Ferrer, J. *Prueba y verdad en el...* op. cit. p. 35. Por ejemplo, en un juicio seguido contra Cayo por el homicidio de Ticio, uno de los elementos de juicio es el examen de huellas dactilares efectuadas al arma con que se dio muerte al segundo, el que arroja que existen múltiples huellas de Cayo en ella. Si en el juicio no es posible considerar este examen (dactiloscópico), pues el arma fue incautada en un registro ilegal al domicilio de Cayo, puede variar el resultado probatorio, por resultar insuficientes el resto de los elementos de juicio para acreditar la participación del acusado.

⁷³⁰ Ferrer, J. "La valoración de la prueba. Verdad de los..." op. cit. p. 40.

causales, midiéndose la probabilidad en términos de grados de creencia, apoyo inductivo o grado de confirmación⁷³¹.

Así, la evaluación de las distintas hipótesis plausibles imaginables o de las efectivamente planteadas por las partes en el juicio, de las predicciones que permiten formular, la constatación del cumplimiento o incumplimiento de esas predicciones, posibilita al juez la determinación de la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, dados los elementos de juicio disponibles⁷³².

El rol del estándar de prueba, entonces, es medir el grado de probabilidad suficiente para dar por probada la hipótesis. Es el umbral que debe ser traspuesto para dar por acreditada la hipótesis de la acusación y derrotar la presunción de inocencia en el juicio penal o para acreditar la hipótesis de inocencia en el caso de alegación de una coartada. Es así mismo el específico umbral que debe ser traspasado para privar provisionalmente al acusado de su libertad o aquél para sujetarlo a medidas que coarten o limiten sus garantías fundamentales, etc. lo que dependerá en cada caso de las exigencias a que –por razones de política criminal- se le sujete.

Lo anterior trae aparejado que no existe un único estándar de prueba, sino que son varios que operan en diversos contextos y momentos procesales, existiendo una primera gran distinción entre el estándar que opera en el proceso penal y aquél que debe regir en el proceso civil⁷³³.

En este último, especialmente en la cultura anglosajona, es usual la utilización del estándar de preponderancia de la evidencia o prueba prevaleciente, en el cual una hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior a la hipótesis contraria⁷³⁴.

En el proceso penal, en cambio el estándar que se sustenta no se conforma con la circunstancia de que la hipótesis de la acusación esté mayormente

⁷³¹ Gascón, M. “La racionalidad en la...” op. cit. p. 629.

⁷³² Vid Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 139.

⁷³³ En rigor en el proceso penal se aplica un estándar diverso que el que se aplica en el proceso civil, pero solo en relación a la decisión final puede afirmarse que el penal es más exigente, pues existen decisiones que implican imposición de penas pecuniarias u otro tipo de cargas que son de una entidad menor a aquellas resoluciones que se dictan en los procesos civiles y que pueden traer aparejadas consecuencias más gravosas, tales como la pérdida de la patria potestad, la pérdida de la capacidad o de bienes de relevancia. Lo anterior implica reconocer que existen diversos estándares de prueba que pueden ser aplicados a los procesos civiles y penales y que igualmente son de mayor o menor exigencia dependiendo de la naturaleza de la decisión en que recaigan. Ver Ferrer, J. “Los estándares de...”, pp. 3 y ss. Vid. además Laudan, L. *Verdad, error y...* op. cit. pp. 133-134.

⁷³⁴ Vid. reciente propuesta de Ferrer, J. en orden a la construcción de un estándar de prueba para la prueba de la relación causal en el proceso civil, “La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil”, en Diego Papayannis (coord.), *Causalidad y atribución de Responsabilidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 215 y ss.

corroborada que la de la defensa, por los especiales valores involucrados en él, así es usual que se recurra en el *common law* al estándar penal de más allá de toda duda razonable⁷³⁵.

Se ha indicado que el segundo momento de la actividad probatoria se correspondía con el de la racionalidad y que el primero era eminentemente jurídico. Ahora, nuevamente es el turno del derecho, pues la epistemología no puede señalarle al sistema jurídico dónde debe ubicarse el estándar de prueba y, con ello, cómo deben distribuirse los errores.

Los errores que pueden producirse –como se indicó– son de dos tipos: los falsos negativos, lo que ocurre cuando se da por no probada una hipótesis en circunstancias que es verdadera (se absuelve al acusado que en realidad era culpable) o falsos positivos, lo que tiene lugar cuando se da por probada la hipótesis en circunstancias que es falsa (se condena al acusado pero éste es inocente).

La hipótesis que se quiere confirmar requiere trasponer el estándar de prueba que se considere adecuado, esta hipótesis puede ser de carácter jurídico, tal como se plantea en el proceso: Juan mató a Pedro, como también de carácter científico (fumar produce cáncer de pulmón, la marihuana es adictiva) y el nivel de exigencia del estándar de prueba, no baja del cielo, en términos de Laudan, ni está implícito en la naturaleza del concepto, mas su severidad refleja una decisión colectiva por parte de la sociedad para ubicar el umbral en un punto y no en otro. Y esta decisión variará dependiendo del contexto⁷³⁶.

Para decidir establecer el umbral en materia penal, en un punto de más exigencia que el de preponderancia de la evidencia, ¿qué nos inclina a ello?, pues si una hipótesis resulta mayormente corroborada que su negación o que otra hipótesis incompatible con ella, “el proverbial hombre razonable debería aceptarla como una hipótesis probablemente verdadera”⁷³⁷ y la respuesta es que creemos que una clase de error es más costosa que otra, por lo que interesa evitarlos con mayor frecuencia.

En el contexto del proceso penal cuando se establece el umbral de prueba en un punto más alto al de la preponderancia de la evidencia, se señala que se está otorgando al acusado el beneficio de la duda, pues se piensa que condenar erróneamente a un inocente es peor que absolver erróneamente a un culpable, así

⁷³⁵ Y también, crecientemente en los sistemas de tradición continental.

⁷³⁶ Laudan, L. *Verdad, error y...* op. cit. p. 105.

⁷³⁷ *Ibidem*.

señala Laudan⁷³⁸ que si después de haber escuchado todas las pruebas en un juicio oral el jurado piensa que el acusado es probablemente culpable pero, pese a ello, considera que algunos de los elementos del caso de la acusación no son del todo convincentes, entonces estará obligado darle el beneficio de la duda al acusado y a absolverlo. Es estableciendo el estándar de prueba a una altura significativamente mayor que el estándar de la preponderancia de la evidencia como se logra determinar las absoluciones como la señalada. Por ello conceder al acusado el beneficio de la duda no es algo que se haga por encima y además de la exigencia o severidad del estándar, es éste el que incorpora la dosis de beneficio de la duda que se considere apropiada.

De esta manera y en la medida que hacemos más exigente el estándar aumenta el riesgo de los falsos negativos y disminuye el de los falsos positivos, siendo esta la razón para establecer un estándar de prueba penal para la decisión final sobre los hechos probados mucho más alto que el estándar civil, pues es socialmente más aceptado una absolución falsa que una condena falsa. Sin embargo, ¿cuántas absoluciones falsas está dispuesta a tolerar la sociedad para evitar una condena falsa? es, con más rigor, una decisión de política criminal, pues la sociedad en conjunto debe decidir la forma en que deben ser distribuidos los yerros⁷³⁹.

En el caso chileno el estándar de prueba está consagrado en el artículo 340 del CPP que prescribe: “*Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley*”.

Es fácilmente advertible que el CPP chileno recoge la fórmula anglosajona⁷⁴⁰, la que a estas alturas de su desarrollo, puede indicarse con

⁷³⁸ *Ibidem.*

⁷³⁹ “Existen bases suficientes para fundamentar la sospecha de que las condenas falsas son mucho más costosas que las absoluciones falsas. El costo principal de una absolución falsa es que un delincuente genuinamente culpable eluda el castigo correspondiente y quede libre, quizá para cometer otros delitos (...). No obstante, las condenas falsas acarrearán costos aún mayores, como la mancha permanente en el buen nombre de la persona inocente que es erróneamente condenada, la privación de su libertad por el tiempo que dure el encarcelamiento, así como la pérdida de ciertos beneficios importantes asociados a su estatus de ciudadano (por ejemplo, en ocasiones, el derecho a votar). Esos costos son claramente más grandes que los relacionados con las absoluciones falsas”. Laudan, L. *Verdad, error y...* op. cit. p.111.

⁷⁴⁰ “Se ha seguido particularmente en los tribunales estadounidenses y del Reino Unido y también en algunos países del *civil law*, entre ellos Italia, en el que aparece recogido incluso en el Código Penal. Aparece recogido en algunas legislaciones latinoamericanas. Como en los arts. 7, 372 y 381 del CPP de Panamá y el art. 340 del CPP de Chile. También ha sido recogido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el cual ha declarado que para vencer la presunción de inocencia, recogida en el art. 6.3 del Convenio Europeo para la

claridad únicamente, que es más exigente que el estándar civil⁷⁴¹, pues ha suscitado no pocas dificultades en su aplicación en los países que lo contemplan, especialmente en Estados Unidos, como examinaré en lo sucesivo.

1.1.- Formulación de un estándar de prueba. ¿Es posible?

§138. *¿Es posible formular un estándar de prueba para el proceso penal?* La alternativa a esta interrogante es conformarnos con la incertidumbre que arrastra por siglos la fórmula de más allá de toda duda razonable. Sin embargo, existen hoy por hoy muchos autores que se desvelan por articular un adecuado estándar de prueba, especialmente en materia penal, que permita superar las dificultades interpretativas que desde siempre han acompañado a la fórmula anglosajona.

Respecto de esto último, Marina Gascón⁷⁴² parte por indicar que cualquier estándar de prueba exige que la hipótesis de culpabilidad no haya sido refutada, pero que una vez cumplido este requisito, se podrían formular estándares de prueba más o menos exigentes en virtud de los distintos grados de confirmación exigidos para la hipótesis de culpabilidad y de los distintos grados de confirmación tolerados para la hipótesis de inocencia⁷⁴³.

Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la acusación debe practicar una prueba que esté más allá de toda duda razonable (STRDH de 6 de diciembre de 1988, caso *Barberá, Messegue y Jabardo vs. España*)” Abel Lluch, X. “La dosis de prueba: entre el *Common Law* y el *Civil Law*”, *Rev. Doxa*, N° 35 (2012), p. 181.

⁷⁴¹ Miranda, M. “¿La admisión de la prueba indiciaria comporta una reducción del estándar de prueba en el proceso penal?” En VVAA, *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2012. p. 344

⁷⁴² Vid. Gascón, M. “Sobre la posibilidad...” op. cit. p. 136.

⁷⁴³ Grafica lo anterior presentando los posibles grados de confirmación de Hc (hipótesis de culpabilidad) y de Hi (hipótesis de inocencia):

1.- Posibles grados de confirmación de Hc:

- Sólidamente confirmada: Hc-1

- Débilmente confirmada: Hc-0.5

2.- Posibles grados de confirmación de Hi:

- Sólidamente confirmada: Hi-1

- Débilmente confirmada: Hi-0.5

- Ausencia de confirmación: hi-0

Los estándares de prueba ordenados de menor a mayor grado de exigencia, vienen caracterizados por el grado de confirmación exigido para Hc y por el grado de confirmación tolerado para Hi y son los siguientes:

SP1: Hc- 0.5 (exigido) y Hi-1 (tolerado)

SP2: Hc -0.5 (exigido) y Hi-0.5 (tolerado)

SP3: Hc-0.5 (exigido) y Hi-0 (tolerado)

SP4 **Hc-1** (exigido) y **Hi-1** (tolerado)

SP5 **Hc-1** (exigido) y **Hi-0.5** (tolerado)

SP6 **Hc-1** (exigido) y **Hi-0** (tolerado)

Para ilustrar lo dicho reconstruye los posibles grados de confirmación exigidos para la hipótesis de culpabilidad y tolerados para la hipótesis de inocencia, asignándole el valor de 1 a la confirmación sólida, de 0.5 a la confirmación débil y de 0 a la ausencia de confirmación. Puede entenderse, a estos efectos, que hay una *confirmación sólida* cuando las pruebas, consideradas en su conjunto, sólo encuentran explicación si la hipótesis es verdadera (p—H); o sea, cuando no son compatibles con la hipótesis contraria o sería muy difícil explicarlas si la hipótesis contraria fuera verdadera. A la inversa, afirma, estaremos ante una *confirmación débil* cuando las pruebas puedan explicarse si entendemos que la hipótesis es verdadera, pero no son incompatibles con la hipótesis contraria (h---p).

Es necesario aclarar que conforme el postulado inicial de la autora, cualquier estándar debiera requerir como condición mínima que la hipótesis objeto de la prueba no esté refutada, de este modo debemos desechar los estándares de prueba penal que no exigen que la hipótesis de la acusación “no haya sido refutada”. Por otra parte, sería irracional aceptar que solo con una hipótesis de acusación débilmente confirmada y una hipótesis de absolución sólidamente confirmada alguien pudiera ser condenado en un proceso penal democrático.

Es importante también relevar que muy correcta y rigurosamente señala la autora, que es condición de la condena que la hipótesis de culpabilidad no haya sido refutada y no que la hipótesis de culpabilidad haya sido confirmada, pues en este segundo evento si la hipótesis de inocencia ha sido igualmente confirmada nadie debiera ser condenado en un Estado de Derecho. Es decir, además de la no refutación y de que la hipótesis de la inocencia no haya sido confirmada, se requiere confirmación suficiente de la hipótesis de la acusación para que ésta sobreviva.

Por su parte Larry Laudan⁷⁴⁴, quien realiza su propuesta en el marco de la crítica al sistema anglosajón de la “*duda razonable*”, ofrece varias formulaciones posibles para el estándar de prueba penal:

⁷⁴⁴ Laudan, L. “Por qué un estándar.....” op. cit. p. 107 y *Verdad, error y...* op. cit. pp. 127 y ss. Aclara Laudan, que no suscribe ninguna de estas propuestas de estándar, pero que recurre a ellas pues exhiben un rasgo ausente en las prácticas actuales del derecho procesal penal, orientan al jurado en términos tales que lo que debe buscarse por ellos está en las pruebas disponibles y que de hallarse, haría que la condena estuviere justificada. Agrega que la segunda propuesta está basada en las sugerencias de Ron Allen a quien cita, Allen, R. “Constitutional Adjudication, the Demands of Knowledge, and Epistemological Modesty”, en *Northwestern Law Review* 88, p. 436 y “Factual Ambiguity and Theory of Evidence” en *Northwestern Law Review* 88, p. 604.

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

(B) Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénelo. De otro modo absuélvalo.

Indica el autor que no defiende particularmente los dos estándares planteados, pero ambos exhiben una virtud clave de la que carece la práctica actual en los juicios penales; a saber, ellos le dicen al jurado lo que debe buscar en las pruebas para justificar la condena de un acusado.

Agrega un tercer estándar:

(C) Resuelva si los hechos establecidos por la acusación refutan cualquier hipótesis aun ligeramente razonable que usted puede pensar respecto de la inocencia del acusado. Si ellos lo hacen, usted debe condenarlo: De otro modo, usted debe absolver. Finaliza señalando que los tres estándares de prueba instan al juzgador de los hechos a probar rigurosamente la hipótesis de la culpabilidad antes de que la adopten. Agrega que contamos con una prueba rigurosa de una hipótesis, cuando tenemos una evidencia de que sería muy sorprendente o improbable que la hipótesis fuese falsa. Lo que los jurados deberían buscar no es la prueba que meramente confirma o es compatible con la hipótesis de la culpabilidad sino la evidencia de que no se espera que la hipótesis sea falsa. Los estándares de prueba (A)-(C) señalan precisamente esa dirección.

Es necesario precisar -para llegar a nuestro punto- que en la formulación o aceptación de un determinado estándar de prueba, están implicadas concepciones de política criminal que dicen relación directa con *la distribución del error*, lo que no resulta un tema menor. Larry Laudan⁷⁴⁵ clasifica esta materia en aquellas que llama conjunto de valores *quasi-epistémicos* que se centran en el control del error, pero que sus motivos no derivan de su relación con la verdad ni la reducción del error sino de una decisión política según la cual cierto tipo de errores es peor o menos aceptable que otros.

⁷⁴⁵ Señala el autor que existen en cada sistema de justicia penal tres clases de valores, en primer término, aquellos que llama *extra-epistémicos*, y que se refieren a cuestiones de oportunidad, a los derechos de los acusados y los vinculados con la transparencia y el debido proceso; a los segundos los denomina *el núcleo duro de la epistemología jurídica* y que dicen relación con el interés de reducir el error -entendiendo por erróneo lo falso- y el tercer grupo que denomina *el núcleo débil de la epistemología jurídica* y que se refieren a la distribución del error. Vid. Laudan, L. "Por qué un estándar..." op. cit. p. 97.

Agrega que el epistemólogo no puede decirle al sistema jurídico cómo deben ser distribuidos estos errores, lo que sí puede hacer es ayudarlo –una vez que se ha decidido el peso relativo socialmente aceptable de los errores- preocupándose por cómo puede ser satisfecho de una mejor manera este peso relativo (por ejemplo a través de la elaboración de la forma de determinar el grado de exigencia de un estándar de prueba).

Finalmente Jordi Ferrer⁷⁴⁶ nos recuerda que necesitamos establecer un umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada. Si el estándar de prueba resulta indeterminado, resultará a su vez imposible justificar la decisión tomada sobre los hechos del caso. Añade, que en otros términos, es la propia estructura del razonamiento la que exige mostrar que se ha superado determinado nivel de corroboración de una hipótesis fáctica para justificar que se acepte como probada, pero para ello es necesario conocer cuál es ese nivel.

El autor plantea que es posible la formulación de un estándar de prueba para el proceso penal que no sea dependiente o parasitario de las creencias subjetivas del juzgador, y resulte por ello controlable intersubjetivamente e incorpore en una versión no subjetivista el principio *in dubio pro reo*.

El que formula es el siguiente⁷⁴⁷:

1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos en forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.

2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles, explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.

Ferrer culmina señalando que sólo avanzando en la formulación de estándares de prueba que (aunque no sean iguales al propuesto) reúnan

⁷⁴⁶ Vid. Ferrer, J. “Los estándares de prueba en el...” op. cit. p. 2 y del mismo autor: *La valoración racional...* op. cit. p. 147.

⁷⁴⁷ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 147. Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. p. 140. Igualmente formula un estándar que, tributario al que propone este autor, es el siguientes: 1) Que las pruebas de cargo cuya existencia resultara predecible, de acuerdo a nuestros conocimientos previos acerca del mundo, en el caso concreto, hayan sido efectivamente aportadas, 2) Que la hipótesis de la acusación sea capaz de explicar los datos probatorios disponibles, integrándolo de forma coherente, y que haya resistido a las eventuales contrapruebas que pretendían refutarla. 3) Que los datos probatorios disponibles resulten muy difícilmente explicables por las hipótesis compatibles con la inocencia del acusado que hayan sido alegadas por la defensa (o, en otros términos, que existan contrapruebas respecto de éstas, que se apoyen en generalizaciones empíricas y datos iniciales ampliamente corroborados) excepto las hipótesis *ad hoc* que no son empíricamente contrastables.

características que no los hagan expresión de dudas o certezas subjetivas, podrá dotarse de sentido al *derecho* a la presunción de inocencia⁷⁴⁸.

1.2.- La recepción del estándar de prueba en la doctrina y jurisprudencia chilenas

§139. *El estándar de prueba para el proceso penal en Chile.* Como inspiración en esta búsqueda, puede señalarse que las normas positivas contenidas en los artículos 295, 297 y 342 letra c) del CPP nos proveen de un sustento normativo que posibilita de mejor forma el trabajar en pos de un estándar de prueba.

Es posible, asimismo, que la jurisprudencia, alejándose ostensiblemente de la noción subjetivista de la valoración, entre por fin en el sendero de la racionalidad y con auxilio de los contenidos doctrinarios que dan cuenta del esfuerzo que están emprendiendo los autores mencionados –los más, extranjeros y algunos nacionales⁷⁴⁹-, pueda elaborar un esquema racional del que valerse en la tarea de fijación del *quantum* de la prueba y que permita afirmar -después de muchos filtros de orden cognoscitivo- que es procedente la condena de quien está siendo objeto de persecución penal estatal.

En pos de la consecución del fin anunciado, es imperiosa la necesidad de aplicar un estándar de prueba que se concilie con el carácter racional del sistema de libre valoración, esto es, buscar la objetivización o razonabilidad en la interpretación de la norma positiva que consagra en Chile el estándar de prueba penal, lo que ciertamente no es un tema sencillo, pero no imposible de abordar.

En una mirada retrospectiva es propicio afirmar -en el tiempo que corre desde la implementación de la reforma procesal penal en Chile- se acepta generalmente que la legislación contempla un sistema de valoración racional que se sustenta en los parámetros o criterios de racionalidad contenidos en el artículo 297 del CPP. Existe consenso, además, en que se ha superado el antiguo sistema de la prueba legal o tasada y la concepción que se introdujo con la vigencia del CdPP de 1906, de la “certeza legal condenatoria y la certeza moral absolutoria”⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ Vid. Ferrer, J. “Los estándares de prueba...” op. cit. pp. 2 y ss.

⁷⁴⁹ Cfr. Accatino, D. “Forma y sustancia...” op. cit. pp. 347-361.

⁷⁵⁰ Vid. Ayala, J.L. *Duda razonable. Racionalidad en la convicción penal*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2014, pp.117 y ss., quien señala [e]sta norma [artículo 456 bis del CdPP] era bastante particular ya que pretendía

Sin embargo, a mi juicio, en lo que no hay consenso y, por el contrario, la implementación práctica apoyada en alguna doctrina se pierde en un mar de contradicciones, es en determinar cuál es el estándar que se advierte en el CPP para poder afirmar cuándo un determinado enunciado fáctico se encuentra probado, es decir, cuándo son suficientes los elementos de juicio disponibles para declarar probada la hipótesis de la acusación, de acuerdo a los criterios fijados por el aludido estándar y en el contexto de una determinada clase de proceso.

§140. *El estándar de prueba en la jurisprudencia chilena.* Una mirada a la jurisprudencia nos permitiría afirmar que entre nosotros se aplica el estándar de prueba que es reseñado como *convicción más allá de toda duda razonable* contenido en el artículo 340 del CPP, al cual se le ha imprimido, no obstante, un sesgo subjetivista, siendo ésta una tendencia que es posible advertir.

En efecto, y a pesar que se consagra en el ordenamiento procesal penal el sistema de sana crítica racional, lo que hoy nadie discute, existiendo por cierto una remisión expresa a los parámetros que la constituyen: reglas de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos, a la hora de aplicar el estándar de prueba, inexplicablemente se retoma muy frecuentemente a la irracionalidad.

Desde la Corte Suprema⁷⁵¹ chilena a los tribunales orales en lo penal es posible encontrar nociones tales como convicción personal, soberanía del juzgador, convicción íntima, etc.

Así el Tribunal Oral de Puerto Montt, que determinó en un caso la inocencia del acusado, razonó en el siguiente sentido: *“Que sólo un análisis aislado y fragmentario de las pruebas incorporadas a juicio, podría permitir arribar a una certeza en los términos de participación, sostenidos en la acusación fiscal, pero ponderadas el conjunto de probanzas incorporadas en audiencia, la certeza que*

unir al sistema legal la convicción interna del juzgador como último límite de la condena, con el fin de morigerar las reglas legales de valoración, aceptando con ello las críticas propias del sistema tasado”.

⁷⁵¹ Muestra de ello es la sentencia de la Corte Suprema que constituye un paradigma de esta concepción: *“La convicción del tribunal, más allá de toda duda razonable, sobre la perpetración de un cuasidelito, es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimientes llamados a conocer de una determinada materia, sin que esta Corte tenga la facultad de anular por ese motivo, el juicio que ellos han sido llamados a resolver, ya que dicha decisión emana del ámbito de su propia conciencia, previo un conocimiento exhaustivo y directo de los hechos”*. Sentencia de la Corte Suprema de 13 de enero de 2005, Rol N° 5.154-2004, en *Revista Procesal Penal*, Editorial LexisNexis, N° 31, enero de 2005, p. 25. Esta apelación a la convicción en clave subjetiva está presente en recientes pronunciamientos de la Corte Suprema chilena que ha señalado que *“(…) los jueces del fondo son soberanos para valorar la prueba rendida en el proceso, de acuerdo a la convicción que se han formado en la apreciación directa e inmediata de la prueba producida en el juicio”*. Sentencia de la CS de fecha 24 de julio de 2013, en Horvitz, M. y otros, *El recurso de...* op. cit. p. 955.

se alega se extravía en las dudas y objeciones que se han relacionado en los motivos que preceden, circunstancias todas que impiden formar convicción, más allá de toda duda razonable, que permitan derribar la presunción de inocencia que ampara al acusado, y afirmar a su respecto que en la ocasión realizó las acciones que se le imputan, razones todas por las que se dictará sentencia absolutoria, lo que así será declarado en lo resolutivo de esta sentencia”⁷⁵².

La Corte de Apelaciones de Chillán, manteniendo al parecer la lógica del antiguo sistema, el de la certeza legal condenatoria y la certeza moral absolutoria, ha dictaminado: *“Que de otro lado, debe tenerse presente que la exigencia relativa a los requisitos de la sentencia definitiva será distinta según sea la decisión condenatoria o absolutoria que se adopte y en tal sentido, el artículo 340 del Código Procesal Penal contiene un principio básico de que la decisión que condena sólo es posible cuando el tribunal adquiere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible materia de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”⁷⁵³.*

En otro pronunciamiento de reciente data, la Corte de Apelaciones de Santiago⁷⁵⁴, releva la interpretación subjetivista que se realiza del estándar de prueba penal, al indicar que *“A pesar, del razonamiento lógico del tribunal a quo, en el cual no se han controvertido las máximas de la experiencia, no resulta creíble, que estando en el suelo el funcionario de Carabineros señalado como víctima en estos autos, haya podido levantarse lesionado y detener al imputado. Razonar en otro sentido, contraviene a juicio de esta Corte las reglas de la sana crítica, estimándose además que las pruebas aportadas por el Ministerio Público no pueden llevar a una íntima convicción tanto del hecho punible como de la participación del imputado en él, por lo cual, esta causal de nulidad será desechada en lo sucesivo”⁷⁵⁵.*

No obstante lo anterior, Claudio Fuentes, en un trabajo ineludible sobre la construcción de la duda razonable en la jurisprudencia chilena, analiza un número determinado de fallos, mayoritariamente de los tribunales orales y estima que es

⁷⁵² Sentencia del TJOP de Puerto Montt, de fecha 29 de enero de 2009, RIT 121-2008.

⁷⁵³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, de fecha 1 de junio de 2005, Rol N° 80-2005, citada por Peña, S. *Jurisprudencia sobre “La duda razonable”, Concepto para la condena o absolución de un imputado*. Ed. Metropolitana, Santiago, 2014, p. 223.

⁷⁵⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 28 de junio de 2012, Rol N° 1403-2012, citada por Peña, S. op. cit. p. 51.

⁷⁵⁵ Señala que el fallo no contraviene las máximas de experiencia y parece compartir la que aplica la juez de primer grado, sin embargo, pone el acento en la convicción –íntima- que no se alcanzó con el análisis de la prueba rendida.

posible hablar de ciertos avances en la definición de qué se entiende por duda razonable, indicando que distinguió dos líneas jurisprudenciales, a saber: aquellas donde existe defensa activa y ésta constituye un factor clave de absolución y aquellas en las que la declaración de la víctima es considerada como fuente de duda razonable. Es necesario resaltar que ambos casos tienen en común que no se trata de dudas meramente especulativas, sino de un antecedente específico que aporta información que contradice la prueba de cargo o aquella línea que identifica una relación entre duda razonable y los antecedentes probatorios, desde la perspectiva de que la posible conclusión se derive de hechos acreditados por medios probatorios de baja calidad, finalmente identifica casos –concretos- en donde la duda se desprende al confrontar la información proporcionada por un medio de prueba y la versión afirmada por el persecutor con las máximas de experiencia⁷⁵⁶.

§141. *Los vaivenes interpretativos en Estados Unidos.* Señala Laudan que el estándar de más allá de toda duda razonable, es una noción “penosamente inadecuada, deliberadamente poco clara, totalmente subjetiva y abierta a un número de interpretaciones semejante al número de jueces en funciones, a quienes, en última instancia, les corresponde explicar a los jurados en qué consiste la prueba que satisface el estándar”⁷⁵⁷.

En efecto, en los Estados Unidos, inicialmente el estándar de la duda razonable, dada la presunción de inocencia del acusado, era interpretado de la siguiente forma: los veredictos de culpabilidad eran legítimos sólo si los miembros del jurado estaban absolutamente seguros de la culpabilidad del acusado. Lo que era un estándar particularmente alto, toda vez que los filósofos y juristas de la Ilustración se fueron dando cuenta que en los asuntos humanos, en contraste con las matemáticas y la lógica, no había forma de obtener certezas absolutas y que a lo más que podía aspirarse era a obtener lo que llamaron “certeza moral”, no porque tuviera que ver con la ética o la moralidad sino a efectos de contrastarla con la certeza matemática⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Fuentes, C. “El manejo de la incertidumbre judicial: La construcción de la duda razonable en el sistema procesal penal” http://works.bepress.com/claudio_fuentes_maureira/6 . El autor expresa, no obstante, que su análisis de casos no es acabado en cuanto al número de fallos examinados. Este estudio identifica aquellos casos en que los tribunales recurren a algún criterio objetivo que tiene la virtualidad de contar como defecto capaz de justificar una duda, que se tuvo presente en las sentencias que se revisaron: 31 de Tribunales orales en lo penal y 9 de Cortes de Apelaciones.

⁷⁵⁷ Laudan, L. *Verdad, error y...* op. cit. p. 61, a quien se seguirá en este tópico.

⁷⁵⁸ Vid. *Ibidem*. p. 64.

De este modo, desde mediados del siglo XIX hasta mediados del siglo XX en Estados Unidos, se utilizó la duda razonable inspirada en la certeza moral, hasta que en el caso *In re Winship*, en 1970, se elevó a rango constitucional la obligación de que los jurados fueren instruidos por los jueces respecto de la obligación que tenían de aplicar el estándar de más allá de toda duda razonable⁷⁵⁹. Hasta antes de *Winship*, la explicación más común era que la prueba más allá de toda duda razonable es equivalente a la “creencia que alcanza a producir una certeza moral”, sin embargo desde aquél caso la Corte Suprema ha venido desalentando esta asimilación por cuanto se trata de un terminología arcaica, que confunde y, fundamentalmente, porque existe el peligro de que los jurados basen su decisión en estándares morales o en sus emociones, en conjunto con estándares estrictamente probatorios o en lugar de éstos. De esta manera, excluida la noción de certeza moral, los jueces y los académicos han tenido que buscar otras maneras de explicar a los jurados esta noción⁷⁶⁰.

La primera explicación que se utilizó del concepto de más allá de toda duda razonable es *aquella seguridad en creencias que consideramos apropiadas para la toma de decisiones importantes en la vida*, pues se les decía a los jurados que así como no toman decisiones cruciales en la vida, salvo que estén seguros de las creencias en que aquellas decisiones se basan, no deben hallar culpable al acusado a menos que su confianza en la culpabilidad de aquél sea tan grande como la que se exigen a si mismos cuando toman decisiones de este tipo⁷⁶¹.

Una segunda explicación es aquella que entiende como más allá de toda duda razonable *aquel tipo de duda que haría que una persona prudente vacilara en actuar*. En mérito de las dificultades que presenta esta explicación, los jueces efectuaron un giro respecto del cuestionamiento y se trata de explicar, no que es una creencia más allá de toda duda razonable, sino una duda menos que razonable, es decir, aquellas dudas que el jurado debería pasar por alto. Así, la única duda que debería impedir al jurado hallar culpable al acusado es aquella que

⁷⁵⁹ Señala Laudan que el caso *Winship* elevó a rango constitucional el estándar de más allá de toda duda razonable, en una interpretación un tanto creativa, pues la Constitución de Estados Unidos no refiere en ninguna parte el estándar de prueba en materia penal, no obstante ello la Corte Suprema determinó que la Constitución mandaba que todos los jurados de casos penales fuesen instruidos que tenían la obligación de aplicar este estándar en caso de condena. Así la omisión del juez de instruir al jurado en esos términos, se convirtió automáticamente en una causa de revocación de la sentencia respectiva. *Verdad, error y...* op. cit. p. 66.

⁷⁶⁰ Se seguirá, al igual que en lo que precede, a Laudan, L. *Verdad, error y...* op. cit. pp. 68 y ss.

⁷⁶¹ Señala Laudan que normalmente las personas adoptan decisiones a pesar de existir dudas razonables sobre las consecuencias de las mismas, por ejemplo ¿decide uno casarse sólo cuando se está completamente seguro, más allá de toda duda razonable de que el matrimonio funcionará? En nuestra vida muchas veces se toman decisiones importantes en presencia de dudas considerables.

conduciría a sus miembros a vacilar respecto de su actuar o no en sus asuntos personales de importancia.

Si embargo este giro no remedia los problemas de que se dio cuenta con precedencia, pues muchas personas ante las decisiones cruciales, dudan en actuar aun cuando el curso de acción por el que deberían optar es totalmente claro más allá de cualquier duda⁷⁶².

En un nuevo intento se entendió más allá de toda duda razonable como *una convicción estable en la culpabilidad del acusado*. Literalmente una convicción estable es aquella que se mantendrá por largo tiempo, ello en contraposición con una creencia transitoria, sin embargo ¿Quién puede afirmar que eventualmente no reconsiderará una creencia recién formulada y basada en alguna inferencia?, retrospectivamente se puede afirmar que la creencia de alguien, incluso de uno mismo, constituía una convicción estable. El problema es cómo puede el jurado afirmar prospectivamente que una creencia recién formada será de esta clase. Con esta interpretación, al parecer inconsistente, lo que se le está solicitando a los jurados es que determinen si la creencia en cuestión es sostenida firmemente y sin titubeos.

Los inconvenientes anotados por Laudan respecto de esta interpretación dicen relación con que la firmeza con que se sostiene una creencia –es decir la intensidad de nuestra convicción al respecto- no establece para nada si nuestra creencia es racional o si está bien fundada en las pruebas disponibles⁷⁶³.

Señala Laudan que podría pensarse que el problema se soluciona combinando los términos convicción estable con la insistencia en que los miembros del jurado deben estar cuidadosamente atentos a todas las pruebas disponibles al formar su creencia en la culpabilidad del acusado, es decir en la instrucción del juez debe señalar a los jurados que las pruebas deben hacer abrumadoramente más probable que el acusado sea culpable.

En este último caso, señala Laudan hablar de una convicción estable se vuelve gratuito, pues si la duda razonable se desvanece genuinamente cuando las pruebas apuntan poderosamente a la culpabilidad del acusado, entonces el jurado solo necesita determinar si las pruebas presentadas en juicio tiene tal carácter,

⁷⁶² Señala el autor a quien se sigue, que por ejemplo una esposa maltratada sabiendo perfectamente bien que su esposo seguirá golpeándola cuando falte dinero, no obstante, frecuentemente vacilará si ha de alejarse de esa situación o no. Laudan. L. *Verdad, error y...* op. cit. p. 70.

⁷⁶³ Indica por ejemplo, que puedo creer firmemente que mi perrito Fido, recién fallecido, se encuentra ahora en el cielo canino, creencia que incluso me puede acompañar hasta la tumba, sin embargo la perdurabilidad de esta creencia, o mi tenaz insistencia en aseverarla, tienen muy poco que ver con establecer si está racionalmente bien fundada o no.

resulta irrelevante si el jurado, en adición a lo anterior, tiene una convicción firme o estable.

Esta interpretación representó un debilitamiento del estándar más allá de toda duda razonable, redundando en que la carga del acusador será mucho más ligera que aquella exigida por la certeza moral.

Se ha sostenido una distinta interpretación del más allá de toda duda razonable *como aquella duda para la cual puede ofrecerse una razón*, la cual es calificado por Laudan como tautológico, inofensivo e incluso vacío de contenido. Con base en esta asimilación se dice que una duda razonable es una duda que es, precisamente, razonable, es decir, aquella para la cual puede ofrecerse una razón.

Se señalaba en las instrucciones al jurado que por duda razonable no se entiende que el acusado quizá pueda ser inocente del delito que se le imputa, sino que implica una duda concreta con base en alguna razón. Este lenguaje aparentemente inocuo fue censurado en apelación, por erróneo, provocando la revocación de la condena respectiva, por cuanto surge legítimamente la pregunta: ¿Qué clase de razón se trata? ¿Bastaría una razón muy débil o se requiere una muy fuerte? Se requiere, al parecer, una explicación más profunda.

Se interpretó igualmente más allá de toda duda razonable *como una creencia altamente probable*. Conforme a este enfoque la forma correcta de entender lo que significa una creencia más allá de toda duda razonable consiste en sostener que cualquiera de las creencias de este tipo ha de ser altamente probable. Ha servido de fuente de inspiración de este predicado el estándar civil, en el cual el juzgador de los hechos debe fallar a favor del actor, y no del demandado, si hay mayores probabilidades de que el caso del primero sea verdadero que las probabilidades que no lo sean, es decir, si su caso cuenta con una probabilidad mayor a 0,5. Obviamente el estándar que se aplica en materia penal debe ser mucho más riguroso, de modo que para dictar una condena las probabilidades tendrían que ser más altas. Se habla de un valor de 0,9 o de 0,95.

Como en todos los asuntos que tengan que ver con el quehacer humano jamás podemos estar completa y absolutamente seguros de nada, lo que implica que los miembros del jurado jamás podrán estar totalmente seguros de la culpabilidad del acusado. Ello abre la puerta para especificar que el umbral necesario para condenar podría ser definido mediante un valor numérico, sin embargo, esta postura es rechazada por los jueces y fundamentalmente por los

tribunales de apelación, que han señalado que “la noción de una duda razonable no se presta a la cuantificación; es inherentemente cualitativa”.

No obstante, afirma Laudan que detrás de estas críticas está el temor a no especificar que se requiere una probabilidad muy alta para condenar.

Por otra parte señala que identificar el estándar penal de más allá de toda duda razonable con cualquier valor de probabilidad menor a la unidad, implicaría un reconocimiento explícito de que el sistema tolera una fracción de condenas falsas.

Indica el autor a quien se sigue, que la coexistencia de múltiples definiciones del estándar de más allá de toda duda razonable no es en sí algo malo, lo que resulta problemático es que todas estas nociones fracasan en caracterizar la idea misma subyacente, por otra parte los juzgados y tribunales han desechado las propuestas de las que se da cuenta, argumentando que son incorrectas, confusas o ininteligibles e incluso rechazadas bajo el argumento que violan los derechos constitucionales del acusado⁷⁶⁴.

Por regla general las tesis que ofrecen una razón explícita para desalentar una definición del estándar de más allá de toda duda razonable, niegan que se trate de una noción en sí misma profundamente confusa, afirmando que se trata de una noción auto-evidente o auto-definible, por lo que no se necesitan mayores comentarios al respecto⁷⁶⁵.

Finalmente otro factor que motiva esta tendencia a no instruir a los jurados lo que implica el estándar de más allá de toda duda razonable, es que si un juez lo hace y dice algo que pudiera contradecir lo que piensa un tribunal de mayor jerarquía y si el acusado es condenado y la sentencia apelada, entonces el veredicto de culpabilidad puede ser revocado. En cambio si nada dice, no puede ser revocado de esta manera.

Todo lo anterior motiva a pensar a Laudan que en Estados Unidos en los juzgados y tribunales contemporáneos no existe un estándar uniforme para determinar cuándo alguien es culpable de un delito⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ Afirma Laudan que la Corte Suprema nunca se ha decidido en torno a este asunto, de modo que, por ejemplo el Magistrado O'Connor escribió en 1994, que la Constitución no se compromete con que los jueces puedan o deban definir duda razonable. Laudan, L. *Verdad, error y...* op. cit. p. 85.

⁷⁶⁵ Al menos diez estados sostienen este punto de vista en la actualidad. A nivel Federal cuatro de los once tribunales de circuito de los Estados Unidos requieren de una definición de BARD cuya omisión es considerada fundamento para la revocación, la mayoría de los restantes sostienen que los jueces no necesitan definir lo que es una duda razonable. Laudan, L. *Verdad, error y...* op. cit. p. 84.

⁷⁶⁶ Laudan, L. *Verdad, error y...* op. cit. p. 87.

§142. *Lo que ha dicho la doctrina chilena sobre las dudas razonables y el estándar sustentado en ellas.* Existe una tendencia jurisprudencial a identificar el estándar de prueba presente en nuestra legislación positiva en el referido artículo 340, con el de convicción íntima, la que encuentra sustento en los lineamientos planteados por López Masle⁷⁶⁷ referentes a que el estándar probatorio impuesto como carga al Estado por el CPP chileno es el de *convicción más allá de toda duda razonable* y que éste ha sido tomado del derecho anglosajón.

Agrega este autor⁷⁶⁸ que el juicio penal no es una contienda en la que el tribunal se pronuncia sobre cuál de las dos versiones presentadas ante él es “mejor”, sino que es un método para determinar con certeza la existencia del delito y la participación del acusado, de modo que si ello no se logra debe absolverse, incluso si no se encuentran probados los enunciados fácticos que demostrarían la inocencia del acusado. Indica más gráficamente su postulado de la siguiente forma “los juicios criminales son búsquedas unilaterales de la verdad que responden una pregunta: ¿es el imputado con certeza culpable? Si la respuesta es sí, el imputado es condenado. Si la respuesta es probablemente sí, posiblemente sí, posiblemente no o cualquier otra distinta de un inequívoco sí, el imputado es absuelto”.

La identificación del estándar con la idea de “certeza” le parece al autor en comento, desde todo punto de vista conveniente, porque reconoce que resulta difícil avanzar mucho más en la definición de duda razonable, y porque este concepto sí tiene en Chile una larga tradición y reconduce a los jueces, por lo tanto, a la utilización de parámetros a los que se encuentran habituados (la certeza legal condenatoria y la convicción moral absolutoria del artículo 456 bis del CdPP).

Planteamientos similares sostienen Duce y Riego⁷⁶⁹, pero añaden que frente a la dificultad que supone la imposibilidad de determinar un margen de error cuantitativo surge, entonces, la necesidad de hacer una elaboración conceptual del mismo, esto es, crear un estándar con el cual sea posible evaluar la prueba producida en cada juicio y determinar si ella satisface o no la exigencia de eliminar una posible duda razonable, reconocen eso sí, que la tarea de proponer criterios operativos se vuelve extremadamente difícil y que no están en condiciones de ofrecer una teoría o una solución conceptual aplicable de manera general.

⁷⁶⁷ Vid. Horvitz, M. y López, J. op. cit. pp. 154 y ss.

⁷⁶⁸ *Ibidem.* p. 156.

⁷⁶⁹ Vid. Duce, M. y Riego, C. op. cit. pp. 497 y ss.

Señalan que las fórmulas que de manera más común se utilizan en otros sistemas parecen estar orientadas a definiciones de carácter subjetivo.

Es importante lo que relevan Duce y Riego, en cuanto a que en países de tradición anglosajona, este estándar queda entregado en su aplicación al jurado, que no requiere fundamentar su decisión, y que es probablemente, por esa razón que existe una cierta reticencia tanto de las Cortes como de los juristas para entrar a explicarlo de manera precisa, pero que en nuestro caso no podemos optar por el mismo camino, dada la exigencia de fundamentación que recae sobre nuestros jueces⁷⁷⁰.

Señala sobre este tópico Accatino⁷⁷¹ que, además de ser objetivo, la interpretación del estándar de prueba debe determinar con precisión las condiciones que debe satisfacer la prueba de cargo para ser suficiente y justificar la condena. En otras palabras, debe ser posible identificar con precisión qué condiciones presentes en el conjunto de evidencias disponibles justifican una duda, o al contrario, qué condiciones deben ser superadas por las pruebas disponibles para que pueda ser justificado tener por probada la versión de los hechos de la acusación.

Distingue la autora entre dudas que no se justifican en la calidad de las pruebas disponibles, es decir, aquellas que se fundan en el carácter probabilístico de la prueba judicial y aquellas dudas que si se fundan en la calidad de las pruebas disponibles a favor de las proposiciones fácticas en que se funda la acusación, de modo que no es posible, en base a ellas, reconstruir todos los detalles del modo que se asume que ocurrieron los hechos.

La primera clase de dudas, es decir, la posibilidad puramente hipotética y no sustentada en pruebas, de una versión alternativa de los hechos, cabos sueltos que no se refieran al núcleo de los *facta probanda* principales, o falta de determinación de aspectos secundarios de la reconstrucción de los hechos del caso, serían irrelevantes para la decisión de condena y su justificación. De este modo el carácter inductivo o probabilístico de la relación entre un elemento probatorio y una proposición, no es un defecto de esa prueba, sino un rasgo distintivo del razonamiento probatorio.

Por otra parte, señala, existen las dudas relevantes que se sustentan en defectos de las pruebas disponibles en relación con las proposiciones fácticas que

⁷⁷⁰ *Ibidem.*

⁷⁷¹ Accatino, D. "Certezas, dudas y propuestas entorno al estándar de prueba penal", *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, Valparaíso, Segundo semestre de 2011, pp. 504 y ss.

se trata de probar, que caracteriza como dudas *justificadas* en defectos de las pruebas disponibles en relación con las proposiciones fácticas que se trata de probar.

Se ha señalado igualmente que, en todo caso, que no todas las dudas tienen el carácter de razonables, pudiendo excluirse los cabos sueltos, las dudas imaginarias, las hipotéticas, las ilógicas, pero si lo serían aquellas dudas que son capaces de articularse dentro del juicio y que tienen base en la prueba rendida⁷⁷².

Duce y Riego⁷⁷³, por su parte estiman que pertenecen a la categoría de dudas compatibles con la condena, los cabos sueltos, es decir, elementos de información que no resultan plenamente coherentes con la versión de los hechos de la acusación y que no aparecen plenamente explicados en el juicio, pero que se pueden atribuir a defectos de percepción, a errores u otras causas de aquellas que hacen que normalmente la mayor parte de las actividades humanas sean imperfectas.

Indican que tampoco serían dudas razonables aquellas dudas imaginarias o puramente hipotéticas, o sea, posibles explicaciones alternativas para la prueba presentada, pero que no forman parte del debate, que nadie ha alegado ni intentado probar y que solo surgen de una revisión hipotética de todas las posibilidades imaginables, es decir, lo que Accatino señaló como propio del carácter inductivo o probabilístico de la relación entre un elemento probatorio y una proposición fáctica que se trata de probar.

Claudio Fuentes estima que las posturas de la doctrina chilena frente a lo que se entiende por *duda razonable* es posible agruparlas en tres: La primera que identifica duda razonable con *certeza moral* y es postulada por López Masle, según ya analizamos. Una segunda, es la que pretende definir duda razonable conforme los criterios y definiciones producidas en el sistema de EEUU, es decir, una duda cuya entidad es menor por lo que cualquier persona razonable actuaría a pesar de ella o, cuando es definida en términos opuestos, aquella que haría vacilar a una persona razonable al tomar una decisión, cuyo exponente es Sabas

⁷⁷² Cfr. Coloma, R. y otros. “Nueve jueces entran en diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal” http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200002, v. 16 N° 2, Talca 2010, pp. 29 y ss. Se preguntan estos autores “¿Cuál es el margen de error? ¿Se puede estimar en algún porcentaje? ¿Cuánto y qué es lo tolerado? Esta indeterminación produce que los que han escrito algo sobre el tema hablen de dudas posibles, dudas generadas por el hecho o la falta de prueba, pero insisten en que todo redunde en el sistema probatorio que utilizamos. Así, la obligación de fundamentar los fallos, sin contradecir a la lógica, los conocimientos científicamente afianzados o las máximas de la experiencia, constituye el pie forzado para expresar en cada caso en concreto cómo se abordaron las inconsistencias de las pruebas producidas frente a las tesis de cada parte”.

⁷⁷³ Vid. Duce, M. y Riego, C. op. cit. p. 500 y ss.

Chahuan⁷⁷⁴, postura que se enfrenta a las vicisitudes que igualmente se desarrollaron. Finalmente, la postura de Accatino⁷⁷⁵, Cerda⁷⁷⁶ y Coloma⁷⁷⁷, quienes abogan por un modelo racionalista de razonamiento judicial, que pone el acento en la controlabilidad de la decisión y la crítica, sobre todo de Accatino, al sesgo subjetivista que pervive en la interpretación del estándar de prueba que apela a la duda razonable.

Me parece trascendente relevar la crítica que formula Fuentes respecto de esta última postura, pues es la que se sustenta en el presente trabajo, ya que este autor señala que no existe en la actualidad ningún estándar, y por cierto no en Chile, que sea capaz de adecuarse a los requisitos teóricos que esta corriente postula, por lo cual si bien esta tesis apela a establecer una visión del estándar de la duda razonable que sea objetiva, son los propios límites de la configuración del estándar contemplado en el artículo 340 del CPP los que impiden satisfacer plenamente a esta corriente y, deviene a su juicio ineludible la pregunta de ¿hasta qué punto se le pueden hacer exigencias al estándar sin transformarlo en otra cosa totalmente distinta a la que el legislador quiso implementar?

Dicho cuestionamiento, reconociendo que es válido, es posible contestar con otra pregunta: ¿se sabe actualmente cuál es el estándar que el legislador chileno quiso implementar?, y creo que la respuesta es no. Lo anterior fluye con nitidez del estudio que el mismo autor realiza respecto de cómo se le ha entendido por la doctrina y jurisprudencia, las cuales no tiene una única respuesta, tampoco es posible extraerla de la historia fidedigna de la ley, de la cual se puede colegir que lo que se pretendió era erradicar la factibilidad de condenar únicamente en el caso de que el legislador hubiese alcanzado certezas absolutas e instaurar la posibilidad de condenas existiendo cierta entidad de dudas, e incorporar un criterio “el de la convicción más allá de toda duda razonable” como un criterio que estuviera suficientemente decantado en la judicatura y que fuese familiar.

Para replicar a esta crítica, es posible desarrollar una concepción -como lo hace Accatino⁷⁷⁸- bien fundada epistemológicamente, acerca de qué debe contar como una duda razonable, pues la referencia a dudas “razonables” admite un

⁷⁷⁴ Chahuan, S. *Manual del nuevo procedimiento penal*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 324.

⁷⁷⁵ Vid. Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. p.140. y “Certezas, dudas y propuestas...” op. cit. pp. 502 y ss.

⁷⁷⁶ Cerda, R. *Valoración de...* op. cit. p. 102 y “¿Cuáles son las exigencias de estándar probatorio?” en VVAA, *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 402 y ss.

⁷⁷⁷ Coloma, R. *Panorama general...* op. cit. p 28.

⁷⁷⁸ Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. pp. 139-140.

sentido normativo que podría indicar que lo relevante no es la presencia o ausencia subjetiva de dudas, sino la presencia o ausencia en el conjunto de elementos de juicio disponibles de ciertas condiciones que debieran razonablemente suscitar una duda. Interpretación que defiende a través de un argumento sistemático, que ponga de relieve su coherencia con la opción legislativa por una concepción racional y justificada de la libre valoración de la prueba, expresada, sobre todo en el artículo 297 del CPP.

Así el modelo de la probabilidad inductiva puede ofrecernos auxilio para determinar cuáles son los tipos de circunstancias cuya presencia en el conjunto de elementos de juicio disponibles debiera suscitar una duda que justifica una absolución. Estas circunstancias pueden precisarse, a contrario, a partir de las condiciones positivas que debiera satisfacer un conjunto de elementos de juicio para proporcionar un alto grado de corroboración a una hipótesis.

Frente a lo anterior, a mi juicio, es posible reconducir el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable a una reconstrucción del mismo como la que propone Accatino, Ferrer o Laudan, o bien a algún otro que cumpla las exigencias insoslayables de ser objetivo, independiente de las creencias del juez de los hechos y controlable. Tal reelaboración, no va a exceder los márgenes de lo que previene el artículo 340, toda vez que éste es indeterminado, poroso y no tiene contornos que puedan ser desbordados y se enmarcaría de mejor manera en el contexto del sistema racional de valoración por el que, se puede fundadamente sostener, ha optado el legislador chileno en el CPP.

En todo caso, me parece que la fórmula del estándar de prueba penal de *convicción más allá de toda duda razonable*, tal como está concebido en nuestra legislación puede ser susceptible de una modificación legal que lo precise, a fin de satisfacer a quienes sostienen que dicha fórmula no puede ser reconducida a la racionalidad y que las múltiples interpretaciones que han pretendido hacerlo fracasan estrepitosamente en el intento.

Sin embargo, es igualmente defendible como lo hace Accatino, que este estándar de prueba penal consagrado normativamente en nuestra legislación puede ser interpretado en sede racionalista, toda vez que un argumento sistemático avala esta interpretación, pudiendo diferenciarse los dos momentos que constituyen la valoración de la prueba judicial: la valoración en sentido estricto y el momento de la decisión sobre la prueba. Con anclaje en las normas legales que constituyen el modelo legal de justificación de los enunciados probatorios,

especialmente en el artículo 297 del CPP, que delimita lo que constituyen las dudas razonables en los términos aludidos por el estándar.

Esta última interpretación, que es extensible al estándar de prueba propuesto por Ferrer, constituye, a mi juicio, la forma más propicia de dotar de racionalidad al aludido estándar y conjurar la tentación de retornar al subjetivismo y al ámbito de lo inefable e incontrolable. Tiene, además y sin lugar a dudas, una faceta operativa a la hora de valorar racionalmente la prueba producida en juicio, excluyendo las dudas fundadas en suposiciones sin sustento en los antecedentes de juicio o meramente hipotéticas, que emanen del carácter probabilístico del razonamiento probatorio y centrándose en aquellas dudas justificadas en los defectos de las pruebas disponibles⁷⁷⁹.

La ventaja que exhibe esta tesis es que no requiere modificación legal, pues se sustenta en el entramado normativo tantas veces aludido -297y 342 letra c)- y que, en conjunto con el artículo 374 letra e) del CPP, constituyen el modelo legal de justificación de la declaración de hechos probados, el cual es completado con lo relativo al estándar de prueba interpretado racionalmente, destacando así por su plenitud como sistema valorativo.

Finalmente debo insistir en que esta interpretación a que adscribo no contraviene el tenor literal del artículo 340 del CPP, pues como hemos examinado, tanto en la legislación comparada como en Chile, solo hay consenso en lo disímil de su interpretación y lo dificultoso que resulta dotarlo de contenido y límites, así si no posee contornos delimitados, difícilmente éstos pueden ser desbordados.

§143. Otras propuestas de la doctrina chilena en torno al estándar de prueba. Pese a lo categórico del legislador en cuanto a lo decantado del concepto, la fórmula del estándar de prueba más allá de toda duda razonable ha provocado denodados cuestionamientos en la doctrina chilena, que, si bien no es muy profusa, ha realizado esfuerzos por dotar de algún grado de objetividad a este baremo.

⁷⁷⁹ Tal como aparece de la sistematización que efectúa Claudio Fuentes en el trabajo comentado en este capítulo, quien identifica casos donde existe defensa activa y ésta constituye un factor clave de absolución y aquellas en las que la declaración de la víctima es considerada como fuente de duda razonable. Planteamientos que tiene en común, que no se trata de dudas hipotéticas sino que se sustentan en la posible conclusión se derive de hechos acreditados por medios probatorios de baja calidad y aquellas en donde la duda se desprende al confrontar la información proveída por un medio de prueba y la versión afirmada por el persecutor con las máximas de experiencia. Fuentes, C. op. cit. Todos los casos que menciona, a mi juicio, tienen anclaje en el sistema normativo de justificación de la decisión sobre la prueba y cubriría la incertidumbre de lo que puede entenderse por *duda razonable* y a partir de ello, sería factible formular un adecuado estándar de prueba.

Así, Carnevali y Castillo⁷⁸⁰ señalan que si lo buscado era establecer un estándar objetivo a través del cual se pueda medir el grado de plausibilidad de la fundamentación de la sentencia, bastaría a su juicio con las reglas del artículo 297 del CPP, que establecen claramente los niveles de exigencia para la valoración de la prueba, los que deben ser expuestos en la sentencia, incluso en el voto de minoría. Estiman que, en consecuencia, el juez está obligado a “objetivar” su propia decisión sobre los hechos, indicando los criterios seguidos y justificando las zonas por las que ha considerado que un determinado hecho estaba probado o no probado. Esta objetivación, a su juicio, es la vía para escapar del subjetivismo.

Sus argumentos a continuación se centran en el concepto de duda razonable, que requiere un quantum objetivo de prueba exigible y su contrastación con el voto disidente. Y se pregunta ¿de qué manera puede ello compatibilizarse con la presencia de un voto particular, esto es, un juez que también encuentra una solución jurídicamente concreta al caso sometido a juicio?

Indican que si la posición expresada en el voto disidente también es verosímil y razonable, significa que el fiscal no pudo probar los hechos de la acusación o que la tesis de la defensa introdujo dudas que pueden ser calificadas de razonables, es decir, razonadas o, en otros términos, justificadas razonablemente, en cuanto a que éstas satisfacen las exigencias del artículo 297 y significa que no son arbitrarias.

Añaden, que para que un voto de minoría sea adecuadamente razonado y efectivamente motivado, y por ende, suficiente para impedir la condena de un imputado (incluso existiendo dos jueces cuya decisión sea condenatoria), se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos básicos, que permitan sustentar que aquél cumple las exigencias legales, debiendo hacerse cargo individualmente de cada uno de los medios de prueba presentados en el juicio oral, que en su concepto, desvirtúen la acusación o permiten generar una duda razonable y que dé cuenta en detalle de las razones globales que permiten desechar la tesis acusatoria. Y, si la defensa hubiese presentado prueba, deberá explicitar cómo aquella afectivamente abrió aristas o capítulos –plausiblemente paralelos- que permitan explicar ciertos vacíos o dar cuenta de ciertas dudas de la acusación.

Plantean derechamente la tesis de que, a su juicio, las sentencias condenatorias en materia penal deberían contar con la unanimidad de los miembros del tribunal, pues podría pensarse que una sentencia condenatoria que

⁷⁸⁰ Carnevali, R y Castillo, I. “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”. *Revista Ius et Praxis*, año 17, N° 2, 2011, pp. 105 y ss.

contenga un voto disidente, en donde se expresa que existen dudas razonables acerca del hecho punible o de la participación, podría estar violentando el principio de presunción de inocencia.

Tesis similar encontramos en los planteamientos de Etcheberry, que estima que un sistema donde la decisión de condena puede adoptarse por mayoría resulta “*incompatible con una regla de evidencia que exige una convicción más allá de toda duda razonable para condenar*”⁷⁸¹, pues a diferencia del sistema de jurados, que consagra el derecho anglosajón, cuyo veredicto es inmotivado, en nuestro sistema si el fallo no es unánime, el voto minoritario debe ser obligatoriamente fundado, lo que constituye una clara muestra de que ha existido una duda razonable, a menos que “califiquemos al miembro de la minoría como un juez irracional o como un juez prevaricante”⁷⁸².

Los primeros autores predicán que no es necesario una reforma *lege ferenda* a fin de adecuar la observancia del estándar a la posibilidad de condenar con sólo la concurrencia de la mayoría, ya que si se exige la unanimidad de los miembros del tribunal se estaría frente a una interpretación constitucionalmente correcta, desde la perspectiva del debido proceso. A su juicio debería considerarse “el estándar de prueba de duda razonable como exigencia de unanimidad”⁷⁸³.

§144. *Réplica a las propuestas.* Creo, particularmente, que la opinión de Carnevali y Castillo confunden los niveles que constituyen la valoración probatoria; el primero –valoración en sentido estricto-, que debe determinar el nivel de apoyo inductivo que los elementos de juicio aportan a la hipótesis, que habilita para atribuir grados de corroboración o probabilidad inductiva a las hipótesis sobre los hechos, lo que resulta del todo coherente con el predicamento que el momento de la lógica en la valoración de la prueba, implica el recurso al sistema de corroboración de hipótesis o de la inferencia inductiva.

Ejemplo de lo anterior es aquel caso en que una persona es sorprendida y detenida fuera de la joyería recientemente asaltada, la que tiene su vidriera quebrada. Se encuentran en poder del detenido, diversas joyas con precios y logos de la joyería asaltada en su poder; el hecho de encontrarse las joyas en el bolsillo del detenido y rastros de su sangre en la vidriera es prueba de que el detenido quebró el vidrio y sustrajo las joyas, porque si efectivamente éste hubiera

⁷⁸¹ Etcheberry, A. op. cit. pp. 676 y ss.

⁷⁸² *Ibidem.*

⁷⁸³ Carnevali, R. y Castillo, I. op. cit. p. 109.

quebrado el vidrio y se hubiera apropiado de las joyas, éstas habrían sido encontradas en su poder, es decir, corrobora la hipótesis que el detenido es el autor del robo. Lo mismo que la sangre encontrada en la vidriera, porque si él asaltó la joyería y rompió el vidrio con sus manos se encontrarían restos de su sangre en la vidriera.

Este sistema permite atribuir grados de corroboración a la hipótesis, es decir posibilita al juez la determinación de la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, dados los elementos de juicio disponibles y como dice Ferrer, “en esa labor, el juez ocupa la posición análoga a la de la comunidad científica que evalúa la investigación realizada por otros”⁷⁸⁴. En el ejemplo dado, analizada la prueba que consiste en huellas, examen de ADN, filmaciones de cámaras de seguridad, etc., en forma individual y en su conjunto, y de acuerdo con los parámetros del artículo 297, habrá que acudir a un segundo momento, el de la decisión sobre la prueba y aplicar los *test*, que como el de Laudan o Ferrer, permiten declarar probada o no la hipótesis con los elementos de juicio disponibles y en una determinada clase de proceso, en este caso, el punitivo.

Ahora, como se ha señalado hasta la saciedad, nunca una metodología inductiva permitirá obtener certezas absolutas respecto de la verdad de una hipótesis y es necesaria la intermediación de una estándar de prueba, es decir la fijación de un umbral que permita tener una hipótesis como probada con un cierto grado de probabilidad racional aceptable por la sociedad.

Y erran entonces Carnevali y Castillo⁷⁸⁵ cuando señalan que “[s]i lo que se ha querido es establecer un estándar objetivo a través del cual se pueda medir el grado de plausibilidad en la fundamentación de las sentencia, a nuestro modo de ver, bastarían con la reglas dispuestas en el Art. 297 del Código Procesal Penal”, donde “se establecen claramente los niveles de exigencia para la valoración de la prueba, los que deben ser expuestos en la motivación de la sentencia, incluso en

⁷⁸⁴ Ferrer, J. *La valoración racional de la...* op. cit. p. 139.

⁷⁸⁵ Carnevali, R. y Castillo, I. op. cit. pp. 105. En igual confusión parece estar inmerso Cerda al señalar que “Desde la perspectiva epistemológica, a través de estándar de prueba se entrega al juzgador un criterio de valoración objetivo que le indicará cuándo está autorizado racionalmente para dar por establecido un enunciado de hecho, lo que sucederá únicamente si la relación lógica entre los elementos de prueba y las proporciones fácticas justifica la aceptación de dicha conclusión, por contar con una prueba firme y rigurosa en ese sentido” y añade: “Así entendido el estándar de convicción, esto es, como un criterio de valoración objetivo, el artículo 340, inciso 1°, del CPP resulta plenamente compatible con las exigencias de valoración analíticas contenidas en el artículo 297 del mismo cuerpo legal. No se trata, entonces, de una mera creencia subjetiva del sentenciador, pues mediante la utilización de los parámetros de sana crítica y mediante el acabado y correcto razonamiento probatorio el tribunal justifica la aceptabilidad racional de la decisión fáctica”, Cerda, R. “¿Cuáles son las...” op. cit. pp. 420-421. Mas claridad existe en el análisis, Cfr. Reyes, S. “Presunción de inocencia y estándares de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno”, *Rev. de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XXV, N°2, Diciembre de 2012, pp. 229-247.

el voto de minoría”, límites que el juez está obligado a respetar y “a ‘objetivar’ su propia decisión sobre los hechos, indicando los criterios seguidos y argumentando las razones por las que ha considerado que un determinado hecho estaba probado o no probado”.

Es insoslayable, para replicar y disentir de lo afirmado, recurrir a Accatino, quien afirma categórica –posición que sustento igualmente- que “los criterios de racionalidad epistémica a través de los cuales debe operar la libre valoración de la prueba, no pueden, (...) determinar por sí solos, si el apoyo inductivo que las pruebas disponibles aportan a una hipótesis, es suficiente para declararla probada en cierta clase de proceso. Para adoptar esa decisión se requiere que el derecho haya definido, a través del estándar de prueba, el nivel de prueba suficiente”⁷⁸⁶. Este momento es aquél que Ferrer⁷⁸⁷ denomina, muy gráficamente, el de la decisión sobre los hechos probados.

Si al derecho le interesara únicamente el fin de la averiguación de la verdad los postulados de estos autores serían válidos, y podría resolverse el tema recurriendo a la aplicación de los criterios generales de racionalidad (artículo 297), que llevaría a considerar suficiente la confirmación de una hipótesis en mayor grado que las otras con que está en conflicto, pero al derecho le interesa igualmente la distribución del error, por los especiales valores en juego en el proceso penal, estableciendo, para tener por probada la hipótesis de la acusación, un estándar más exigente que el de la mayor corroboración con respecto de las otras hipótesis en conflicto.

Una vez que se ha adoptado un determinado estándar de prueba –decisión de política criminal- “el lenguaje de la probabilidad inductiva –cánones del artículo 297- ofrece herramientas para definir en términos objetivos el umbral más exigente de corroboración que debe satisfacer una hipótesis para poder ser aceptada como probada en el proceso penal”⁷⁸⁸.

Desde el punto de vista del razonamiento justificativo, el momento de la decisión sobre los hechos, es aquél que corresponde a la justificación de la suficiencia de los elementos disponibles para declarar probada la hipótesis del acusador, conforme a los criterios que proporciona el propio estándar de prueba, para una determinada clase de proceso.

⁷⁸⁶ Accatino, D. “El modelo legal de...” op. cit. p. 133.

⁷⁸⁷ Ferrer, J. *La valoración racional de...* op. cit. pp. 139 y

⁷⁸⁸ Accatino, D. “Forma y sustancia en el...” op. cit. p. 359.

§145. *Respuesta a las propuestas de exigencia de unanimidad.* Etcheberry⁷⁸⁹ señala que, al importar del sistema anglosajón el estándar de mas allá de toda duda razonable, el legislador no advirtió su incompatibilidad con el modelo de tribunal colegiado, en que por diseño el voto minoritario debe ser igualmente fundamentado, lo que de darse, sería una muestra ineludible de que ha existido una duda razonable.

Accatino⁷⁹⁰ -estima que si bien la exigencia de unanimidad para la decisión de condena-, podría establecerse como garantía adicional frente al riesgo del error, su adopción no resuelve los problemas de indeterminación del estándar, pues siempre, y a pesar de la fundamentada y racional unanimidad, quedarían dudas acerca de la corrección de esa decisión, es decir, si esa condena que afirma unánime y razonadamente la ausencia de dudas, está bien razonada⁷⁹¹.

En nuestro sistema es posible diferenciar los momentos de valoración de la prueba y de decisión sobre la misma. Esta última fase implica la utilización de criterios de suficiencia definidos por el estándar de prueba, de modo tal que sin esta definición no es posible hablar de una motivación de la decisión sobre la prueba que implique completar un modelo de justificación adecuado y no permite, a la par y consecuentemente, realizar el control intersubjetivo. No constituye una opción –como en el *common law*- simplemente omitir tal definición en virtud de las fuertes exigencias de motivación que impone el CPP.

Es por eso que Accatino⁷⁹² en respuesta a Etcheberry –aplicable también a Carnevali y Castillo- señala que nuestro sistema probatorio es diferente estructuralmente del anglosajón, pues se propugna la incorporación de toda prueba potencialmente relevante (sin exclusiones fundadas en la posibilidad de sobrevaloración) y que confía sobre todo en la fundamentación de las decisiones sobre la prueba, como garantía y herramienta de control de su racionalidad y su corrección, de acuerdo a los estándares probatorios fijados por el derecho.

Incluso Laudan va más allá, estimando que la cuestión no radica en la exigencia de un veredicto motivado; que la sustitución de un jurado por un juez

⁷⁸⁹ Etcheberry, A. op. cit. p. 677.

⁷⁹⁰ Accatino, D. “Certezas, dudas y propuestas en...” op. cit. p. 500.

⁷⁹¹ Es propicio traer a colación la opinión de Igartua, quien señala “resulta bastante recurrente escuchar que los votos particulares merman la autoridad de la sentencia, pues un pronunciamiento no unánime provoca un menor grado de aceptación y convencimiento de aquélla. Sin embargo (...) el crédito que merece una decisión judicial depende de última instancia del rigor en la argumentación y no del número de votos. (...) Y a mi entender son racionalmente más convincentes las sentencia con votos particulares pero cuidadosamente motivadas que las sentencias unánimes pero con una motivación formularia”, Igartua, J. *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*. Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 40-411.

⁷⁹² Acatino, D. “Certezas, dudas y propuestas en...” op. cit. p. 500.

profesional no sería suficiente para hacer el estándar de la duda razonable más provechoso, pues estima que “[n]uestro problema no es quien juzga los hechos o la ausencia de una obligación de motivar el veredicto. Nuestro problema es *que el mismo estándar de prueba –la prueba más allá de toda duda razonable– es profundamente vago e incomprensible*”⁷⁹³.

La propuesta es entonces la determinación de estándares que satisfagan un mínimo de racionalidad, esto es, que sean independientes de las creencias del propio juzgador y que sean controlables intersubjetivamente⁷⁹⁴.

El sistema legal de fundamentación de los hechos probados en Chile tiene, entonces un déficit que reside en la consagración normativa del estándar de más allá de toda duda razonable, que como señalé, por lo indeterminado constituye un flanco por donde puede ingresar a su amaño el subjetivismo, dando pábulo así a la producción de ingentes situaciones de arbitrariedad y que contrasta ostensiblemente con la propuesta del CPP, que consagra de modo excepcionalmente detallado el contenido de la fundamentación legal del juicio de hecho.

1.3.- De nuevo en pos de un estándar de prueba

§146. *Los desvelos por distanciarse de la noción íntima de la duda razonable.* Para una comprensión en clave de racionalidad del estándar de la “*duda razonable*” es necesario determinar en qué consiste y, aún más imprescindible, que no sea identificado con las propias creencias del juzgador, es decir, formulado con una tesitura eminentemente subjetivista, pues para hablar de estándar se requiere la presencia de parámetros objetivos. La *duda razonable* (sin mayor alusión a parámetros de racionalidad), al no poder ser definida es tan inestable e indeterminada como el número de intérpretes que recurren a ella.

Lo anterior debe necesariamente correlacionarse con lo que se entiende por valoración racional, pues “[s]i valorar consiste en evaluar si puede o no darse por

⁷⁹³ Laudan, L. “Una breve réplica”, *Revista Doxa*, año 2005, N° 28, <file:///C:/Documents%20and%20Settings/mparayan/Mis%20documentos/Downloads/una-breve-rplica-0.pdf> p. 154. “Aun cuando haya diferencias innegables entre los dos modelos, no puede desconocerse que sus compromisos –ya sea con valores democráticos o epistémicos– son preferentes y de ninguna manera absolutos. La deliberación que es llevada a cabo por el jurado cuenta con un componente epistémico no menor al exigir la búsqueda de acuerdos por la vía de plantear, corregir y refutar argumentos”. Coloma, R. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la ‘duda razonable’”, *Rev. Política Criminal*, vol. 9, N° 18, (diciembre de 2014), p. 407.

⁷⁹⁴ Se tienen en vista los propuestos por Ferrer, Laudan, Accatino, que se analizan en este mismo capítulo.

probado un hecho controvertido, valorar libre y racionalmente consiste, más precisamente, en evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera. Por eso la principal tarea a la que se enfrenta una valoración racional es la de medir la probabilidad. Y por eso el objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis, o su aceptabilidad”.⁷⁹⁵

A la luz de lo anterior, reitero que el criterio de *más allá de toda duda razonable*, es poseedor de una extremada vaguedad y nos remite al plano de lo subjetivo, personal, emotivo e intransferible y, por consiguiente, lo incontrolable.

Esto último, precisamente, se contraponen fuertemente a la posibilidad de fiscalización intersubjetiva y externa, es decir, con la idea de estándar. Esta reflexión resulta acorde con lo que el Diccionario de la Real Academia Española⁷⁹⁶ define por “estándar”, pues en su primera acepción refiere: 1. adj. Que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia; y en la segunda, 2.m. Tipo, modelo, patrón, nivel. *Estándar de vida*.

Siguiendo en este punto a Larry Laudan⁷⁹⁷ y apuntando al núcleo duro de la pregunta de lo que es un estándar de prueba y aquello que se pretende conseguir, problema que contagia no sólo a los estándares probabilísticos sino a muchos estándares no probabilísticos como el de más allá de la duda razonable (BARD: *beyond a reasonable doubt*) o el de la convicción íntima, el problema en cuestión es que todos estos estándares de prueba no nos dicen nada acerca de lo que debe contar como una prueba de la culpabilidad.

Agrega, tajante el autor citado, que esto es una parodia de un sistema de prueba y que un estándar de prueba –en cualquier ámbito fuera del derecho en que se reclamen las pruebas (incluyendo las ciencias naturales, los ensayos clínicos en la medicina, las matemáticas, los estudios epidemiológicos, etcétera) – tiene la intención de indicar al investigador o a aquel que se está cuestionando cuándo está autorizado a considerar algo como probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos.

⁷⁹⁵ Gascón, M. “Sobre la posibilidad...”. op. cit. p. 120.

⁷⁹⁶ Diccionario de la Lengua Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=est%C3%A1ndar>

⁷⁹⁷ Vid. Laudan, L. “por qué un estándar...” op. cit. pp. 102 y ss. Interesante resulta sobre este tema el planteamiento de Juan Igartua en “Prolongaciones a partir de Laudan”, <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/00361730866872728832268/029107.pdf?incr=1> *Rev. Doxa*, n° 28, 2005, pp. 141-150.

Indica Laudan que en el derecho penal, en vez de especificarse que el nivel de confianza del jurado respecto de la culpabilidad debe depender del ofrecimiento de una prueba firme, lo que hace es que el estándar de prueba sea parasitario del nivel de confianza que el investigador (esto es el jurado) tiene respecto de la culpabilidad del acusado. Lo anterior equivale a decir a los matemáticos que de ahora en adelante, contarán con una prueba legítima de un teorema tan pronto como estén convencidos de la verdad de dicho teorema⁷⁹⁸.

No debería decirse al juzgador de los hechos, señala este autor: Usted ha proporcionado una prueba “A” cuando está firmemente convencido de “A”. (Ni, tampoco: “Usted tiene una prueba de “A” con tal que su confianza subjetiva sea más alta que X”). Al contrario, lo que le debemos decir es: Usted no está autorizado para estar totalmente convencido de “A” a menos que y hasta que usted tenga una prueba de “A”, añadiendo para completar la propuesta, que sus firmes convicciones acerca de “A” no cuentan en absoluto como si tuviese una prueba de “A”. Y entonces, procedemos a decirle cómo sería una prueba de “A”⁷⁹⁹.

Ello es lo que debería poseer un estándar de prueba, éste no puede depender en consecuencia de la confianza subjetiva en una hipótesis, “al contrario, el EdP nos indica cuándo la confianza subjetiva está justificada”⁸⁰⁰. En el fondo las prácticas probatorias en el derecho penal hacen que la existencia de una prueba de culpabilidad sea parasitaria de la existencia previa de una convicción firme acerca de dicha culpabilidad o, en el fondo, depende directa y únicamente de las convicciones del juzgador.

Las reflexiones anteriores, son aplicables respecto del discurso jurisprudencial chileno que suele reconducir en algunos casos el estándar de más allá de toda duda razonable al de la certeza moral o íntima convicción, remitiéndolo de ese modo a la íntima e intransferible creencia del juzgador. No se le dota de un criterio externo de razonabilidad independiente del propio sujeto que realiza la evaluación y siendo así “resulta incontrolable la corrección, en materia de hechos, de la decisión que se adopte, puesto que no será posible controlar si se ha superado o no el umbral mínimo de corroboración de la hipótesis enunciada”⁸⁰¹.

⁷⁹⁸ Para mayor claridad señala Laudan. L. “Por qué un estándar...” op. cit. p. 104, “supóngase que les decimos a los epistemólogos que si están sumamente seguros de la existencia de una conexión causal entre A y B, entonces tienen una prueba de ello. Propuestas como éstas respecto de la prueba serían objeto de risa”.

⁷⁹⁹ Vid. Laudan, L. “Por qué un estándar...” op. cit. pp. 105 y ss.

⁸⁰⁰ *Ibidem*.

⁸⁰¹ Cfr. Ferrer, J. “Los estándares...” op. cit. p. 5.

Entonces valga hacer la reflexión siguiente: si afirmamos que el estándar, en cuanto a la valoración de la prueba, es el contenido en el artículo 340 del CPP, esto es, aquél de “más allá de toda duda razonable” y éste básicamente compartiría la formulación de la íntima convicción, conforme al razonamiento que precede, podemos sostener que éste nos podría llevar fácilmente al plano subjetivo -en los términos ya reseñados-, es decir nos remitiría a las propias creencias del juzgador y las creencias son algo que nos acontece, no es algo que decidimos ni son voluntarias –no buscadas ni racionales- por lo tanto resultan imposibles de justificar, pues sólo se pueden justificar los actos voluntarios.

¿Podemos dar cuenta analíticamente de las causas que nos han llevado a tener determinada creencia? Y la respuesta parece ser negativa. Se señala que motivar es justificar una decisión no una creencia pues ello no es posible, ya que desconocemos los mecanismos biológicos o fisiológicos que nos llevan a determinada creencia⁸⁰².

En el caso chileno, si se sostiene que se sigue el criterio de “más allá de toda duda razonable”, en los términos reseñados, es posible concluir que aun existiendo dudas es plausible condenar, pues ello sucede cuando éstas no son razonables⁸⁰³. La condena, entonces, es compatible con un estado de duda. Frente a lo anterior es legítimo preguntarnos ¿cuál es el criterio que define lo “razonable”? o ¿cuándo la duda es razonable?

No debe soslayarse que la formulación o, mejor dicho, la delimitación del estándar de prueba en materia penal, siempre va ligado a la decisión política de minimizar la posibilidad de condenas injustas, cuán reducido es ese *mínimo* (en perjuicio de las falsas absoluciones) igualmente es una decisión de política criminal. A falta de esta determinación, sólo sería aplicable por defecto, el estándar de la preponderancia de la evidencia, que rige en materia civil, el cual es insuficiente, aún para los países de tradición anglosajona, en el ámbito del juzgamiento penal⁸⁰⁴.

⁸⁰² Vid. Ferrer, J. *Prueba y verdad*...op. cit. p. 85.

⁸⁰³ Cfr. Etecheberry, A. op. cit. pp. 659-678.

⁸⁰⁴ “...la determinación del estándar de prueba es un mecanismo que permite distribuir los errores judiciales en la declaración de hechos probados. Un falso positivo es una decisión en que se declara probada una hipótesis, siendo ésta falsa. Un falso negativo, por su parte, es una decisión en que se declara no probada la hipótesis, siendo verdadera. Las dos decisiones pueden estar fundamentadas correctamente en los elementos de juicio disponibles (ser válidas epistemológicamente), pero fallan en el objetivo de averiguación de la verdad. Si el estándar es del tipo “preponderancia de la prueba” (que los pascalianos situarían en la superación del 0,5), los falsos positivos y negativos quedarían distribuidos igualitariamente entre las dos partes. En cambio, en la medida que hacemos más exigente el estándar de prueba, aumentan los falsos negativos y disminuyen los falsos positivos. Ésta es, precisamente, la razón para establecer un estándar de prueba penal para la decisión final de los hechos probados mucho más alto que el estándar civil: es socialmente preferida

Así frente a lo dicho surge la pregunta: ¿el estándar en el ordenamiento procesal penal chileno, debe formularse teniendo como referente el modelo racional de valoración probatoria en que está inserto o puede lisa y llanamente ser reconducido a convicción íntima, entendiendo que no hay cortapisas para lo segundo?

No resulta acorde con el pretendido compromiso epistemológico del proceso si se valora la prueba, en un primer momento, conforme a criterios racionales y cognoscitivos –método de corroboración de hipótesis- si después para decidir la condena penal el adjudicador se remite a su íntimo parecer, el cual *per se* permanece blindado a todo intento fiscalizador.

Rodrigo Cerda⁸⁰⁵ estima que certeza y convicción, son dos elementos que, por definición normativa (artículos 297 y 340 del CPP) deben confluir en la decisión condenatoria y si bien, en una primera lectura, parecen incompatibles por obedecer a visiones diversas respecto de los fundamentos de la sentencia, pueden compatibilizarse a la luz del contenido íntegro del juzgamiento, esto es, en su faceta fáctica y en su ámbito jurídico, la consecuencia natural es que el juez en su sentencia deba emitir un pronunciamiento de verdad o falsedad acerca de los enunciados de hecho. Se trata de un análisis racional y objetivo de la prueba, tendiente a establecer la certeza de tales proposiciones, dentro de lo procesalmente posible.

De otro lado, señala, que la ley exige una aceptación subjetiva en la conciencia del juez (convicción) respecto de la decisión de condena, que opera como un filtro o control adicional en garantía del imputado penal.

No creemos que el método de valoración racional del artículo 297 y el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable del artículo 340, -en clave subjetivista, asimilable a la certeza moral o íntima- sea viable, pues ello no resulta procedente a la luz de las concepciones en orden a la valoración racional y cognoscitiva de la prueba y de la legitimación de los jueces, la que es de carácter epistémico, y que, por ende, viene dada por la exigencia de motivación.

En efecto, lo que se pretende significar es que, analizado el material probatorio conforme al método presente en el artículo 297 del CPP, conforme los parámetros objetivos de racionalidad y de naturaleza cognoscitiva (reglas de la

una absolución falsa que una condena falsa, (...) ¿cuántas absoluciones falsas está dispuesta la sociedad a soportar para evitar una condena falsa? Este tipo de preguntas, de difícil respuesta, están en la base de la decisión sobre el nivel de exigencia del estándar y, por ello son decisiones políticas que debe adoptar la sociedad". Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 143.

⁸⁰⁵ Cerda, R. *Valoración de...* op. cit. p. 100

lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos), esto es, sometido a examen cada uno de los datos probatorios con que se pretende dar por acreditada una hipótesis, se concluye la aceptabilidad de un enunciado fáctico o de un conjunto de enunciados fácticos, en una cadena argumental probatoria; la conclusión a la que se arribe no puede sufrir mutación en base a la convicción de culpabilidad de más allá de la duda razonable, que no tendría más sustento que el íntimo parecer del juzgador, no objetivable ni intersubjetivo. De este modo, si en este segundo momento se arriba a una solución inversa, eventualmente entraríamos en plano de las creencias y eventualmente en el de la arbitrariedad⁸⁰⁶.

No puede postularse que lo anterior resulta intrascendente o que sea soslayable sin mayor complicación tratándose de una sentencia absolutoria, ya que debemos recordar que precisamente toda sentencia es un acto de autoridad y que, como tal, debe contar con la adecuada legitimación que en el caso de los jueces viene impuesta por la exigencia de motivación.

Advierte Rodrigo Coloma⁸⁰⁷ que entre ambas normas (artículos 297 y 340) no existen relaciones ordenadoras por lo cual estaríamos en presencia de una contradicción que se traduciría en que ante el mismo caso dos soluciones incompatibles entre sí son admisibles, lo que constituiría un problema lógico.

Señala, además, que las salidas a tal situación si no se quisiere dejar a los jueces en la posición que cualquiera que fuere la solución que adoptaren siempre dejarán de aplicar una de las normas, pasaría por establecer una preponderancia de la solución vista en el artículo 297 o en el artículo 340 o incluso por una reformulación de las normas, debiendo advertirse que cualquiera sea la elección nos estamos saliendo de lo estipulado en el ordenamiento jurídico para entrar de lleno en el campo de la política jurídica o de la moral.

2.- Tesis que niegan la posibilidad de formular un estándar de prueba.

§147. *Un necesario apunte introductorio.* En lo que se vincula con la prueba judicial, existen ciertos objetivos que interesan al derecho y que dicen relación con la reducción del error (búsqueda de la verdad) y existen otros que son

⁸⁰⁶ “No era ciertamente necesario traer ni a Colombia ni a Chile la frase “Más allá de toda duda razonable” (...), y decimos la frase porque, como lo demostramos, el intento de traer el estándar fracasó totalmente, ya que tenemos jueces abogados y las pruebas se valoran de conformidad con las reglas de la sana crítica”. Parra, J. “Mas allá de toda duda razonable”. Alejandro Romero. (coord.), en *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavorari Oliveros*, Ed Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 373.

⁸⁰⁷ Vid. Coloma, R. “Panorama...” op. cit. p. 27.

independientes de la averiguación de la verdad, tales como la celeridad de toma de decisiones, la protección de derechos fundamentales, la protección de la relación abogado-cliente, las relaciones familiares, etc.⁸⁰⁸

Pero existe igualmente otro objetivo (que tampoco se relaciona con la búsqueda de la verdad), que no debe resultar indiferente al derecho y que es la distribución del riesgo de error, que se encuentra incardinado con la noción de estándar de prueba, lo cual resulta lógico si el razonamiento probatorio utilizado y las conclusiones a que se arriba son esencialmente de naturaleza probabilística, razón por la cual es inevitable que se produzcan errores que, como se dijo, pueden ser de dos tipos, falsos positivos (se condena a alguien en circunstancias que es inocente) y falsos negativos (se absuelve, en circunstancias que era culpable).

Atendido los fundamentales valores que se encuentran involucrados en el juzgamiento penal, el sistema jurídico debe evidenciar una preferencia a aquella distribución de los errores que impliquen la absolución de un culpable por sobre la condena de un inocente y especialmente cuantificar el grado de esa preferencia, *i. e.* el grado de distribución de los errores que favorezca a la defensa, por lo que podría afirmarse que en materia penal no existe ningún sistema que no tenga una sensibilidad más que mínima⁸⁰⁹ por las falsas absoluciones en desmedro de la condenas injustas.

Trayendo nuevamente a colación una de las estrategias ideadas para la búsqueda de la verdad, esto es, la concepción racionalista de la prueba y dado que “[n]adie discute seriamente que el razonamiento probatorio es de naturaleza inductiva, que eso implica que a través de él no puede alcanzarse certezas absolutas acerca de la verdad de una hipótesis y que, por consiguiente, el resultado que se alcanza tras el proceso de valoración de la prueba sólo puede expresarse en términos de probabilidad”⁸¹⁰, se han planteado esquemas, métodos o sistemas para medir tal probabilidad.

⁸⁰⁸ Vid. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. pp. 29-32, Damaška, M. *Evidence Law...* op. cit. pp. 12 y ss. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p.132.

⁸⁰⁹ Tomo la expresión de Bayón, J. C. “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, ponencia presentada en el XIV Congreso Ítalo-español de Teoría del derecho, <http://www.udg.edu/Portals/89/Filosofia%20Dret/Bay%C3%B3n.%20Epistemolog%C3%ADa,%20moral%20y%20prueba%20de%20los%20hechos.%20Hacia%20un%20enfoco%20no%20benthamiano.doc> pp. 9 y

ss.

⁸¹⁰ Bayón, J. C. op. cit. p. 11.

Dejándose de lado las relativas a la probabilidad matemática- estadística o subjetiva, se ha optado por el modelo de corroboración de hipótesis o del grado de confirmación.

2.1.- La crítica al carácter objetivo de algunas propuestas de estándares de prueba objetivos

§148. *El modelo del grado de confirmación y el estándar de prueba.* Es precisamente en este modelo –de corroboración de hipótesis- en el que se centra la crítica que desarrolla Bayón⁸¹¹ a la posibilidad de formular estándares de prueba, vinculado a lo que él llama *perturbadora ambigüedad* en orden al estándar de prueba y la estructura de las inferencias probatorias y los criterios que determinan la aceptabilidad de sus conclusiones.

Introduce su crítica⁸¹² con el siguiente cuestionamiento: en un sistema interesado únicamente en la reducción del error y “estrictamente indiferente” respecto de su distribución, ¿en qué sentido haría falta y en qué habría de consistir un estándar de prueba?

Expresa que en la concepción racionalista de la prueba, que acoge la metodología de corroboración de hipótesis o inferencia eliminativa, si sobre las distintas hipótesis sobre los hechos sólo una ha sido confirmada mientras que las demás han sido refutadas o dicho de otro modo, una de las hipótesis tiene un grado de confirmación mayor que las demás, este sistema, al decir de Bayón⁸¹³ no necesitaría en absoluto una regla o criterio de decisión *externo* o *adicional* al propio proceso de valoración racional para determinar qué debe considerarse como probado, por tanto no habría, según su criterio, razón para no tener por directamente probada aquella hipótesis que alcanzara un mayor grado de corroboración o que fuera la única hipótesis no refutada.

Culmina su argumento indicando que en aquellos casos en que fueran varias las hipótesis no refutadas o los grados de confirmación de las hipótesis alternativas fueran iguales, sí se necesitaría un criterio adicional externo al proceso de valoración racional, pero como su premisa de partida fue que al

⁸¹¹ Bayón, J. C. op. cit. pp. 7 y ss.

⁸¹² Crítica que formula principalmente a los trabajos de Gascón, Ferrer y Laudan.

⁸¹³ Vid. Bayón, J. C. op. cit. p. 8. (las cursivas son del autor).

sistema le resultaba indiferente la distribución del error, tal sistema carecería de razones para decantarse por algún criterio que no fuera puramente aleatorio.

Pero si en vez de consagrar un criterio aleatorio, articulara una regla de cierre a base de distribuir de un modo u otro la carga de la prueba⁸¹⁴, el sistema se estaría decantando por alguna sensibilidad respecto de la distribución del error, pero todavía sería una sensibilidad muy mínima.

Así, si se tiene por probada, sin más, la hipótesis con un grado de confirmación más alto, el riesgo de error (de que a pesar de tener un grado de confirmación mayor sea dicha hipótesis falsa) se hace recaer automáticamente sobre la parte del proceso que mantuvo la hipótesis a la que se ha atribuido un grado de confirmación más bajo, sea quien sea esa parte (demandante o demandado, acusación o acusado).

Este sistema que se muestra mínimamente sensible a la distribución del error, aun cuando no corrige (porque entiende que no debe hacerlo) la asignación del mismo, que resultaría de tener por probada la hipótesis con un grado de confirmación más alto, establece a lo menos un sistema distinto al aleatorio para la distribución del riesgo de error, que consiste en determinar qué parte está llamada a soportarlo cuando las hipótesis rivales tienen el mismo grado de confirmación.

Este es el estándar que integra los llamados de prueba prevaleciente o preponderancia de la evidencia, que presiden el proceso civil.

El autor en comento señala, y en ello sí hay consenso unánime, que un sistema más exigente sería aquél que presente una sensibilidad más que mínima a la distribución del riesgo, basado en consideraciones ético-políticas, morales, etc., y que implicaría, a fin de no tener por probada, sin más la hipótesis que presente mayor grado de confirmación, sea cual sea la parte del proceso que la sostiene, “sino en tener por probada la hipótesis mantenida por la parte que se entiende que debe quedar *menos* protegida del riesgo del error sólo si se satisfacen exigencias adicionales”⁸¹⁵, como sería que, además de tener un grado de confirmación mayor, alcance un quantum de confirmación determinado o que supere a la hipótesis rival en una determinada medida o magnitud.

§149. *Críticas a la concepción racionalista de la prueba y el estándar de prueba.* Dicho lo anterior, es necesario recordar brevemente, que siguiendo los

⁸¹⁴ Por ejemplo podría darse por “no probada” la mantenida por la parte sobre la que se ha hecho recaer dicha carga.

⁸¹⁵ Bayón, J. C. op. cit. p. 9.

trabajos de Marina Gascón y Jordi Ferrer⁸¹⁶, se descartó la utilidad de los modelos de justificación probabilísticos matemático-estadísticos y subjetivos.

En los de corte matemático-estadístico (que miden la frecuencia relativa a un tipo de eventos) el rechazo se centra en que ello “no dice nada acerca de lo que importa de modo general al proceso: los hechos individuales”⁸¹⁷.

En el segundo caso, si bien se trata de una noción de probabilidad aplicada a proposiciones, en las que tienen cabida hechos de naturaleza singular, se formulan igualmente críticas fundadas en la inconsistencia entre diversos principios del cálculo matemático de probabilidades y ciertos supuestos generalmente aceptados en el razonamiento probatorio jurídico⁸¹⁸, además de ser un hecho no controvertible –respecto de ambos sistemas de justificación probabilística-, que ellos contemplan conceptos que resultan muy extraños y ajenos a la cultura jurídica.

Por lo anterior, y existiendo diversas concepciones de probabilidad, y como el resultado del razonamiento probatorio no puede medir numéricamente que el resultado sobre los hechos sea verdadero, se mantiene que sí se puede comparar el grado de soporte inductivo con que cuenta cada hipótesis sobre los hechos a la luz de un conjunto dado de elementos de prueba⁸¹⁹. Esta es la concepción de probabilidad que se considera adecuada al razonamiento judicial.

En el marco de su crítica, Bayón pone de relieve dos aspectos: el primero versa sobre los requisitos que debería satisfacer un estándar de prueba de acuerdo a una concepción racionalista de la prueba⁸²⁰ y señala que son cuatro, a saber:

i.- No debe tratarse de un estándar subjetivo, esto es, no debe estar referido a estados mentales del juzgador, algo incompatible con la concepción racionalista de la prueba y que nos retrotraería a la concepción persuasiva de la libre valoración.

ii.- Debe estar formulado en términos que hagan posible determinar a través de procedimientos intersubjetivamente controlables cuándo ha quedado satisfecho y cuándo no.

⁸¹⁶ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 127 y Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 126, Taruffo, M. *Los hechos en...* op. cit. pp. 190 y ss.

⁸¹⁷ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 98.

⁸¹⁸ Vid. Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. p. 190 y Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 115, Accatino, D. “EL modelo legal...” op. cit. p. 126.

⁸¹⁹ Vid. Bayón, J. C. op. cit. p. 11.

⁸²⁰ En esta parte sigue a Laudan, L. “Por qué un estándar...” op. cit. p. 87 y Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 146.

iii.- Su formulación debe ser tal que de su aplicación correcta resulte exactamente la distribución del riesgo que se reputa justificada, es decir, que de su aplicación correcta resulte exactamente la *ratio* entre “falsos positivos” y “falsos negativos”, que se considere apropiada, y

iv.- De su aplicación debe resultar esa distribución del riesgo, pero precisamente en razón de la calidad de los elementos de prueba y de las inferencias probatorias que es preciso llevar a cabo a partir de los mismos.

En segundo lugar, y para avanzar al núcleo de la crítica de Bayón, indica que es necesario tener claridad respecto del tipo de esquema argumentativo de que estamos hablando cuando hacemos referencia a la contrastación de hipótesis en el ámbito de la valoración racional de la prueba.

Afirma que de ordinario se asume que el razonamiento probatorio se desarrolla, según Ferrajoli⁸²¹ conforme al mismo esquema *nomológico-deductivo*, propio de la explicación científica, lo que permitiría hablar de hipótesis sobre los hechos confirmadas o refutadas, sin embargo, a juicio de Bayón, el sentido de tales expresiones debe ser relativizado⁸²², primero porque tal como lo reconoce el propio Ferrajoli, en el contexto de la prueba jurídica, la posibilidad de someter las hipótesis rivales a nuevas contrastaciones no está indefinidamente abierta, como si ocurre en la explicación científica y, en segundo término, porque las hipótesis auxiliares son típicamente máximas de experiencia, que aunque podamos considerar bien fundadas, en el sentido que se basan en inducciones ampliativas sólidas, establecen asociaciones entre dos fenómenos con un grado de probabilidad que no es comparable al de las leyes naturales⁸²³.

De lo anterior colige que en el contexto de la prueba jurídica será lo habitual encontrar hipótesis rivales capaces ambas de explicar el mismo conjunto de datos, pero igualmente habitual que no explicarlas igual de bien. “En qué consiste esa diferencia, sentado que ambas son capaces de dar cuenta del mismo conjunto de

⁸²¹ Vid Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. pp. 141 y ss.

⁸²² Añade Bayón que la analogía con el método de la explicación científica, tiene sus limitaciones, indicando que en términos hempelianos, la confirmación de una hipótesis pasa por contrastar si son ciertos determinados eventos o estado de cosas, que supuestas ciertas hipótesis auxiliares, habrían de serlo si la hipótesis es verdadera; constatar que lo son, aporta apoyo inductivo a la hipótesis (aunque no demuestra con certeza absoluta que sea verdadera, puesto que otras hipótesis alternativas podrían también dar cuenta de los mismos datos); constatar que no lo son, cuestiona la hipótesis siempre y cuando demos por sentado que las hipótesis auxiliares son correctas (y por tanto no demuestra con total certeza que la hipótesis sea falsa, pues puede ser las hipótesis auxiliares las incorrectas); así que si tenemos en pie varias hipótesis distintas capaces de explicar los mismos datos, todo lo que podemos hacer es someter a nuevas contrastaciones para ver si así queda cuestionada alguna de ellas y mientras tanto, por decirlo de algún modo, seguir confiando en la corrección de nuestras hipótesis auxiliares, esto es, en la solidez del apoyo inductivo que a su vez hayan acumulado para sí. Bayón, J. C. op. cit. p. 14. Cfr. Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. pp. 126 y ss.

⁸²³ Cfr. Taruffo, M. *La prueba. Artículos y conferencias...* op. cit. p. 160 y *La prueba...* op. cit. p. 270.

datos, es lo que se intenta articular a través de la idea de ‘inferencia a la mejor explicación’⁸²⁴, la que desecha como esquema argumentativo del razonamiento jurídico, fundamentalmente porque presenta la dificultad de que no hay acuerdo acerca de la lista de criterios que definirían qué cuenta como “mejor explicación”.

Ahonda Bayón sobre el punto afirmando que recientemente se ha sostenido que la idea de inferencia a la mejor explicación es por completo inadecuada como estándar de prueba, y ello por cuanto “la mejor explicación” puede no ser lo bastante buena desde el punto de vista del derecho como para tener por probada la hipótesis, pues puede ser la mejor o la menos mala, de dos explicaciones insuficientemente plausibles, sin embargo, tal crítica – a juicio del autor- yerra el blanco, porque la inferencia a la mejor explicación no pretende ser un estándar de prueba: no pretende distribuir el riesgo de error, sino atribuir racionalmente grados de confirmación a las distintas hipótesis.

Si el procedimiento es racional, tener sistemáticamente por probada “la mejor explicación” servirá al fin de la minimización de errores y nada más, pues, a su juicio, si se quiere articular una sensibilidad más que mínima a la distribución del riesgo de error, el único modo de hacerlo consiste precisamente en no tener por probada sin más la hipótesis que tenga un grado de confirmación mayor, sea cual sea la parte del proceso que la mantiene.

§150. *El epicentro de la crítica.* Es prístino que el razonamiento probatorio no puede expresar numéricamente el grado de probabilidad de que una hipótesis sobre los hechos sea verdadera, pero sí que puede comparar el grado de soporte inductivo con que cuenta cada hipótesis sobre los hechos a la luz de un conjunto dado de elementos de prueba. Entonces, si los métodos con que contamos para establecer que grado de confirmación o apoyo inductivo obtiene una hipótesis de un conjunto de elementos de prueba, afirma Bayón, sólo nos habilita para establecer entre ellas una relación *ordinal*, entonces cualquier intento de formular un estándar de prueba que pretenda articular una sensibilidad más que mínima a la distribución del riesgo de error, lo que se considera unánimemente irrenunciable para el proceso penal, “está llamado a incumplir algunos de los requisitos que idealmente debía satisfacer”⁸²⁵.

Resulta, a su juicio, paradigmático lo siguiente: si consideramos que para tener por probada la hipótesis de la culpabilidad deben haberse refutado todas las

⁸²⁴ Bayón, J. C. op. cit. p. 15.

⁸²⁵ Bayón, J.C. op. cit. p. 17.

demás hipótesis “plausibles”, lo que permite tenerla por probada aunque haya quedado sin refutar una hipótesis “implausible” o “no suficientemente plausible”, o que existan elementos de prueba “muy difíciles” de explicar si el acusado fuese inocente y a la vez no existan elementos de prueba “muy difíciles” de explicar si el acusado fuera culpable⁸²⁶, el estándar de prueba resultante incumpliría los tres primeros requisitos.

Lo anterior, pues no existiría garantía de que de su aplicación resulte exactamente la distribución del riesgo del error que se reputa correcta (tercer requisito); no la habría porque no parecen estar a nuestro alcance procedimientos intersubjetivamente controlables que nos indiquen cuándo ha quedado satisfecho y cuándo no (segundo requisito), y precisamente porque no disponemos de ellos, y aunque el estándar no se estaría formulando en términos que vayan referidos al convencimiento del juzgador, parece inevitable que se acabe produciendo su subjetivización encubierta.

Comparte esta crítica Mercedes Fernández⁸²⁷ quien señala que “tratándose de un concepto indeterminado, la regla *más allá de toda duda razonable* no puede concretarse con carácter general sin riesgo de caer en generalidades que poco o nada aportan a su estudio (que no haya hipótesis alternativas *plausibles, razonables*, que se esté *seguro* de la culpabilidad (...)) siempre persiste un reducto de indeterminación que impide alcanzar una idea clara acerca de cuál ha de ser su alcance”.

Lo que Bayón intenta con su crítica no es sino, en sus propios términos, un cambio de enfoque, no que el derecho no pueda distribuir adecuadamente el riesgo de error en la determinación de los hechos probados, sino que debe intentar hacerlo de otra manera.

Para entender la propuesta de Bayón es necesario recordar lo que Laudan denominaba “principio de indiferencia”, que básicamente consiste en que una vez formulado el estándar de prueba que distribuya el riesgo de error de la manera

⁸²⁶ Es esta parte Bayón sigue a Laudan y su remisión a reglas de estándares objetivos, Laudan, L. “Por qué un estándar...” op. cit. p. 82.

⁸²⁷ Fernández, M. “Prueba más allá de toda duda razonable y reglas probatorias”, trabajo presentado en agosto de 2012, <http://www.udg.edu/Portals/89/Filosofia%20Dret/textos%20seminaris/Mercedes%20Fernandez%20reglas%20probatorias.pdf> . pp.4. Jordi Nieva, en esta misma línea, plantea: “Nadie es capaz de determinar qué nivel de duda es exigible para declarar la inocencia en un proceso, habida cuenta de que las sentencias son absolutamente variopintas en este punto. Tampoco existe unidad, en absoluto, acerca de qué nivel de suficiencia probatoria de cargo debe alcanzarse para poder dictar una sentencia de condena”. Nieva, J. *Derecho Procesal penal*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2012, pp. 279. Postura en similar sentido Hernández, H. “Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba” en Daniela Accatino (ed.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Legal Publishing, 2010, pp. 21 y ss.

que se considere apropiada, debe eliminarse cualquier regla específica sobre admisibilidad de elementos de prueba o que condicione la libre valoración de la misma, que esté animada por el fin de la distribución del riesgo, es decir que implique sesgar la *ratio* entre falsos positivos y falsos negativos, a favor de una de las partes, pues lo contrario sería “contar dos veces” el valor de ese fin.

En efecto Laudan⁸²⁸ predica que además del estándar de prueba existen otras instituciones probatorias que poseen aspiraciones distribucionistas, ellos son la presunción de inocencia, la carga de la prueba de la acusación y el beneficio de la duda.

Por vía ejemplar, y en lo tocante el beneficio de la duda, si diéramos al acusado todo el beneficio de la duda, pues siempre existe una duda residual, sería imposible condenar a alguien, por lo que debe decidirse a cuánto beneficio de la duda tiene derecho, y señala Laudan, que un estándar alto ya incorpora un beneficio de la duda inmenso. Éste le indica al acusado: “Usted será absuelto, incluso si pensamos que es probablemente culpable, a menos que el nivel de su culpabilidad satisfaga un EdP muy exigente”, en resumen no existe un beneficio de la duda que sea de fundamentación libre, independiente del estándar de prueba⁸²⁹.

El nivel apropiado del beneficio de la duda está ya incorporado en un estándar de prueba favorable al acusado, así, dado un estándar exigente, el principio de *indubio pro reo* habrá sido ya incorporado en el juicio y no tendrá un rol diferenciado más allá del propio estándar, de lo contrario implicaría “contar dos veces”⁸³⁰.

La crítica de Bayón importa, sin embargo, dar la vuelta al argumento, pues sostiene, que “si el estándar de prueba no es capaz de distribuir adecuadamente el riesgo del error, no intentar hacerlo mediante reglas concretas (de admisibilidad de elementos de prueba, sobre carga de la prueba, que condicionen el valor de ciertos medios de prueba a su corroboración por otro medio de prueba distinto, etc.) puede acabar equivaliendo a no contar el valor de ese fin ninguna vez”.

Aclara que este resultado sería un tipo de regulación sobre la prueba que Bentham⁸³¹ repudiaba, pero agrega que la posición benthamiana no era “sino una vehemente defensa de una forma de conseguir el objetivo de la reducción del

⁸²⁸ Laudan, L. “Por qué un estándar...” op. cit. p. 112.

⁸²⁹ *Ibidem*. p. 112.

⁸³⁰ Vid. *Ibidem*. p. 112.

⁸³¹ Bentham, J. op. cit. pp. 7 y ss.

error”, lo que incumbía a la distribución del riesgo del error, era sin duda, algo que quedaba fuera de su perspectiva.

Añade que si se le da entrada a la distribución del riesgo de error, paradójicamente, sería posible encontrar en Bentham argumentos a favor de un enfoque como el que él mismo propone, pues las cuestiones sobre la distribución del error son cuestiones morales que, si no son definidas por el legislador, deberán serlo por los jueces cuando hagan sus interpretaciones de estándares de prueba formulados en términos de lo que es plausible o no, o de lo que lo es más o menos, lo que en concreto se traducirá en cosas tales como criterios acerca de cuándo es admisible un testimonio de referencia contra el imputado o si es posible condenar sobre la base de la declaración de la víctima, resultado, a su juicio, muy poco del gusto benthamiano.

En conclusión, frente a la *perturbadora ambigüedad* del estándar de prueba en el modelo racional de corroboración de hipótesis, el que no es capaz de satisfacer tres de los cuatro requisitos que el mismo se impone, la estrategia de establecer reglas *a priori* que fortalezcan el estatus del acusado en el esquema argumentativo probatorio señalado, se vuelve atractiva. Esto es, a riesgo de no contar ninguna vez la aplicación de mecanismos de distribución del error, no puede dejarse desprotegido al acusado, so pretexto de que los mecanismos que pretenden satisfacer afanes distribucionistas se cuenten dos veces.

Señala Bayón que su estrategia, que importa determinar previamente reglas de exclusión intrínsecas (o en términos de Laudan⁸³² sobre el núcleo duro de la epistemología jurídica), es decir que inciden en el objetivo de averiguación de la verdad, puede volverse la adecuada.

En el fondo plantea Bayón (o puede leerse de sus argumentos) que la estrategia de establecer filtros cognoscitivos, concebidos como reglas de exclusión *ex-ante*, deben incorporar, desde ya, criterios distribucionistas a favor de aquella parte que el sistema, mediante una decisión política-moral, haya determinado que debe quedar más protegida en la distribución de error.

§151. *Argumentos que matizarían las críticas de Bayón.* Es necesario, en este punto, recordar los estándares de prueba para el proceso penal a que recurre Laudan⁸³³ y respecto de los cuales releva su carácter de objetivos, estos son:

⁸³² Vid. Laudan, L. “Por qué un estándar...” op. cit. p. 97.

⁸³³ *Ibidem.* pp. 107 y ss.

A.- Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatória o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénelo. De otro modo, absuélvalo.

B.- Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénelo. De otro modo, absuélvalo.

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

Recalca Laudan que ninguno de los tres estándares transcritos depende de la estimación subjetiva del jurado respecto de la probabilidad de culpabilidad del acusado, prueba de ello es que el jurado está obligado a condenar, incluso si cree en la inocencia del acusado, lo que tendrá lugar cuando el estándar haya sido satisfecho.

Reconoce, por cierto, que enfrentados a estándar como los propuestos las cosas “posiblemente no pueden ser ni tan sencillas ni tal ‘formularizables’ como ellos sugieren”⁸³⁴, pues tratamos con acontecimientos humanos sumamente complejos y, en el caso de la deliberación del jurado, con procesos de pensamientos que no son claros.

Por su parte, Ferrer señala que en los sistemas jurídicos anglosajones el derecho probatorio es, fundamentalmente un conjunto a veces muy prolífico y casuístico de reglas sobre la admisibilidad y la exclusión de la prueba, en el que, en cambio, prácticamente nada se dice sobre la valoración de la prueba y las reglas que regulan el momento de la adopción de la decisión sobre los hechos probados son extremadamente vagas y casi inservibles⁸³⁵. Recordemos que el propone como estándar:

1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos en forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.

2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles, explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.

⁸³⁴ *Ibidem*. p. 109.

⁸³⁵ Ferrer, J. “La prueba es libertad pero no...” op. cit. p. 15.

En armonía con lo hasta acá señalado, especialmente lo relativo a la crítica de Bayón, no puede dejar de reconocerse que hay casos en que los estándares fallarán al absolver a un culpable o peor que ello, al condenar a un inocente. Lamentablemente estos casos no son difíciles de imaginar, pero ello está más allá del punto en cuestión, pues “[f]uera de las matemáticas y de la lógica formal, no tratamos con la certeza ni con relaciones deductivas entre premisas y conclusiones. En vez de eso, encaramos la incertidumbre y las inferencias falibles. Es parte de la naturaleza ampliativa de las reglas de inferencia la posibilidad de conducir a conclusiones erróneas. Ningún EdP puede eliminar completamente la incertidumbre ni superar la clase de inferencias abductivas utilizadas en el razonamiento legal preservador de la verdad”⁸³⁶.

La tarea de incorporar un estándar de prueba en el proceso, que nos indique a partir de qué nivel de contrastación vamos a considerar probada la hipótesis, no es distinto de lo que se lleva a cabo en otros ámbitos de la experiencia, tales como la medicina, la historia, la paleontología, la farmacología, la química orgánica o la física nuclear. En estos ámbitos del saber son también necesarios estándares de prueba que permitan decidir cuándo una hipótesis en esos campos de investigación puede ser considerada probada, los que serán determinados por las respectivas comunidades científicas, normalmente de manera informal y no institucionalizada, atendiendo a la *ratio* entre errores positivos y negativos que se considere aceptable en esos ámbitos y para ello la epistemología no impone más que metodologías de formulación de estándares más no el estándar mismo⁸³⁷.

Es posible replicar uno de los sustentos de la crítica de Bayón en orden a que la aplicación del método científico debe ser relativizado, pues en el proceso —a diferencia de lo que ocurre con la ciencia—, las investigaciones no pueden estar eternamente abiertas y porque, además, las hipótesis auxiliares son típicamente máximas de experiencia, que aunque podamos considerar bien fundadas, en el sentido que se basan en inducciones ampliativas sólidas, establecen asociaciones entre dos fenómenos con un grado de probabilidad que no es compatible al de las leyes naturales.

En este orden de ideas es propicio traer a colación lo indicado por Laudan⁸³⁸ en el sentido de existir algunas razones plausibles para creer que reglas

⁸³⁶ Laudan, L. “Por qué un estándar...” op. cit. p. 110.

⁸³⁷ Vid. Ferrer, J. “La prueba es libertad pero no...” op. cit. p. 16.

⁸³⁸ Laudan, L. “Por qué un estándar...” op. cit. p. 110.

como los estándares que propone (A)-(C) funcionarían mejor que cualquier criterio subjetivo, a modo de ejemplo indica que lo que la regla (A) pregunta es si la acusación ha logrado presentar un testimonio creíble y pertinente o una evidencia física que serían muy difíciles de explicar si el acusado fuese inocente. A su juicio, es una regla del razonamiento común acerca del mundo que cualquier hipótesis histórica se prueba mejor si los hechos sobre aquello que tendría que explicar son relevantes y están claramente establecidos, añadiendo que esta estrategia de la evaluación de la hipótesis ocurre constantemente en las llamadas ciencias históricas⁸³⁹.

Por su parte, Mercedes Fernández que compartía la crítica de Bayón a la posibilidad de establecer estándares de prueba, en cuanto a la recaída en el subjetivismo, igualmente matiza sus asertos indicando que “[l]as dificultades para su concreción no impiden, sin embargo, que pueda intentarse una aproximación a su significado a partir de una mayor concreción en los requisitos que han de exigirse a cada uno de los medios de prueba en los que el juez ha de basar su convicción para que ésta, valorados aquéllos, pueda considerarse *más allá de toda duda razonable*. Es decir, aunque creo inviable una concreción de la regla con validez para todos los casos, sí es posible concretar su alcance poniéndola en relación con los medios de prueba que ha de valorar el juez indicando en cada caso cuáles han de ser los requisitos que éstos han de reunir para constituir prueba de cargo suficiente para condenar”⁸⁴⁰.

2.2.- Crítica la formulación de ciertas propuestas de estándares objetivos

§152. *Las críticas a las propuestas de estándares objetivos*. Examiné sendas propuestas de Ferrer y Laudan⁸⁴¹ alternativas al -indeterminado- estándar penal de más allá de toda duda razonable, relevando ambos autores su notable ambigüedad y manifestando sus profundas críticas respecto de la interpretación

⁸³⁹ Indica Laudan que si, por ejemplo, queremos evaluar la hipótesis según la cual la colisión de un meteorito fue la causa de la extinción de los dinosaurios, nos preguntamos si hay alguna evidencia creíble datada en el período pertinente que sería enteramente explicable por la hipótesis del choque pero que resulte ininteligible si (por ejemplo) los dinosaurios desaparecieron debido a la pobre ventilación de sus cuerpos. Igualmente nos cuestionaremos si hay hechos bien fundados acerca de la extinción de los dinosaurios que no ponen en cuestión la hipótesis de la colisión. Desde que hay tal evidencia (la famosa prueba del “límite de iridio”) explicable por la hipótesis de la colisión, y ningún hecho notable no explicable por ella, tenemos razones poderosas para acreditar la hipótesis del meteorito. Laudan, L. “Por qué un estándar...” op. cit. p. 110.

⁸⁴⁰ Fernández, M. “La valoración de las pruebas personales...” op. cit. p. 3.

⁸⁴¹ Ya analizados en el en el acápite 1.1 de este capítulo.

en clave subjetivista, que lo hace parasitario de las creencias del propio juez de los hechos, subjetivo y reflejo de la íntima convicción de quien debe decidir sobre tener por justificada en grado suficiente la aceptabilidad de la hipótesis de la acusación.

Los esfuerzos que realizan estos autores por elaborar estándares de prueba en materia penal, que subsanen las deficiencias de que ellos han dado cuenta, han sido objeto de críticas por Allen⁸⁴², estimando que, a pesar que las propuestas objeto de las críticas, son prescriptivas o normativas, formula sus reparos desde la perspectiva analítica, que es el bastión desde donde él brega.

Veamos, en primer lugar, la crítica al estándar de prueba propugnado por Laudan. El que propone Laudan es el siguiente: Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatoria o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo. Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénalo. De otro modo absuélvalo⁸⁴³:

Este autor, al decir de Allen⁸⁴⁴, se basa en la idea proveniente de la estadística y la filosofía de la ciencia, según la cual un *test* poderoso de la verdad de cualquier hipótesis empírica *H*, es su capacidad para dar cuenta de hechos o datos que resultarían absolutamente ininteligibles si *H* fuera falsa.

Señala Allen⁸⁴⁵, y en resumen, esta propuesta de estándar considera que una condena está justificada si, y sólo si: a) la hipótesis de la culpabilidad puede explicar la mayor parte de los hechos más importantes del caso, y b) la hipótesis de la inocencia no puede dar cuenta de ninguna prueba importante que sea inexplicable por la hipótesis de la culpabilidad, lo que debe ser una condición ineludible para una condena, así como que para que una hipótesis científica sea tomada en serio requiere ser capaz de hacer predicciones sorprendentes y corroboradas –no previstas por sus rivales-.

En base a lo anterior Allen afirma que el paso analítico fundamental que hace Laudan es buscar una regla de decisión en una disciplina afín para sustituir la

⁸⁴² Allen, R. “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico” en Carmen Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, (traducción de Diego Dei Vecchi y Carmen Vázquez), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 50 y ss.

⁸⁴³ Laudan, L. Verdad, error y...op. cit. pp.127 y ss. Son ejemplos de estándares objetivos no defendidos particularmente por Laudan pero que, estima, son infinitamente mejores que el puro subjetivismo.

⁸⁴⁴ Allen, R. “Los estándares...” op. cit. pp. 51-54.

⁸⁴⁵ *Ibidem*. pp. 51-54.

insatisfactoria regla de decisión jurídica, la que toma de la ciencia, no obstante tropieza con dos dificultades. A juicio del autor, la primera radica que la relación entre las actividades típicas de la investigación científica y las del sistema jurídico es sólo contingente y segundo, que Laudan elige una etapa equivocada de la ciencia, la de descubrimiento o la de la justificación, en lugar de usar la etapa más parecida: la de aplicación.

Ahonda en la crítica señalando que las diferencias entre el proceso judicial estándar y las actividades de investigación de la mayoría de los campos de la ciencia están centradas en el objetivo del proceso judicial, que es casi siempre determinar lo que ha sucedido y no descubrir leyes generales, aunque éstas a menudo son invocadas como prueba de que un evento ha sucedido. Por otra parte en la ciencia, los experimentos se pueden llevar a cabo una y otra vez, y regularmente son ajustados durante su práctica con el fin de descubrir una posible explicación, lo que no ocurre en el campo del derecho; de hecho, la situación es la opuesta, la regla es tener datos primarios y su reproducibilidad es generalmente imposible (Pedro mató a Juan de un disparo en la cabeza).

Las partes pueden presentar, de esta forma, en el proceso judicial generalizaciones científicas o de otro tipo para que sean usadas por el juez de los hechos, pero éstas serán formuladas en una estructura inferencial que lleva a una conclusión sobre un hecho o a una serie de hechos y no a un universal, a una teoría o a un principio.

Finalmente la crítica del Allen⁸⁴⁶ se centra en lo complejo de la actividad de investigación de los hechos en materia penal, pues aun cuando estima que el conocimiento científico está organizado en forma deductiva, de arriba hacia abajo, los participantes de una determinada área suelen compartir principios metodológicos, comparten también qué cuenta como elemento de juicio y son capaces de expresar comprensiblemente el alcance de su discrepancia y, finalmente, si en la ciencia una pregunta no puede ser abordada, es simplemente ignorada.

En el derecho, en cambio muchas variables están constante y necesariamente en juego y las decisiones fácticas que se toman en juicio son aún más resistentes a la adaptación, porque las complicadas características del proceso judicial están en lo que Allen⁸⁴⁷ llama “caldero burbujeante de la vida real”

⁸⁴⁶Allen, R. “Los estándares...” op. cit. pp. 51-54.

⁸⁴⁷*Ibidem.*

y por otra parte el derecho no tiene el privilegio de seleccionar disputas, sea cual sea el problema debe lidiar con él.

Cierra su argumento señalando que la mayor parte de los procesos judiciales no tienen que ver con predicciones sorprendentes, que luego sean confirmadas sino, con las más mundanas de las disputas, por ejemplo, quién está diciendo la verdad y quién miente.

§153. *Los reparos a la segunda propuesta.* En el caso de Ferrer, la crítica de Allen⁸⁴⁸ se centra en la primera parte de la propuesta de estándar objetivo, que exige que la hipótesis debe ser capaz de explicar datos disponibles de una manera coherente y las predicciones sobre nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber sido confirmadas. Estima Allen, que en el juicio oral, a lo menos en Estados Unidos, no supone hacer hipótesis que predigan nuevos datos, sino que supone decidir lo que sucedió a la luz de toda la información.

Predica, categórico que este *test* parece incurrir en una confusión en los contextos jurídicos y científicos –reparos que igualmente le formula al estándar de Laudan- afirmando que ello no es aplicable al contexto de la decisión judicial.

Cuestiona igualmente Allen, en la segunda propuesta, la exigencia que todas las hipótesis plausibles restantes que ofrezcan una explicación sobre los mismos datos y que sean compatibles con la inocencia del acusado deben haber sido refutadas, excluyendo las hipótesis *ad hoc*, pues considera que la vía de escape que excluye las hipótesis *ad hoc* parece ser ella misma totalmente *ad hoc*, lo que equivale simplemente a una alegación de inocencia y una explicación para las pruebas presentadas por el acusador. Plantea entonces, por qué esta alegación de inocencia es diferente a cualquier otra.

Refuerza su idea, indicando que lo cuestionado equivale a un *test* contenido en el primer criterio y en la primera parte del segundo, aplicable a algún subconjunto indefinido cuando éste no funcione, alegando que cualquier problema que esté interfiriendo con él es *ad hoc*, a pesar que a menudo será equiparable a un alegato directo de inocencia.

Finalmente Allen hace reserva de que tal vez los procesos penales europeos no sean equiparables a los procesos penales estadounidenses, pero afirmando que esta propuesta no es una descripción correcta de lo que ocurre en Estados Unidos y que tampoco parece normativamente atractiva.

⁸⁴⁸ *Ibidem.* pp. 55-56.

2.3.- ¿La alternativa?: la inferencia a la mejor explicación

§154. *En busca de un estándar alternativo a los estándares de prueba formulados.* Es un hecho no discutido que en el proceso penal están normalmente en juego dos historias, hipótesis o narraciones sobre los hechos (que Juan mató a Pedro, que no lo mató; que Diego violó a María, que la violó Hugo, etc.), incluso cuando la defensa no ofrece una historia o una hipótesis alternativa, pone de relieve que la hipótesis acusatoria es falsa o lo es en gran medida, o ello deviene de la garantía de la presunción de inocencia.

Frente a lo anterior se ha sostenido que la inferencia a la mejor explicación⁸⁴⁹ –como esquema argumentativo– es el que mejor reconstruye cómo debe desenvolverse el razonamiento probatorio jurídico.

Para el presente análisis partiré por el final, dando cuenta de la opiniones que pretenden echar por tierra esta afirmación, pues son muchas las críticas que se le formulan por renombrados expertos en el tema⁸⁵⁰, señalando una de aquellas voces que la “IME es un criterio demasiado permisivo para usar como la base sobre la cual tomar decisiones acerca de qué teorías científicas hay que creer, en particular porque irremediablemente se ve constreñida a las hipótesis que de antemano uno mismo ha inventado (de entre las cuales el modelo nos insta a escoger ‘la mejor’)”⁸⁵¹.

Respecto de su formulación, ella es –en principio y en teoría, pero sólo en teoría–, simple: entre varias hipótesis alternativas⁸⁵² la que mejor explica la evidencia, cuenta con mayores probabilidades de ser verdadera, y “explicar mejor” se entiende en términos de un conjunto de criterios tales como la coherencia, la simplicidad, la compatibilidad con otras hipótesis que ya han sido contrastadas, su plausibilidad y la ausencia de elementos *ad hoc* en ella (definidas como aquellas

⁸⁴⁹ La inferencia a la mejor explicación (también denominada por algunos como abducción), ha sido acogida en el ámbito de la prueba jurídica, entre otros, por González Lagier, D. “Hechos y argumentos (II)... op. cit. p. 38 e Iturralde, V. op. cit. p. 351, Atienza, M. op. cit. pp. 31 y ss. y Bonorino, R. “Sobre la abducción...”, op. cit. pp. 207 y ss.

⁸⁵⁰ Ferrer, J. “La prueba es libertad pero no...” op. cit. p. 18 nota 55, Bayón, J. C. op. cit. pp. 15-16.

⁸⁵¹ Laudan, L. “Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal” en *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, (traducción de Edgar Aguilera), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 91.

⁸⁵² Que será la situación más típica, encontrar hipótesis rivales capaces de explicar el mismo conjunto de datos. Por ejemplo que Juan huyó del lugar donde había caído abatido Pedro por un disparo, puede explicar que lo hizo porque fue el autor del disparo y quería evitar que lo aprehendieran o porque vio al autor de la muerte de Juan, que era Hugo y salió en su busca para aprehenderlo.

que no pueden explicar más fenómenos que aquél para cuya explicación fueron introducidas)⁸⁵³.

El problema que se plantea es que no hay acuerdo respecto de los criterios que determinan cómo explicar mejor, ni concedido que algunos de tales criterios entran en conflicto, cómo solucionarlos, aun cuando puedan encontrarse puntos de contacto entre ellos⁸⁵⁴.

Volviendo al proceso penal y al estándar de más allá de toda duda razonable, se ha sostenido⁸⁵⁵ que la inferencia a la mejor explicación ofrece una solución satisfactoria a la indeterminación de este estándar de prueba. Así se ha señalado, que “probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable es haber establecido que la teoría del fiscal satisface los requerimientos vinculados con una inferencia a la mejor explicación. Si no hay una clara determinación de que la narración de los eventos ofrecida por el fiscal es la mejor explicación, debe absolverse”⁸⁵⁶.

§155. *Insistiendo en las críticas a la IME.* Laudan⁸⁵⁷ ve en la formula transcrita varios problemas, uno de ellos es que si ninguna de las hipótesis acerca del caso es aceptable, por ejemplo existiendo dos hipótesis sobre el caso *h1* y *h2*, ofrecidas por la acusación y la defensa, respectivamente y el jurado determina correctamente que *h1* es mejor que *h2* y por tanto en este contexto *h1* sería la mejor explicación. Se pregunta Laudan si es esto suficiente para justificar una condena y la respuesta es necesariamente no, si no se agrega algo más, pero si se agregan otras condiciones entonces el jurado estará obligado a rechazar la

⁸⁵³ Bayón, J. op. cit. p. 15, Ferrer, J. “La prueba es libertad, pero...” op. cit. p. 19 y Laudan, L. “Aliados extraños...” op. cit. p. 97.

⁸⁵⁴ “El significado de ‘mejor’, en este punto es un asunto sumamente controvertido entre los autores. Gil Harman ha dicho que ‘lo bueno’ de una hipótesis explicativa depende de su simplicidad, su plausibilidad, y de la ausencia de elementos *ad hoc* en ella. Paul Thagard ha sugerido que una hipótesis se califica como la mejor explicación sólo si es capaz de explicar *diferentes clases de hechos*, si posee *simplicidad* (entendida como una reflexión acerca de la naturaleza y el número de presupuestos que la hipótesis en cuestión requiere para explicar los hechos dados), si exhibe *analogías* apropiadas con otras hipótesis conocidamente exitosas y si es fuertemente *coherente* con nuestras creencias de trasfondo. En su intento por abordar el problema de las virtudes explicativas de una hipótesis, John Josephson comenta que éstas tienen que ver con la consistencia interna de la hipótesis, con su poder predictivo, con la medida en que sobrepasa a sus rivales, y con la minuciosidad con que se buscaron hipótesis rivales. William Lycan incluye la simplicidad, el poder explicativo, su alto grado de comprobabilidad, y la coherencia con las creencias de trasfondo, como virtudes explicativas”. Laudan, L. “Aliados extraños...” op. cit. p. 97. Lo anterior un botón de muestra que refuerza firmemente el argumento señalado.

⁸⁵⁵ Iturralde, V. op. cit. p. 351.

⁸⁵⁶ Afirmación que es cuestionada por Laudan, L. “Aliados extraños...” op. cit. p. 101.

⁸⁵⁷ *Ibidem.* pp. 102. También los vislumbra Bayón, J. C. op. cit. p. 16 y Ferrer, J. “La prueba es libertad, pero...” op. cit. pp.18-19

hipótesis de culpabilidad y deberá absolver, a pesar de que la del fiscal haya podido ser la mejor explicación del caso.

Sin embargo, señala, más significativa es la dificultad que presenta cuando ambas partes tiene historias razonablemente plausibles. Ocurrirá si, por ejemplo, de acuerdo a un determinado criterio de lo que es una explicación buena, *h1* es superior a *h2*, y se trata indiscutiblemente de la mejor explicación; sin embargo, si la explicación *h2* del acusado no es una explicación particularmente mala, nuevamente se deberá absolver.

Ello ocurriría si por ejemplo la hipótesis de la acusación es que Juan mató a Pedro, pues existían huellas dactilares del primero en el arma encontrada en el sitio del suceso, pero la hipótesis de la defensa señala que habían huellas dactilares de Juan en el arma porque Pedro trató de matarlo, se produjo un forcejeo, que terminó con la muerte de Pedro, habiendo testigos que declaran que ambos se odiaban intensamente y que se habían amenazado de muerte recíprocamente.

Por lo anterior se ha sostenido que el modelo de la inferencia a la mejor explicación requerirá de alguna clase de suplemento en el caso de los procesos penales, pues como se ha formulado, ella no es suficiente para que fiscal obtenga la condena (se requiere entonces que su teoría sea superlativamente mejor que la de la defensa). Sin embargo, el reconocimiento de exigencias adicionales desdibujan el objetivo de la inferencia a la mejor explicación –ser un adecuado estándar de prueba-, pues “ (...)una de las principales motivaciones para buscar en los modelos de la IME era, en primer lugar, remediar las deficiencias reconocidas en la noción actual de prueba más allá de toda duda razonable. (...) Pero si la aplicación de la IME a los procesos penales va a requerir que de alguna forma usemos precisamente la noción de MATDR para definir esa ‘laguna’ de plausibilidad que debe haber entre la plausibilidad de la historia del fiscal y la del acusado, no es claro cómo es que la IME será menos ambigua que la propia noción de MATDR”⁸⁵⁸.

Es decir, si la inferencia a la mejor explicación va ser parasitaria del estándar de más allá de toda duda razonable, resultan estériles los esfuerzos por concebirla como una noción alternativa a la primera, que se caracteriza fundamentalmente por su indeterminación. Puede así concluirse que una noción de la inferencia a la

⁸⁵⁸ Laudan, L. “Aliados extraños...” op. cit. pp. 103-104.

mejor explicación independiente del estándar de más allá de toda duda razonable, o es inútil o implicaría debilitar mucho el estándar⁸⁵⁹.

Otro intento por articular la noción de la inferencia a la mejor explicación y que merece igualmente los vehementes reproches de Laudan⁸⁶⁰ es aquél que puede caracterizarse en la inferencia a la única explicación plausible⁸⁶¹, que evidencia, por cierto, sendas ventajas en relación a la noción anterior, pues no requiere de una noción independiente y autónoma de prueba más allá de toda duda razonable, ni de una calibración de los grados relativos a la plausibilidad de las hipótesis rivales, sino que su pretensión es explicar con precisión aquello que debe entenderse por más allá de toda duda razonable.

El problema que surge evidente es que esta noción de inferencia a la mejor explicación no requiere que la historia de la acusación sea plausible mucho menos que sea la mejor, sino que requiere que sea la única explicación, es decir, que no exista una hipótesis alternativa plausible de los datos que explique la inocencia del acusado.

A juicio de Laudan⁸⁶² esta teoría se aleja totalmente de la noción de inferencia a la mejor explicación, pues no se pregunta si la teoría del fiscal es la mejor explicación de los hechos del caso, sino si se trata de la única explicación razonable de esos hechos. Lo anterior equivale a decir, que una condena está justificada, si y sólo si, hay una sola hipótesis que explica los hechos, la que no puede ser otra que la de la acusación.

En términos generales y simplistas, puede criticarse la noción de inferencia a la mejor explicación argumentando que la “mejor explicación” puede no ser lo suficientemente buena desde el punto de vista del derecho penal como para tenerla por probada. En muchos casos la mejor explicación disponible de los hechos no es una buena explicación o, derechamente, es una mala explicación, esto es, puede ser la mejor –o si se quiere, menos mala- de dos explicaciones insuficientemente plausibles; y también a la inversa, que la peor de dos explicaciones puede, sin embargo, ser lo bastante plausible como para que desde

⁸⁵⁹ Cfr. Ferrer, J. “La prueba es libertad, pero no...” p. 19. Laudan, L. “Aliados extraños...”, p. 114.

⁸⁶⁰ Laudan, L. “Aliados extraños...” op. cit. pp. 107 y ss.

⁸⁶¹ Formulada por Allen hace una década “(...) significa que la prueba jurídica es de carácter comparativo: lo que importa es la plausibilidad relativa de las versiones de las partes; la pregunta no tiene que ver con la probabilidad cardinal, concebida como una frecuencia relativa, o un estado subjetivo de creencia, de ciertos estado de cosas. Análogamente, en materia penal el fiscal debe demostrar un caso plausible de culpabilidad, y que no haya un caso plausible de inocencia” Allen, R. *Rationality, Algorithms and Jurical Proof: A Preliminary Inquiry*, 1 “Int’l J. Evid & Proof”, 254 (1997) citado por Laudan, L. “Aliados extraños...” op. cit. p. 106.

⁸⁶² *Ibidem*.

el punto de vista del derecho se considere inapropiado tener por probada la hipótesis alternativa⁸⁶³.

Así las cosas, que sea la mejor explicación depende de una comparación con las demás hipótesis o historias sobre los hechos, siendo perfectamente concebible que la hipótesis de la acusación sea una mejor explicación de los hechos de la causa, que la historia sostenida por la defensa, pero que a pesar de ello no sea una buena explicación de los mismos⁸⁶⁴.

Categorico Bayón sostiene que las críticas anteriores son certeras, pero que yerran el blanco, pues la inferencia a la mejor explicación no pretende ser un estándar de prueba, esto es, no posee fines distribucionistas, sino sólo atribuir racionalmente grados de confirmación a las distintas hipótesis, agregando que “[s]i el procedimiento es realmente racional –si está justificado epistémicamente- tener sistemáticamente por probada “la mejor explicación” servirá al fin de *minimización* de errores y nada más”⁸⁶⁵

Ello por cuanto indica que si se quiere articular una sensibilidad más que mínima en relación al reparto del riesgo de error, la única forma de hacerlo es precisamente, no teniendo por probada, sin más, la hipótesis que tenga un mayor grado de confirmación, es necesario sesgar de algún modo el criterio para tener una hipótesis por probada y no conformarse con la mera consideración de que es la que ha alcanzado un grado de confirmación más alto, es decir, la “mejor explicación”⁸⁶⁶.

3.- Aplicación práctica del estándar de prueba

§156. *Un apunte introductorio.* Para una recta comprensión del tema que constituye el presente esfuerzo, es obligatorio recordar que el estándar de prueba en el proceso penal está íntimamente vinculado a la presunción de inocencia.

En efecto, resulta interesante y constituye un aporte, la forma que en la práctica se interpreta el estándar de prueba, fundamentalmente, por los tribunales superiores de justicia, pues es necesario que el justiciable conozca de antemano

⁸⁶³ Vid Bayón, J. C. op. cit. p. 16.

⁸⁶⁴ Vid Ferrer, J. “La prueba es libertad, pero no...” op. cit. p. 19.

⁸⁶⁵ Bayón, J. C. op. cit. p.16

⁸⁶⁶ *Ibidem*. Argumentos que se inscriben en la lógica de su crítica a la posibilidad de formular estándares objetivos de prueba, y según la cual los afanes distribucionistas deben tener cabida en reglas de exclusión a priori que determinen la *ratio* entre los errores deseados.

cuál es el umbral que deberá ser satisfecho por el acusador para que el tribunal estime que la prueba es suficiente para dar por probada la hipótesis acusatoria.

Es, entonces, primordial conocer los criterios con que los tribunales operan al valorar la suficiencia de los elementos de juicio, toda vez que como fue examinado, el estándar en materia penal de más allá de toda duda razonable, es extremadamente poroso y únicamente existe consenso en torno a él, en que es más exigente que el estándar civil de preponderancia de la evidencia.

Por lo anterior, los criterios de racionalidad epistémica que no que pueden servir por sí solos, para dilucidar si el soporte inductivo, que los datos probatorios disponibles aportan a una hipótesis sobre la ocurrencia de un hecho, son suficientes para tenerla por acreditada en una determinada clase de proceso. Requieren el auxilio o la intermediación de un estándar de prueba que nos diga cuál es la medida insoslayable de suficiencia de la prueba y la praxis, frente a la oscuridad anunciada, puede arrojar luces que aclaren las referidas dudas.

Para este fin recurriré a lo que ha dicho la jurisprudencia chilena sobre este tópico, relevando que en Chile tiene reconocimiento legal el estándar de más allá de toda duda razonable, en el artículo 340 del CPP, de reciente data.

3.1.- Enfoque subjetivo del estándar de prueba y la libre valoración racional en Chile

§157. La libre valoración racional y el estándar de prueba en Chile. Es imprescindible, a los efectos de esta investigación, descifrar lo que los tribunales superiores chilenos entienden por estándar prueba más allá de toda duda razonable en este acápite.

Señalé precedentemente que el principio de libre valoración en Chile, pese a la consagración positiva del sistema racionalista de la prueba, se continúa aun interpretando en muchos casos con un sello marcadamente subjetivista y esta hermenéutica ha contagiado, como consecuencia ineludible, al estándar de prueba penal.

Lamentablemente y, en consecuencia, una parcela importante de la praxis sigue operando en la lógica del subjetivismo, como si para valorar la prueba sólo fuera necesario que el adjudicador adquiriera un convencimiento que le pertenece sólo a él, que surge normalmente del contacto directo con los medios de prueba (especialmente los de carácter personal) y que por lo tanto, no permite el control

intersubjetivo de un órgano distinto del que se pronunció sobre la decisión de tener por probados los hechos de la causa.

Las Cortes en Chile manifiestan la sobrevivencia de un sistema intimista que expresaría la supuesta tensión que existiría entre los principios de libre valoración y la posibilidad de control, a través del recurso de nulidad, que solo puede tener justificación en una interpretación en clave subjetivista de la libre valoración⁸⁶⁷.

Merece la pena citar una sentencia que expresa paradigmáticamente esta concepción. Así señala: *“Que como lo ha sostenido invariable y reiteradamente esta Corte, la apreciación de la prueba y las conclusiones obtenidas de ella, se encuentran dentro del ámbito de la convicción propia y exclusiva del tribunal de mérito, adquirida a través del principio de inmediación –luego de debate público y contradictorio-, en virtud del cual los sentenciadores sólo pueden fallar de acuerdo con las impresiones personales que obtengan del acusado y de los medios de prueba...”*

Agrega el fallo que *“(...) de cualquier manera es dable advertir que lo que verdaderamente cuestiona el recurrente –como lo señala expresamente-, es la vulneración en su esencia de la norma del artículo 340 del Código de Procedimiento Penal (...). A este respecto cabe decir que los sentenciadores alcanzaron plena convicción, por unanimidad, tanto sobre la comisión del hecho punible objeto de la acusación, en carácter de reiterado, como respecto de la participación culpable y penada por la ley que le cupo al acusado, de manera entonces que no se vislumbra como se podría haber producido alguna vulneración a la norma del artículo 340 del Código Procesal Penal, la que por cierto, de haber existido, sería objeto de un motivo de nulidad distinto del que se ha esgrimido”*.

Finalmente señala la sentencia: *“Que como también ya se ha dicho, el concepto de duda razonable introducido en la norma, no es más que un parámetro para los juzgadores en cuanto al grado de certeza que deben alcanzar para determinar entre una decisión de condena y otra absolutoria, pero está dirigida a ellos y no a los intervinientes, a esta Corte o al público en general”⁸⁶⁸.*

En la misma línea interpretativa, otro pronunciamiento sostiene que: *“Al margen que, conforme se ha razonado, la suficiencia o insuficiencia de la prueba no es un aspecto que esta Corte deba definir”*. Estimándose que no es posible fiscalizar si la prueba resultó ser bastante para condenar, pues en términos de la misma Corte: *“Esto no tiene que ver con la estructura formal de la sentencia ni con*

⁸⁶⁷ Tal como se evidenció en la primera parte del capítulo primero de este trabajo.

⁸⁶⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de fecha 13 de julio de 2010, Rol N° 28-2010.

*la razón suficiente, dado que se relaciona con el estándar probatorio, con el umbral que es necesario superar para vencer la presunción de inocencia. (...) En tales condiciones el recurso no puede prosperar*⁸⁶⁹.

Es posible advertir con nitidez que la lógica intimista de la valoración contagia al estándar de prueba, de modo tal que la interpretación del principio de libre valoración de la prueba en clave subjetivista, está profundamente imbricada con la interpretación del estándar de prueba, al que simplemente se le niega toda función normativa, se le reduce a puro decisionismo o se le aplica sin determinar sus contornos, o en otros términos, sin precisar los *test* que debe satisfacer la prueba del acusador para que se puede declarar probada la hipótesis que él sostiene.

En efecto, si el proceso valorativo se realiza conforme a los estrictos cánones de la epistemología general, aplicando el método de la inferencia inductiva y los esquemas de corroboración de hipótesis, todo el empeño puesto en obtener un conocimiento probabilístico lo más próximo a la verdad, se torna estéril, pues no se cumple con el segundo momento de la valoración de la prueba que es determinar si la hipótesis de la acusación ha logrado superar el estándar de prueba imprescindible para dictar sentencia condenatoria.

Este enfoque subjetivista, todavía muy presente en la jurisprudencia y praxis procesal penal, que no ha podido ser removido del todo, reconoce un cambio de rumbo perceptible y progresivo, pues se ha resuelto anular los fallos recurridos en los respectivos casos, por la causal subsidiaria del artículo 374 letra e) vinculada a la vulneración del estándar de prueba, decisión que era negada hace algunos años, en tanto que en otros pronunciamientos, luego de efectuar un análisis respecto del cumplimiento del estándar de prueba, se desecha la nulidad intentada.

En la Corte Suprema se pueden, por vía ejemplar, apreciar razonamientos, que si bien no recurren a propuestas de estándares objetivos o ellos mismos no dan cuenta de *tests* de carácter objetivo, que debe colmar la prueba para superar la presunción de inocencia, ya no se refieren al estándar de más allá de toda duda razonable como perteneciente al fuero interno y a la propia conciencia del juzgador.

⁸⁶⁹Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago 26 de febrero de 2014, Rol N° 70-2014. Es posible citar igualmente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 28 de octubre de 2009, Rol N° 473-2009, citada por Peña, S. op. cit. pp. 168 y 169.

Es interesante el fallo de la Corte Suprema⁸⁷⁰ de fecha relativamente reciente, que resolvió la siguiente: *“Si bien el imputado no tiene el deber de probar nada, menos su inocencia, sin embargo, siempre le asiste el derecho de aportar toda la prueba que estime pertinente en aval de su teoría del caso, pero su indiferencia en ese sentido no le puede acarrear ningún perjuicio, salvo, que como en el presente asunto, la teoría del caso del Ministerio Público haya cumplido con los estándares suficientes, más allá de toda duda razonable, respecto de la certeza de los extremos de la acusación, que incluye los hechos, el delito y la participación culpable del imputado, caso en el que se hacía imperioso aportar prueba en contrario que genera una duda razonable, lo que no aconteció, por lo que la decisión de condena aparece como legal y procedente en derecho”*.

Y añade *“Que, a mayor abundamiento, del estudio de la sentencia aparece que los hechos que el tribunal dio por comprobados se fundan exclusivamente en la prueba de cargo, y aun cuando el imputado renunció a su derecho a guardar silencio y rindió prueba en apoyo de su teoría, el ejercicio de esa prerrogativa no importa una alteración del onus probandi, sin que corresponda en esta etapa, hacerse cargo de las deducciones extraídas por el tribunal de los antecedentes fundantes de la imputación”*.

Esta sentencia, si bien se refiere a la “certeza de los extremos de la acusación”, lo que parece una reminiscencia de la interpretación subjetivista que se ha cuestionado, igualmente se refiere al estándar de prueba penal, que es diferenciable del civil, pues señala que la condena se funda en los antecedentes de cargo y que aun cuando el acusado rindió prueba (la que al parecer fue desestimada), ello no exime al acusador de rendir prueba suficiente para satisfacer el estándar de prueba penal y cuyos parámetros en este caso si ha colmado el Ministerio Público.

En otro pronunciamiento la Corte Suprema⁸⁷¹, en su motivo octavo, ha señalado que *“En efecto, de la lectura del razonamiento 34° de la sentencia impugnada se advierte que los jueces del Tribunal Oral se hicieron cargo de toda la prueba y que fueron exponiendo de manera clara, lógica y completa cada uno de los hechos que dieron por asentados y de los elementos de cargo que valoraron en cada caso para arribar a su convicción. En esta parte, el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal ordena a los jueces que su valoración se arregle a lo previsto en el artículo 297 del mismo cuerpo legal, que por su parte les*

⁸⁷⁰ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 19 de mayo de 2009, Rol N° 1.414-2009.

⁸⁷¹ Sentencia de la Corte Suprema de 29 de febrero de 2012, Rol N° 978-2012.

indica libertad de apreciación, pero les impide ‘...contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados’, que fue precisamente lo que aparece guiar las conclusiones extraídas de sus análisis y sin que el recurrente levante protesta fundada donde afirme que lo concluido por ellos violente alguno de los tres parámetros antes mencionados, sino que se afirma que lo razonado pugna con la posibilidad de convicción más allá de toda duda razonable, lo que no pasa de ser una simple aseveración de ese interviniente, desprovista de fundamento concreto”

Si bien, se aprecia la evolución anotada, no existe en este caso un parámetro objetivo con que contrastar lo afirmado por el recurrente y que según la Corte “no pasa de ser una simple aseveración” e igualmente confunde los planos o momentos de la valoración libre y racional, el de la valoración en sentido estricto y el de la decisión sobre la prueba.

En las Cortes de Apelaciones es también apreciable este fenómeno, así se ha resuelto respecto de la prueba de cargo, que ella “*generando por su particular develación y circunstancias dudas en estos sentenciadores, las cuales unidas a la que se indicó en los párrafos precedentes, impidieron vencer por parte de los acusadores el estándar probatorio exigido por nuestro ordenamiento legal, resolviendo la mayoría absolver al acusado de los cargos formulados en su contra*”⁸⁷².

3.2.- La vinculación entre estándar de prueba penal y presunción de inocencia

§158. *Facetas de la presunción de inocencia.* Como es sabido la presunción de inocencia posee varias caras o planos: se suele diferenciar la presunción de inocencia como regla de trato⁸⁷³ y como regla de prueba.

Respecto de su dimensión de regla de prueba, a su vez es posible distinguir dos funciones: como regla de distribución de prueba y como regla de juicio.

⁸⁷² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 8 de agosto de 2014, Rol N° 1806-2014. En otros pronunciamientos en que se observa análisis en cuanto a la suficiencia o insuficiencia de la prueba de cargo para condenar: Sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago de fechas 3 de enero de 2014, Rol N° 3308-2013, 6 de agosto de 2014, Rol N° 1888-2014, 12 de noviembre de 2014, Rol N° 2876-2014. De la Corte de Apelaciones de Antofagasta puede mencionarse la sentencia de fecha 19 de octubre de 2012, Rol N° 256-2012 y el voto de minoría en la sentencia de fecha 8 de enero de 2010, Rol N° 343-2009.

⁸⁷³ Presente en el artículo 4 del CPP chileno que reza: “*Presunción de inocencia del imputado.* Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto fuere condenada por una sentencia firme”. Vid. Valenzuela, J. “Inocencia y razonamiento probatorio”, *Rev. de estudios de la justicia*, N° 18, año 2013, pp. 17 y ss.

Así las cosas la presunción de inocencia no solo tiene aplicación en la esfera del tratamiento del imputado, sino que es necesario considerarla dentro del proceso decisorio propiamente tal. Respecto de la presunción de inocencia como regla de prueba y como regla de juicio, puede decirse que ambas facetas son aspectos de la prueba en el proceso, pero esta separación permite percibir con mayor claridad que la primera versa sobre la prueba como actividad en el proceso judicial, mientras que la segunda versa sobre la prueba como resultado de aquella actividad, es decir, sobre la declaración de hechos probados a realizar en la sentencia⁸⁷⁴

§159. *La presunción de inocencia como regla de distribución.* Distribuir la carga de producir prueba es lo que representa la presunción de inocencia en su dimensión de regla de prueba, la que ha sido desarrollada por el TC Español en su célebre sentencia 31/1981, de 28 de julio⁸⁷⁵, que impone para la derrota de la presunción de inocencia una serie de requisitos procedimentales, a saber: debe ser la conclusión de un procedimiento en el que haya existido una mínima actividad probatoria; que pueda considerarse como prueba de cargo; suministrada por la acusación (por cuanto –en el proceso penal- a ella corresponde la carga de la prueba); practicada en el juicio oral; y que haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales.

Es necesario dejar asentado que, de acuerdo a la doctrina del Tribunal Constitucional español, el que se ha encargado de desarrollar en extenso –fundamentalmente a partir de la aludida STC 31/81-, impone esta faceta el cumplimiento de determinadas reglas que indican cómo debe ser el procedimiento probatorio y las características que debe reunir cada sentencia de condena, por lo que es plausible sostener que no es suficiente cualquier prueba para destruir el estatus de inocente sino que ésta debe practicarse con ciertas garantías.

Esta cara de la presunción de inocencia está principalmente dirigida a los intervinientes, en especial al ministerio Público, que en Chile detenta en forma exclusiva la acción penal y obliga a rendir prueba de cargo en el juicio oral y acreditar que fue obtenida con pleno respeto a las garantías de orden procesal que rigen la persecución penal. Por otra parte “a la defensa corresponderá

⁸⁷⁴ Ferrer, J. “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”... op. cit. pp. 145 y ss.

⁸⁷⁵ Vid. Miranda, M. *La mínima actividad...* op. cit. pp. 122 y ss. y Fernández, M. *Prueba y presunción...* op. cit. p. 139.

efectuar el control horizontal, tanto de la forma y oportunidad en que la prueba es rendida, como de las circunstancias en que se obtuvo”⁸⁷⁶.

§160. *La presunción de inocencia como regla de juicio.* Ésta opera en un momento posterior a la dimensión de regla de prueba, esto es, en aquel momento en que el tribunal, tras la valoración de las pruebas practicadas, el resultado que deriva de dicha actividad no es concluyente para demostrar la culpabilidad del imputado, por lo que la duda se resuelve a favor de la inocencia de éste. Opera en aquel momento y la decisión de condena o absolución es justificada, precisamente, en el cumplimiento o incumplimiento del estándar de prueba penal, por lo que claramente es una regla dirigida al adjudicador.

Se señala que es la que tiene lugar en un estado de duda irresoluble del juez en que no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una resolución, ni en sentido absolutorio ni en sentido condenatorio, por lo que la presunción de inocencia viene a constituir la regla prevista por el ordenamiento jurídico para evitar el *non liquet*⁸⁷⁷, siendo este el sentido que se le imprime en la cultura jurídica anglosajona.

Si la prueba ha sido válidamente rendida (y obtenida), es en el juicio oral el momento en que debe ser valorada para determinar si es suficiente para acreditar la hipótesis acusatoria y es en este sentido que se deberá atender a la existencia o inexistencia de duda razonable que impida o permita la condena del acusado.

Es por lo anterior que resulta relevante delimitar la vinculación entre el principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia, a fin de determinar si se trata de figuras distintas o, si por el contrario el primero es solo una faceta de la presunción de inocencia, lo que no sólo tiene un interés conceptual sino implicancias prácticas en relación al control que las instancias superiores pueden ejercer sobre la correcta aplicación de una u otra figura.

§161. *Lo que ha dicho la jurisprudencia en España.* Inicialmente al amparo de la entonces reciente CE de 1978, se estimó por el TC español que el principio *in dubio pro reo* había adquirido reconocimiento constitucional⁸⁷⁸ e igualmente

⁸⁷⁶ Piñeiro, M. “Valoración de la declaración del imputado a la luz de la presunción de inocencia”, *Rev. de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, N° 64, Primer Semestre, 2014, p. 143.

⁸⁷⁷ Vid Fernández, M. *Prueba y presunción de...* op. cit. pp. 157 y ss.

⁸⁷⁸ Así lo dejó en claro la connotada STC 31/1981, de 28 de julio al señalar: “Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial *in dubio pro reo* para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata”.

estuvo enfocado principalmente en establecer cuáles deben ser los requisitos que debe reunir la actividad probatoria para desvirtuar legítimamente la presunción de inocencia, esto es, ha puesto énfasis en su carácter de regla probatoria, principalmente en base a la mencionada STC español 31/1981, sin embargo también tuvo ocasión de manifestarse acerca de la dimensión de regla de juicio de la presunción de inocencia y sobre su vinculación con el principio *in dubio pro reo*, no estableciendo, en un primer momento, diferencia entre ambos⁸⁷⁹.

Sin embargo, por motivos que Ferrer⁸⁸⁰ califica de estrictamente pragmáticos, y que tenían en miras la reducción de los recursos de amparo a la jurisdicción constitucional en reclamación de la violación del principio de presunción de inocencia, el TC español pasó a modificar esta doctrina para sostener la tajante diferencia entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

En síntesis se sostiene que la presunción de inocencia, como regla de juicio, es aplicable únicamente en los supuestos en los que no hay prueba de cargo (o cuando las pruebas de cargo no lo han sido respetando las garantías procesales), mientras que el principio *in dubio pro reo* es una regla de valoración de la prueba dirigida al juez o tribunal de instancia prescribiendo la absolución del imputado si, practicadas las pruebas de cargo, a aquél le quedaran dudas acerca de la ocurrencia de los hechos delictivos o de la participación del imputado en ellos.

Como necesaria consecuencia de esta interpretación, la presunción de inocencia, como regla de juicio respecto de la valoración de la prueba, no podría ser aplicada, toda vez que ella operaría en ausencia de prueba.

Para mayor confusión, afirma Ferrer, el propio TC español ha sostenido reiteradamente el estatus de regla de juicio de la presunción de inocencia, en cuya función supondría la constitucionalización del estándar de prueba penal, lo que trae aparejado, que la presunción de inocencia impondría la obligación de absolver si el resultado de la valoración de la prueba no alcanza el estándar de prueba indicado, surgiendo la interrogante ¿cuál es ese estándar de prueba? En los primeros años de la jurisprudencia constitucional y también en la del TS español ello se respondía apelando a la íntima convicción o a la apreciación en conciencia, según se ha analizado con precedencia.

⁸⁷⁹ Pérez, M. “Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 67, marzo 2010, p. 52.

⁸⁸⁰ Ferrer, J. “Una concepción minimalista y...” op. cit. p. 149.

Esta tesis jurisprudencial de la que se ha dado cuenta es vehemente criticada por Andrés Ibáñez⁸⁸¹, quien indica que es claro que “la pretensión de autonomía conceptual del principio *in dubio pro reo* frente al de presunción de inocencia resulta rigurosamente inviable, es decir, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación, sólo puede ser incondicionada afirmación del estatus de inocencia preexistente. Y ello, cualquiera que fuere la causa de ese fracaso, porque de otro modo se llegaría a la distinción inaceptable de una absolución por inexistencias de pruebas y otra solo por insuficiencia de éstas, y, como consecuencia a establecer categorías de inocentes”.

El autor –al igual que lo hace Fernández⁸⁸²- formula una profusa crítica a las decisiones jurisprudenciales españolas que realizan una falaz distinción entre el principio de presunción de inocencia y el de *in dubio pro reo*, como dotada de un fundamento ontológico, según concurra lo que sería ausencia –objetiva- de prueba de cargo, o una discrepancia sobre la valoración –subjetiva-, por tanto, en el planteamiento- de la existente⁸⁸³.

En una evolución jurisprudencial, más recientemente tanto el TS como el TC españoles han sostenido que la presunción de inocencia como regla de juicio, supone que sólo puede condenarse, si el resultado de las pruebas acredita la culpabilidad del acusado mas allá de toda duda razonable, importando al derecho español la fórmula anglosajona, evidenciando así la confusión acerca de la relación entre presunción de inocencia y estándar de prueba penal.

§162. *La crítica a las múltiples e innecesarias aristas de la presunción de inocencia.* Es necesario, pues está estrechamente vinculado con el tema abordado en este acápite, recordar que precisamente la función del estándar de prueba es la de medir la suficiencia de la justificación que el apoyo inductivo de los elementos de prueba proporcionan a las hipótesis, para declararla por probada en una determinada clase de proceso y que permiten derrotar la presunción de inocencia.

⁸⁸¹ Andrés, P. *Prueba y convicción judicial en...* op. cit. p. 85.

⁸⁸² Vid. Fernández, M. *Prueba y presunción...* op. cit. pp. 168 y ss.

⁸⁸³ Andrés, P. *Prueba y convicción judicial en...* op. cit. p. 85 “Es preciso deslindar como fases perfectamente diferenciadas dentro del proceso de análisis de las diligencias, las dos siguientes: Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas [...] Una segunda de carácter predominantemente subjetivo, para la que habría que reservar *strictu sensu* la denominación usual ‘valoración del resultado o contenido integral de la prueba’, ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, sobre la base de los cuales se forma libremente la conciencia del tribunal. En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio *in dubio pro reo*”. STS N° 168/2008, citada por Andrés Ibáñez nota n° 22.

Respecto de la vinculación de la presunción de inocencia – en la dimensión de regla de prueba- con el estándar de prueba reflexiona Ferrer⁸⁸⁴, parece discutible que las exigencias fijadas por el TC español formen parte de lo exigido por el derecho a la presunción de inocencia, pues si se afirma que el derecho a la presunción de inocencia –regla de prueba- abarca todas las subreglas referidas (1º) existencia de una mínima actividad probatoria, 2º) que pueda considerarse como prueba de cargo, 3º) suministrada por la acusación, 4º) practicada en el juicio oral y 5º) que haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales) es fácil observar que muchas de ellas se tornan en garantías irrelevantes al estar protegidas por otros derechos u otras facetas de la presunción de inocencia.

Así, la primera y la segunda se solapan con la faceta de regla de juicio, pues si se cuenta con un estándar de prueba objetivo y controlable, el cumplimiento del mismo ya supone el cumplimiento de estas primeras dos subreglas, lo que se torna palmario en la evolución jurisprudencial del TS y el TC españoles que han añadido el requisito de que la mínima actividad probatoria de cargo sea, además, suficiente⁸⁸⁵. La misión del estándar de prueba es, precisamente, determinar cuándo la prueba de cargo es suficiente para tener por justificada la condena.

En efecto, si no se cuenta con un estándar de prueba objetivo e independiente de las creencias del juzgador, la mera apelación a la suficiencia no aporta garantía alguna al justiciable, pues así se tornarían suficientes lo que quien realiza el juzgamiento “crea” que es suficiente. En cambio si se cuenta con tal estándar, estas subreglas quedan subsumidas en él.

Agrega, en lo tocante a la cuarta y quinta subreglas, que la exigencia que las pruebas sean practicadas en el juicio oral, tiene un doble sentido, por una parte posibilita la realización de las garantías procesales tales como la inmediación, la oralidad y la contradictoriedad, lo que a su turno permite que la valoración de la prueba sea realizada en condiciones óptimas y se despliegue adecuadamente el derecho a defensa y a la prueba. Esto es, mayor fiabilidad de las pruebas como equivalente a mayores posibilidades de éxito en la toma de decisión. Por otra parte, y en base a lo anterior queda igualmente subsumida esta subregla en el estándar de prueba y, además, en las exigencias del debido proceso, en la medida que el debido proceso debe ser tal que permita superar el estándar de prueba establecido por el mismo).

⁸⁸⁴ Vid Ferrer, J. “Una concepción minimalista...” op. cit. pp. 146 y ss.

⁸⁸⁵ Cfr. Miranda, M. *La mínima actividad...* op. cit. pp. 569 y ss.

Finalmente y en lo relativo a que la prueba se debe haber practicado respetando todas las garantías constitucionales, nada tiene que ver, en opinión de Ferrer con la presunción de inocencia lo que aparece palmario del análisis que se viene realizando, por cuanto que el derecho a la presunción de inocencia como regla probatoria remita a las reglas probatorias previstas por el derecho, cuyo cumplimiento exigiría, no implica que estas deban ser incorporadas al propio derecho fundamental.⁸⁸⁶

Ahora, que la carga de la prueba sea de la acusación, tercera subregla, al parecer no es una faceta diferenciable de la presunción de inocencia, pues es meridianamente claro que la culpabilidad del acusado deberá ser acreditada superando un estándar, a lo menos, más exigente que el que impera en el proceso civil y partiendo de la base que el acusado deberá ser absuelto si no se supera dicho estándar, en tanto podemos suponer que el acusado no proporcionará pruebas sólidas en su contra, la carga de demostrar la culpabilidad conforme al estándar pertinente inevitablemente recaerá sobre el acusador⁸⁸⁷.

Ferrer⁸⁸⁸ es categórico al señalar, en contra de lo que cree la jurisprudencia y gran parte de la doctrina, el derecho a la presunción de inocencia presupone la vigencia de un estándar de prueba, pero no implica estándar de prueba alguno. Se afirma que el acusado debe ser absuelto en caso de duda, pero ¿de qué duda se trata? Descarta de plano, el estado psicológico de duda que las pruebas practicadas en el proceso pueden suscitar en el juzgador, por su incompatibilidad con la valoración racional de la prueba a la vez que con una concepción garantista de la presunción de inocencia.

Igualmente descarta la duda como incertidumbre racional, pues es la otra cara de la certeza racional de los hechos sobre el mundo, la que nunca podrá ser alcanzada sobre hecho alguno y, por ende, la duda tendría siempre su espacio y conllevaría a la necesaria absolución.

Se decanta, entonces, por un cierto grado de duda racional sobre la verdad de una hipótesis fáctica, complementario al grado de corroboración de la misma. Esta opción, empero, deja abierta la cuestión de qué grado de duda sobre la

⁸⁸⁶ Los pactos establecen como exigencia que la culpabilidad que derrote la presunción de inocencia haya sido declarada conforme a la ley, lo que implica que no basta una condena amparada en el “todo vale”, sino que la declaración de culpabilidad debe ser el resultado de un proceso judicial respetuoso de todas las garantías reconocidas por el derecho. No obstante lo anterior, existe un paso más, que no es el acertado y que implica interpretar que la presunción de inocencia misma incorpora, en consecuencia, esas garantías. Así, y en mérito de esta interpretación *todas* ellas se constitucionalizan, adquieren rango de derecho fundamental. Vid Ferrer, J. “Una concepción minimalista...” op. cit. p. 146-147.

⁸⁸⁷ Laudan, L. “Por qué un estándar...” op. cit. p. 112.

⁸⁸⁸ Ferrer, J. “Una concepción minimalista...” op. cit. pp. 152 y ss.

hipótesis de la acusación en un proceso penal es compatible con la condena del acusado. La presunción de inocencia como regla de juicio, expresión del *in dubio pro reo*, nada dice sobre el grado de duda racional admisible, esto es, sobre el estándar de prueba que deberá utilizarse en el proceso penal, pero si presupone que se dispone de un estándar de prueba cuya aplicación sea intersubjetivamente controlable, para hacer viable la función de garantía de la presunción de inocencia.

Lo relevante del análisis de Ferrer es que si no se dispone de un estándar de prueba objetivo y controlable, la presunción de inocencia como regla de juicio no podrá ser operativa, pues no se sabe frente a qué resultado probatorio el ciudadano tendrá derecho a una declaración de inocencia, o su antípoda, cuál es el umbral que deberá colmar el acusador para obtener una sentencia de condena. De lo contrario la aplicación de la presunción de inocencia como regla de juicio es enteramente inviable.

Es posible concluir, plantea Ferrer⁸⁸⁹, que una vez establecido el estándar, cuya determinación está exigido por la presunción de inocencia, pero no se deriva de ella, en cuanto a su nivel de exigencia probatoria, la presunción de inocencia como regla de juicio ya no tiene otra función, o en otros términos, una vez determinado el nivel de duda racional, compatible con la condena del acusado, ya no queda espacio para el *in dubio pro reo*. Sin embargo, replica que por preciso que sea el estándar de prueba que se adopte, siempre quedará un margen de vaguedad sobre el mismo y en estos supuestos se hace necesaria una regla de segundo orden, que determine qué debe realizarse en caso de duda sobre el cumplimiento del estándar, siendo éste el momento de la presunción de inocencia como *in dubio pro reo*, el que obliga insoslayablemente, en caso de duda sobre el cumplimiento del estándar, a absolver al acusado.

Entonces, la real garantía del acusado en el proceso penal será la existencia de un estándar objetivo y controlable, con el cual deberá ser confrontada la prueba que sustenta su condena y que deberá estar establecido con anterioridad. Por ello la justificación de la sentencia condenatoria deberá incluir lo relativo al estándar de prueba, que deberá ser explicitado al igual que la forma en que éste ha sido superado y derrotada la presunción de inocencia.

⁸⁸⁹ *Ibidem.* p. 153.

4.- Crítica a la concepción de la libre valoración y el estándar de prueba como blindaje al control

§163. *La interpretación del estándar de prueba.* Interesa acá someramente destacar los efectos de la concepción subjetiva del estándar de prueba, porque después de haber intentado desenmarañar lo que la libre valoración racional implica, tal esfuerzo se torna baladí si no se entiende, configura y aplica correctamente el estándar aludido y se le reduce a puro subjetivismo, pues como sentencia preclaro Igartua⁸⁹⁰, “[d]e poco valdría haber conquistado un criterio objetivo si, luego, no lo blindamos para evitar una recaída en la subjetividad (...). Obviamente es necesario *formular* correctamente el estándar probatorio del ‘más allá de toda duda razonable’, pero quizá eso no sea suficiente, pues, además: primero se precisa *entenderlo* rectamente; luego *aplicarlo* adecuadamente; y, finalmente, como corresponde a un estándar que se precie de objetivo, hay que arbitrar algún mecanismo para *controlar* si ha sido manejado o no como es debido por el órgano judicial de turno”.

Es recurrente el uso en los sistemas romano-germánico del estándar de la íntima convicción, conforme al cual “quien sostenga la acusación en un proceso penal debe producir prueba hasta el nivel de causar la convicción firme del juzgador respecto de la ocurrencia de un hecho delictivo y la autoría del acusado. No se especifica mucho más acerca del concreto nivel probatorio”⁸⁹¹.

La fórmula de la convicción firme, remite a las certezas, lo que resulta impracticable y por otra parte, parece apelar a las creencias del propio juzgador de los hechos y establece así una conexión necesaria entre lo que la prueba es y lo que el juzgador cree que es, lo que nos adentra en el plano de lo inefable. Siendo esta construcción un estándar que apela a las creencias del sujeto que decide, tiene un carácter subjetivo lo que impide desplegar el adecuado control a través de los recursos creados para tal fin, entre los que puede incluirse la nulidad del CPP chileno.

En un intento de objetivar el estándar se ha recurrido a la fórmula anglosajona de más allá de toda duda razonable. Sin embargo de lo anterior, los autores⁸⁹² reconocen la dificultad de que ésta fórmula supere los problemas

⁸⁹⁰ Igartua, J. “Prolongaciones a partir de...” op. cit. p.146.

⁸⁹¹ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 144.

⁸⁹² Ferrer, J. “Los estándares...” op. cit. pp. 5-6, *La valoración racional...* op. cit. p. 144 y ss., Igartúa, J. “Prolongaciones a partir...” op. cit. pp. 141 y ss.; Fernández, M. “La valoración de...” op. cit. pp. 2 y ss.;

anunciados y por su indeterminación –y a falta de un criterio de razonabilidad de las dudas-, existe una tendencia en la praxis de seguir operando en clave subjetivista.

En el caso italiano apunta Taruffo⁸⁹³, que la tradicional y recurrente cláusula de la “certeza moral” como estándar de decisión sobre los hechos requeriría una precisión: “Éste se puede limitar aquí a observar como aquélla tiende a introducir una noción impropia y discutible de ‘certeza’: por un lado, si el juez hubiera obtenido realmente un convencimiento cierto sobre los hechos, no sería necesario calificarlo con el adjetivo ‘moral’, pues éste indica que, en realidad, el convencimiento no es realmente cierto; por otro lado, el adjetivo ‘moral’ parece aludir a la naturaleza puramente subjetiva de la certeza, que debería estar fundada más sobre la ética individual del juez que sobre bases racionalmente controlables. Se trata, en sustancia, de una expresión elusiva, ambigua y engañosa, precisamente porque alude a la certeza cuando en realidad ésta no existe”, aclarando que es una de las interpretaciones ínsitas en el libre convencimiento, que se basa en que el juez es libre para fundar su decisión sobre los hechos en su *intime conviction* o en algo así como la “certeza moral”, mientras que otras interpretaciones que son bastantes menos subjetivistas, tratan que el juez se sirva de reglas y métodos racionales en el ejercicio de sus poderes discrecionales y que en éstos últimos se inscriba el estándar de prueba penal (más exigente que el de la preponderancia de la evidencia) y que constituye el de la prueba más allá de toda duda razonable.

§164. *Críticas a la aplicación del estándar de prueba en Chile como blindaje al control.* En Chile se ha consagrado positivamente la fórmula anglosajona del estándar de más allá de toda duda razonable en el artículo 340 del CPP, el que fue incorporado en la legislación positiva chilena recién el año 2000, con el advenimiento de la reforma procesal penal.

Este estándar de prueba, que es conciliable con la existencia de dudas, resulta acorde con el sistema de libre valoración de la prueba. Sin embargo, hasta aquí pueden afirmarse las bondades del estándar de prueba penal por el que optó el legislador, pues éste es del todo indeterminado, oscuro y lagunoso, aun en

Gascón, M. “Sobre la posibilidad de...” op. cit. pp. 127 y ss.; Laudan, L. “Por qué un estándar...”, op. cit. pp. 95 y ss.

⁸⁹³ Taruffo, M. “La prueba científica en el proceso civil” en VVAA *Estudios sobre la prueba*, (traducción de Daniel González Lagier y Mercedes Fernández), Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2006, p.141, nota, 16.

aquellos países en que tiene una tradición de larga data, como fue someramente aludido con precedencia.

De esta forma, no advirtió el legislador que la imprecisión del estándar no permite establecer con claridad cuál es ese grado de duda tolerable o qué clases de dudas son conciliables con la condena, por lo que en la práctica se le interpreta y aplica con un marcado tinte subjetivista, remitiendo su formulación, en la gran mayoría de los casos, a la “certeza moral”.

La anterior afirmación es de gran trascendencia, pues en el intento de objetivar el estándar de prueba, se le niega toda función normativa, ya que se le reduce e identifica con la obtención de certezas por parte de quien efectúa la valoración, es decir, se estima que es suficiente para tener por probado determinado enunciado de contenido fáctico, lo que el adjudicador concluya que es suficiente y se transforma, de esta manera, en un conocimiento subjetivo e inefable, blindado a toda posibilidad de control.

El máximo tribunal chileno, ha señalado por ejemplo, en una clara alusión a la naturaleza subjetiva de la valoración y estándar de prueba: *“Es así como la convicción del tribunal, más allá de toda duda razonable, sobre la perpetración de un delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimientes llamados a conocer de una determinada materia, sin que esta Corte tenga la facultad de anular, por ese motivo, el juicio que ellos han sido llamados a resolver, ya que dicha decisión emana del ámbito de su propia conciencia, previo un conocimiento exhaustivo y directo de los hechos”*⁸⁹⁴.

De los fallos más recientes, se puede apreciar que el máximo tribunal ha reconducido el conocimiento de la causal de nulidad del artículo 374 letra e) al análisis de la suficiencia o insuficiencia de la prueba de cargo y, en efecto, realiza un esfuerzo por aplicar el estándar penal existiendo por estos días un mayor desarrollo. El déficit está, no obstante, en la falta de articulación acabada de un estándar objetivo con que confrontar la aludida suficiencia o insuficiencia de la prueba.

En este contexto, resulta muy interesante el pronunciamiento de la Corte Suprema de diciembre de 2012⁸⁹⁵, por cuanto consigna que el fallo del tribunal de fondo decidió que la prueba era suficiente para la condena, conclusión que fue desestimada por el máximo tribunal acogiendo el recurso. Se señaló: *“Que de la*

⁸⁹⁴ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 12 de junio de 2007, Rol N° 1.646-07.

⁸⁹⁵ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 12 de diciembre de 2012, Rol N° 7009-2012.

síntesis se concluye que los peritos se refieren al hecho y que, a lo sumo, pueden servir de contexto para establecer la intervención de sujetos en el hecho, pero sin individualizarlos, por lo que la imputación contra Carvones se apoya sólo en los dichos de Castillo, Acevedo, Cumilaf y Bustamante, quienes como ya se anticipó y contrariamente a lo que se aduce en el fallo, no dijeron haber visto al acusado, tampoco que lo hicieran a corta distancia y no dieron detalles sobre su descripción física. Lo único que describieron –y solo los tres primeros-, fue la vestimentas de Carvones”.

Añade *“Pero, ¿es posible, sin contradecir la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tener por reconocido a un sujeto, sólo por determinadas prendas de vestir?*

Y agrega *“Pero eso es todo lo que existe en los razonamientos del fallo, un indicio que no es tampoco unívoco, porque amén que la ropa corriente se vende en forma masiva, es también susceptible de ser cambiada entre un sujeto y otros y era allí donde la descripción física era relevante para poder afirmar tal indicio, pero como se adelantó, la descripción física tampoco es detallada como se afirma por los jueces: ‘era más alto que sus acompañantes’ (Castillo), ‘destacaba por su estructura física por cuanto era alto y delgado’(Acevedo), ‘por su estructura física que sobresalía del resto de las personas que llegaron con él’(Cumilaf)”.*

Este fallo es, a mi juicio, relevante por cuanto la Corte realiza un detallado análisis de la valoración realizada por los jueces del tribunal oral, dando cuenta de inconsistencias entre lo que concluyen y aquello que afirmaron los testigos y porque, además, el indicio que está constituido por el reconocimiento que del acusado realizan los policías, no es suficiente para dar por acreditada su participación⁸⁹⁶.

Si se continúa con la mera alusión por parte de los tribunales a la superación del estándar de la duda razonable, para dictar sentencia condenatoria, sin realizar esfuerzos por articular la interpretación de una teoría de razonabilidad de las dudas en clave cognoscitiva⁸⁹⁷, es imposible que podamos hablar de un adecuado control del material fáctico, pues los esfuerzos por aplicar el método racional de

⁸⁹⁶ También es de destacar que la decisión fue adoptada por mayoría, pues dos miembros de la Corte, estuvieron por el rechazo argumentando: *“por cuanto estimamos que la sentencia impugnada satisface las exigencias (...) en particular en cuanto a la forma en que se tuvo por cierta la intervención del imputado en el delito, sin que se advierta en los razonamientos de la decisión que se hayan infringido los parámetros señalados por el legislador, sino que, por el contrario, son de opinión los disidentes, que la defensa sólo ha cuestionado la ponderación que de los elementos incorporados por el prosecutor hicieron los juzgadores, tarea en la que ellos actúan de modo soberano y que no es revisable por esta vía”*. Volviendo de esta manera de lleno al subjetivismo, distanciándose de los intentos por erradicarlo.

⁸⁹⁷ Cfr. Accatino, D. “Certezas, dudas y propuestas en...” op. cit. pp. 505 y ss.

corroboración y refutación de hipótesis, la justificación de las inferencias utilizadas y de la elección de la respectiva regla de conexión y su explicitación, serán estériles, ya que en este segundo momento de la decisión sobre la prueba, se producirá un retorno al sistema del íntimo convencimiento.

Por lo anterior, resulta ineludible para la existencia de un adecuado control la elaboración del estándar de prueba en clave de racionalidad.

5.- Éxito del modelo de libre valoración, motivación y estándar de prueba: ¿un sistema pleno?

§165. *La libre valoración y la motivación*⁸⁹⁸. En el CPP chileno se puede apreciar que existe una alusión expresa al sistema de libertad de prueba, pues se dispone que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley. Establece de esta manera el principio de inclusión, lo que se aviene igualmente con que el gran filtro en la conformación de elementos de juicio, es la pertinencia/relevancia, según se expresa en la norma que rige la audiencia en que se depura la prueba que conforma el conjunto de elementos de juicio, primer momento de la actividad probatoria, que está guiado, primordialmente, por el derecho.

En el entramado normativo presente en el CPP chileno se contempla la disposición que prescribe que la prueba deberá ser apreciada con libertad, pero que en esta tarea valorativa el juez de los hechos deberá ser cuidadoso de no contravenir los principios de la lógica.

Se descartó la referencia de la lógica a lo comúnmente lógico⁸⁹⁹, así como su reducción a los cuatro principios de pensamiento, descarte que va asociado, a su turno, a la asunción del método de corroboración de hipótesis o de probabilidad inductiva. Este método permite, mediante la justificación de una proposición fáctica que describe un evento que no es directamente observable, basándose en la constatación, a través de la observación directa, de hechos, que dados nuestros conocimientos previos acerca del mundo (normalmente generalizaciones empíricas), tendrían que haberse producido si esa proposición fuera verdadera.

⁸⁹⁸ Sin perjuicio de lo que acá se aluda, la motivación será tratada con más detalle en el acápite final de este capítulo e investigación.

⁸⁹⁹ En el capítulo segundo de este trabajo se analizó lo relativo a la referencia legal a los principios de la lógica reconduciéndolos a la inferencia inductiva o contrastación de hipótesis, excluyéndose de esta forma lo que “comúnmente” se entiende por lógico o “normal”.

Se asume hipotéticamente que el hecho sucedió, para, con apoyo en la referidas generalizaciones empíricas, derivar que ciertos eventos debería haber tenido lugar (declaración del testigo, hallazgo de las huellas, coincidencia del perfil genético de ADN), si ese hecho efectivamente ocurrió.

Lo que se persigue mediante la imposición de no transgredir los principios de la lógica, es respetar el razonamiento efectuado conforme al modelo ya referido y no sólo dar cuenta de la corrección o incorrección formal de las estructuras deductivas e inductivas a que se recurra en la valoración, según fue analizado.

La norma positiva señala igualmente, que el juzgador debe ser respetuoso de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados, lo que se vincula con la solidez epistémica de estas reglas de conexión, que permiten formular la relación entre un elemento de prueba y una hipótesis, o con la posibilidad de que el tribunal se apoye en razones intersubjetivamente aceptables, ya sea porque de acuerdo a las máximas de la experiencia, es aquello que corresponde a la normalidad *-id quod plerumque accidit-* o se sustenta en conocimientos validados por la comunidad científica de referencia.

A su turno, la legislación procesal penal exige que la sentencia debe contener la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren favorables o desfavorables al acusado y de la valoración de los medios de prueba realizados con observancia de lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos. Esta exigencia normativa plasma en la legislación, la obligación del juez de justificar la decisión de tener por probadas determinadas conclusiones probatorias e implica dar cuenta de las inferencias que se hubieren realizado en el marco del modelo de corroboración de hipótesis, las que en ningún caso podrán demostrar la verdad de una hipótesis, sino que sólo la confirman en un cierto grado.

Finalmente se establecen además otras intensas exigencias respecto de la motivación, entre las cuales está la de reproducibilidad de razonamiento empleado por el juez para alcanzar las conclusiones sobre los hechos probados, lo que presupone descartar de plano que “el juez exteriorice el *iter* lógico, incluso psicológico por el que ha llegado a la adopción de la decisión. Este modo de concebir la motivación es francamente erróneo”⁹⁰⁰. Lo que se requiere es la posibilidad de rehacer el camino analítico y dialéctico que vincula a los elementos

⁹⁰⁰ Alexy, R. y Andrés, P. “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia” *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 35.

probatorios aportados al proceso con los enunciados fácticos que el tribunal declara probados.

La exigencia normativa no explícita en qué consiste el recurso a la lógica, la utilización de las máximas de experiencia o de los conocimientos científicos. Dicha precisión debe buscarse fuera del derecho, en las normas de la racionalidad general, pues nos encontramos en el segundo momento de la actividad probatoria de los preconizados por Ferrer⁹⁰¹, esto es, el de valoración de la prueba en sentido estricto, ámbito donde deben campear profusamente las normas de la epistemología, pues el razonamiento que se realiza por el juez en nada difiere de aquél que se lleva a cabo en el ámbito del conocimiento científico.

Es posible concluir con lo que hasta acá se ha dicho, que el CPP chileno ofrece una detallada regulación, al menos por lo que respecta a la etapa de conformación del conjunto de elementos juicio y al momento de la valoración de la prueba en sentido estricto, lo que puede ser vinculado directamente con la exigencia de fundamentación de las sentencias en orden a la necesidad de plasmar un razonamiento reproducible y completo, que se haga cargo incluso de la prueba desestimada.

La circunstancia de no explicitar qué se entiende por transgresión a los cánones de racionalidad o el alcance de la exigencia de hacerse cargo de toda la prueba rendida o las condiciones de las que depende que el razonamiento probatorio expresado en la sentencia sea reproducible, no constituye a juicio de Accatino⁹⁰² un “defecto de nuestra legislación procesal penal. Por el contrario, ella expresa en realidad, de modo por completo coherente con la tradición sobre la prueba judicial de la que el Código se nutre, (...) una remisión a los criterios generales del conocimiento empírico”. Añadiendo que respecto al razonamiento probatorio “para nuestro Código, como para Bentham, ‘*the field of evidence*’ debe ser simplemente ‘*the field of knowledge*’ y que en ese terreno debieran situarse fiscales y defensores al presentar y discutir sus pruebas, y en el mismo ámbito debieran situarse los jueces al valorarlas y justificar su decisión”.

§166. *La definición normativa del estándar de prueba en Chile.* El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios chileno⁹⁰³, hasta aquí puede calificarse como un sistema pleno, que provee un adecuado soporte normativo a la

⁹⁰¹ Ferrer, J. *La valoración racional...* op. cit. p. 91.

⁹⁰² Accatino, D. “El modelo legal de...” op. cit. pp. 124-125.

⁹⁰³ Tomo la expresión de Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. pp. 119 y ss.

hora de motivar, esto es, justificar la decisión del juez de tener por acreditadas las hipótesis fácticas de las partes a la luz del sistema de corroboración de hipótesis, el que debe ser integrado adecuadamente con las reglas generales de la epistemología. A pesar de lo anterior, y de que el CPP chileno se decanta por establecer positivamente el estándar anglosajón de más allá de toda duda razonable, tal decisión normativa no cierra la cuestión sino que, muy por el contrario es fuente inagotable de dudas, críticas y cuestionamientos.

Es necesario recordar que la metodología de grados de corroboración habilita para atribuir probabilidad inductiva a la hipótesis sobre los hechos, esto es la “evaluación de las distintas hipótesis plausibles imaginables (o de las efectivamente planteadas por las partes en el proceso), de las predicciones que permiten formular, la constatación del cumplimiento o incumplimiento de esas predicciones, etc. posibilita al juez la determinación de la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, dados los elementos de juicio disponibles”⁹⁰⁴ y ello es lo que hace viable la consagración positiva del sistema de libertad de prueba y de valoración racional, conjuntamente con las fuertes exigencias de motivación prescritas en los artículos 297 y 342 letra c) del CPP.

Sin embargo, para poder decidir si se considera probada una hipótesis sobre los hechos es necesario un paso adicional: es imprescindible fijar el umbral a partir del cual se acepta una hipótesis como probada. El código chileno ha realizado ese paso al establecer como estándar de prueba penal el de más allá de toda duda razonable, lo que es coherente con que en este tercer momento, el de la decisión, el derecho vuelve a ser protagonista, pues es una decisión política que está sesgada por los especiales valores en juego en el juzgamiento penal, se trata, entonces, de la fijación del estándar de prueba que insoslayablemente lleva implícito la preferencia por una forma determinada de distribución del error.

Así, sin perjuicio del recurso a un estudio teórico que ayude a la definición de las características del estándar de prueba, el nivel donde debe ser situado constituye una decisión de política criminal, que debe ser adoptada por la sociedad en su conjunto conforme las reglas del juego democrático.

Respecto del sistema que se ha consagrado en el código, lo único claro es que es exigente e, indiscutiblemente, más exigente que el estándar civil de preponderancia de la evidencia, pero hasta allí llegan las certezas, el resto del camino es lagunoso y oscuro.

⁹⁰⁴ *Ibidem.*

§167. *Antecedentes del estándar de prueba en Chile.* Al discutirse la fórmula en el parlamento se tuvo entre sus fuentes el artículo 456 bis del CdPP⁹⁰⁵, que remitía a “*la certeza moral absolutoria y a la certeza legal condenatoria*”, lo que contagió el análisis y su aplicación, y el del todo el sistema valorativo conforme a la sana crítica, según se estudió con precedencia.

Se indicó en dicha tramitación que la “Comisión Mixta tuvo presente que el estándar de convicción *más allá de toda duda razonable* es propio del derecho anglosajón, y no del europeo continental, por lo que resulta una novedad también para el ordenamiento jurídico chileno. Sin embargo, es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes. En razón de lo anterior se reemplazó la frase *la suficiente convicción* por la oración *mas allá de toda duda razonable*”⁹⁰⁶.

No voy a reproducir aquí todo el análisis que se trajo a colación (en este mismo capítulo), fundamentalmente siguiendo a Laudan y Ferrer, respecto de la indeterminación del estándar, que al congreso chileno le pareció “suficientemente decantado”⁹⁰⁷ y con la virtualidad de “eliminar las discusiones relativas al grado de convicción”, pero me parece necesario reiterar que este estándar -en extremo poroso- provoca ineludiblemente el retorno al subjetivismo, que el modelo legal de fundamentación chileno pretendía conjurar.

La interpretación en clave subjetiva del estándar de prueba, le niega su función normativa y equivale al retorno en pleno del subjetivismo, porque de este modo, el estándar equivaldría a que cuenta como suficiente justificación la que el tribunal estima que es suficiente.

Lo anterior trae aparejadas sendas dificultades a la luz del modelo legal de justificación de los enunciados probatorios, pues en primer término las creencias no se pueden motivar, esto es, no será posible la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que los jueces llegaren en la sentencia, lo que, por ende, tornará este razonamiento en incontrolable por un órgano distinto del que pronunció su decisión acerca de los hechos probados.

⁹⁰⁵ Pfeffer, E. op. cit. pp. 340 y ss. nota 413.

⁹⁰⁶ *Ibidem.*

⁹⁰⁷ La afirmación de que se trata de un concepto suficientemente decantado al parecer se realizó en sintonía con lo que prescribía el artículo 456 bis del CdPP, el que apela a la convicción, a las creencias, a los pareceres de quien decide la condena penal.

5.1.- La disminución de la arbitrariedad

§168. *Los porqués de los denodados esfuerzos encontrar un estándar de prueba objetivo.* No constituye un mero ejercicio intelectual o académico esta incesante búsqueda, sino que ello tiene una dimensión práctica, pues si se cuenta con un estándar objetivo, éste claramente conjuraría contra la arbitrariedad y el decisionismo.

Nuestra jurisprudencia no ha realizado el trabajo que, a su turno, le compete: subsanar el déficit presente en el modelo legal según se ha dado cuenta. Así, se ha resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción⁹⁰⁸ que “(...) *el fallo recurrido en su considerando 22 deja establecido que sólo se cuenta con una prueba de cargos directa, cual es la declaración de la propia menor víctima del delito por el cual se acusa al imputado, sin embargo esa prueba directa presenta falencias que, como se ha reseñado, el fallo se encarga de describir acertadamente, por lo que los sentenciadores no logran formar convicción, mas allá de toda duda razonable, de la participación del encartado en los hechos que se le imputan, motivo por el cual le absuelven de los cargos formulados en su contra*”.

Añade la sentencia que “[n]o resulta razonable pretender que, con una prueba como la rendida en el juicio oral por la Fiscalía, se pueda destruir la presunción de inocencia: la prueba de cargos deja muchas dudas respecto de cómo, cuándo y en que condiciones habrían ocurrido los hechos, así como de la real participación del encartado en los mismos”, por lo que concluye rechazando el recurso de nulidad que interpone el acusador contra la sentencia de absolución pronunciada por el tribunal de fondo.

Se trata entonces de un tema de suficiencia probatoria y frente al pronunciamiento de la Corte, es válida la pregunta cuál es el parámetro o baremo con la que debe confrontarse la suficiencia o insuficiencia de los elementos de juicio, para estimar acreditada la hipótesis de la acusación a través de la adecuada justificación de estos criterios que deben explicitarse en la motivación.

En otro pronunciamiento, la Corte de Apelaciones de Copiapó⁹⁰⁹ rechazando un recurso interpuesto por la defensa y que precisamente apuntaba a la

⁹⁰⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 23 de noviembre de 2009, Rol N° 530-2009, citada por Peña, S. op. cit., pp. 134 y ss.

⁹⁰⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de fecha 12 de febrero de 2010, Rol N° 321-2009, citada por Peña, S. op. cit. pp. 82 y ss.

suficiencia de la prueba para condenar, constituida por las declaraciones como testigos de “oídas” de los policías aprehensores, afirmó *“Tal es así que este estado de convencimiento del tribunal, más allá de toda duda razonable, sobre la perpetración de un delito es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimientes llamados a conocer de una determinada materia sin que la Corte tenga la facultad de anular, por ese motivo, el juicio que ellos han sido llamados a resolver, ya que dicha decisión, emana del ámbito de su propia conciencia, previo un conocimiento exhaustivo y directo de los hechos”*

Agrega el fallo *“Esta calificación efectuada finalmente, que el recurrente estima gravosa para sus intereses, no invalida por cierto ni el juicio ni la sentencia, por tratarse ésta de una atribución que es privativa del tribunal de mérito, adoptada luego de debate público y contradictorio, que escapa al control de esta Corte a través del presente recurso (...)”*.

Esta sentencia de la Corte, además de no acudir a criterios objetivos y determinados que sirvan para medir la justificación de la suficiencia de la prueba para condenar, reduce la duda razonable a la convicción que la prueba produjo en el juez de los hechos.

La reflexión que deviene de la lectura de los considerandos que se han traído a colación, de sendos fallos de tribunales de nulidad, es que si no se delinea con claridad la frontera que separa la suficiencia de la insuficiencia de los elementos de juicio para entender derrotada la presunción de inocencia, es imposible determinar si la prueba ha superado el estándar de más allá de toda duda razonable, que no lo equipare a las propias creencias de quien adjudica.

Resulta imposible, a su turno el control que pretende realizar el tribunal de nulidad, pues por mucho que realice esfuerzos para determinar si la valoración de la prueba se ha ajustado a lo que previenen los artículos 297 y 342 letra c), que plasman en el código el sistema de libertad de prueba y recurso a las reglas de la epistemología general, ello constituye una primera etapa, dejando así trunco el análisis de la justificación, por no contar con criterios que determinen el estándar que se aplicó.

Si las conclusiones a que se arriba y que determinan si se ha superado el estándar penal y derrotado la presunción de inocencia, no poseen un referente objetivo con qué contrastar tal decisión y en último término se termine consultado el íntimo parecer o epifanía inefable tanto del propio juez de mérito, como de quien

hace el control, cada uno teniendo como espejo únicamente lo que le indica su conciencia, el control es de lleno impracticable.

§169. *La necesidad y posibilidad de la objetiva confrontación.* Es posible encontrar un derrotero por donde alejarse del decisionismo y el voluntarismo, pues en las decisiones jurisprudenciales que se analizaron, perfectamente se podría haber llegado a la solución inversa, invocando igualmente el respeto o vulneración de los cánones de racionalidad y la superación o pervivencia de la duda razonable, pues sin articular esfuerzos en pos de un estándar objetivo, las argumentaciones dadas son aplicables a una u otra conclusión. Son suficientes las declaraciones de los tres policías como testigos de oídas o son insuficientes en base a lo que mi propia e íntima conciencia me dicte o es suficiente para condenar en un delito sexual la sola declaración de la víctima o ello es insuficiente, según sea mi íntimo parecer.

La verdadera “garantía” en el proceso penal, es entonces, el estándar objetivo de prueba, que le indique al justiciable, que ha sido condenado por el Estado, en base a una decisión que ha superado los *test* estructurados en pos de la consecución de su corrección. Es necesario que el condenado sepa con certeza cuál es el umbral que superó el acusador para lograr la condena y lo conozca de antemano.

Es aquí donde cobran relevancia práctica, las propuestas que realiza la doctrina (aunque se realicen únicamente en el plano descriptivo), que elaboran estándares racionales de prueba en materia penal, cuyo sesgo común es que se trata de estándares objetivos, es decir, independientes de las creencias del juez de los hechos, e intersubjetivamente controlables por un órgano distinto de quien valora. Así la propuesta de Ferrer⁹¹⁰, que si bien es un estándar exigente, define una metodología que debe seguirse y cumplirse, para estimar que se ha acreditado, más allá de toda duda razonable, la hipótesis de la acusación y que le permitirá a la defensa confrontar la decisión con el estándar preestablecido, y a su turno, pedir la revisión por la Corte si cree que se ha errado en la realización de los *test* y aquél no se ha colmado. En la misma línea va el estándar propuesto por Accatino⁹¹¹.

⁹¹⁰ Ferrer, J, *La valoración racional de la...* op. cit. p. 130 y “Una concepción minimalista y garantista de...” op. cit. pp. 24.

⁹¹¹ Cfr. Accatino, D. “Certezas, dudas...” op. cit. pp. 502 y ss. donde realiza una propuesta de interpretación normativa del estándar de más allá de toda duda razonable.

Laudan⁹¹² a su vez realiza una propuesta para el derecho anglosajón que resulta también aplicable a nuestro proceso penal, cuya ventaja pone de relieve y que consiste en que no pide al jurado que entre en un meta-análisis de su propio grado de confianza respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado.

Puede que estos estándares traídos a colación no sean suficientes para, en la praxis, satisfacer a los operadores, sin embargo, ellos exhiben la ventaja anotada por Laudan, y ya sea que se recurra a éstos o a cualquier otro que cumpla con las condiciones mínimas señaladas, será abismalmente mejor que depender de las creencias íntimas e injustificables del juez de los hechos y, por ende, incontrolables.

Si contamos, entonces, con estándares objetivos, podrá cerrarse el círculo del modelo legal de justificación de la declaración de hechos probados, el adjudicador tendrá que señalar algo más, que la prueba conforme o con infracción de los cánones de racionalidad del artículo 297, fue suficiente o insuficiente para condenar. Deberá justificar cómo se han colmado los respectivos *test*, para la derrota de la presunción de inocencia y su decisión será, por fin, alejada de la arbitrariedad y, además, controlable por el tribunal de nulidad.

5.2.- Modelo persuasivista/ modelo racional y el estándar de prueba

§170. *El rol del estándar de prueba en el modelo racional.* Se sostiene que el modelo racional de valoración propugna, para el examen de la prueba, el método de probabilidad inductiva, que implica la determinación del grado de apoyo inductivo que los elementos de juicio aportan a la hipótesis, en que se trata de evaluar las relaciones de corroboración entre los elementos de juicio que aportan las evidencias disponibles (declaración de testigos, pericias de ADN, evidencia material: cuchillo ensangrentado en lugar del crimen, etc.) y la hipótesis sobre los hechos que sustenten los intervinientes.

Lo anterior contrasta absolutamente con el sistema que apela a la íntima convicción, como fórmula para tener por acreditada una determinada hipótesis sobre los hechos, ínsita en el modelo intimista o persuasivo.

En el primero, como nos movemos en el plano de la incertidumbre procesal, esas relaciones de corroboración se expresan como inducciones probabilísticas

⁹¹² Laudan, L. “Por qué un estándar...” op. cit. p. 107.

que no pueden demostrar la verdad de la hipótesis, sino que sólo la confirman como una explicación posible respecto de lo sucedido, lo que nunca podrá excluir otras hipótesis sobre los mismos hechos, que igualmente los expliquen.

En el sistema intimista la decisión sobre la prueba acontece, en cambio, mediante el contacto directo del adjudicador con la prueba que se rinde ante él y ésta provoca, a su turno, una convicción instantánea, mágica e inefable, pues si lo que importa es producir la convicción judicial, entonces el mejor método para conseguir esa convicción será la inmediación, sin embargo, como ya se analizó, lo anterior tiene una cara que implica la imposibilidad de control del razonamiento judicial, pues el tribunal que presenció la prueba, que produjo en él un estado de convencimiento inexpugnable, estará siempre en una mejor posición epistémica que aquél que pretende revisar esta convicción.

En cambio en el sistema racional, que reconoce una versión débil de la inmediación, este principio sólo tiene por objeto garantizar la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales durante todo el *iter* del juicio oral, y cuya infracción se sanciona normalmente en los sistemas de enjuiciamiento penal con nulidad y ello como mejor método para alcanzar la verdad, reconociendo así la dimensión epistemológica del proceso.

Esto se aviene con la concepción objetiva y determinada del estándar de prueba en materia penal, pues deja de lado las impresiones que puede provocar en el adjudicador el contacto con los medios de prueba, pues deben ser satisfechos racionalmente los dos momentos de la valoración de la prueba.

En el sistema racionalista de la prueba se plantea la exigencia de una muy detallada motivación judicial sobre la decisión adoptada, la cual representa una justificación en sentido estricto, que se basa en los elementos de juicio disponibles en el proceso, que permitan corroborar en forma suficiente la hipótesis aceptada como probada, en los términos de los artículos 297 y 342 letra c) del CPP.

Lo anterior incluye lo relativo al estándar de prueba, es decir, que se justifique, mediante la realización de los procedimientos que impliquen satisfacer los *test* que componen el estándar objetivo por el que se ha optado y que permitan justificar, que la prueba es suficiente para condenar, más allá de toda duda razonable, en los términos del artículo 340, es decir, que se ha derrotado la presunción de inocencia⁹¹³.

⁹¹³ “[H]ay ausencia investigativa y una valoración de la prueba al margen de las reglas de la lógica cuando, existiendo antecedentes de una condena y prisión preventiva del imputado en los años 2007 y 2008, no existió ningún esfuerzo investigativo para delimitar los tiempos en que tuvo lugar la privación de libertad y el

Dista mucho lo anterior del sistema persuasivo, en que la motivación es imposible, pues las creencias no pueden justificarse, son algo que nos sucede –no racional-. Así, expresar las causas de una creencia, en el caso de que se pueda hacer, es algo muy distinto de justificar una decisión. En análoga posición se encuentra la decisión sobre el estándar de prueba, pues si éste implica que la hipótesis está acreditada o ha sucedido, cuando el adjudicador se ha convencido íntimamente de que ello acaeció, resulta imposible de motivar y justificar.

El control de la decisión sobre los hechos es algo que deviene natural del método cognoscitivista, pues se ha valorado la prueba racionalmente mediante la corroboración y refutación de hipótesis y se recurre a una versión débil de la intermediación. La motivación detallada, que no es la reproducción del *iter* mental del sentenciador que lo motivó a concluir determinada hipótesis, posibilita el control que sobre la valoración de la prueba y la decisión de los hechos probados se realice por un tribunal distinto, en el sistema chileno por las Cortes Suprema y de Apelaciones por el cauce del recurso de nulidad.

II.- La motivación. Elemento definitorio de un sistema racional de valoración de la prueba

§171. *Circunscribiendo el ámbito de la motivación.* A fin de desterrar los resabios de una interpretación subjetivista, que todavía pervive en la praxis, respecto de esta precondition y que impacta en la concepción del control a través del recurso que constituye la base de este esfuerzo, es necesario delinear qué es la motivación en un sistema valorativo de corte epistemológico.

período en que habrían ocurrido las agresiones sexuales y contrastar ambos tiempos. Ello resultaba imprescindible para dotar a la exposición de los hechos de lógica interna y de congruencia y despejar toda duda razonable de participación del acusado en los términos en que lo exige nuestro ordenamiento jurídico". Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 21 de julio de 2014, Rol N° 1640-2014, en cuyo razonamiento podría identificarse uno de los *test* que componen el estándar de prueba propuesto por Ferrer y Accatino, esto es, que se hayan refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado.

Igualmente constituye un ejemplo que se podría asimilar a uno de los *test* del aludido estándar, el siguiente razonamiento: "(...) y por ello, en forma libre han llegado a la convicción que los hechos ocurrieron en la forma que describe y por ello absuelve desde que no se acreditó el presupuesto basal del tipo invocado, esto es la privación de conciencia. Incluso más, si razonablemente se llegara por medio de la teoría del ministerio público a una conclusión diversa de la que arriban los sentenciadores, resultaría que se está ante un raciocinio que lleva a dos conclusiones lógicas posibles, una de absolución y otra de condena, por lo que necesariamente existiría contradicción y ante aquella eventual contradicción en la convicción, por aplicación del principio de inocencia, tampoco se rompe la duda razonable", Sentencia de la misma Corte de fecha 31 de diciembre de 2014, Rol N° 3358-2014.

Confrontar los contornos de esta exigencia con los requerimientos que la norma positiva, que regula la justificación de los enunciados probatorios presentes en la legislación procesal penal chilena impone, es otro de los cometidos de esta sección. Así como evidenciar el rendimiento de la casual de defecto de fundamentación en la ley chilena y las hipótesis que ella puede cubrir, incluido lo relativo a la satisfacción del estándar objetivo de prueba.

En efecto, recurriendo a la doctrina se realiza una disección respecto de aquellos defectos que se engloban genéricamente como *patologías de la motivación* y que, en la tesis que se sustenta en este trabajo, pueden ser efectivamente pesquisados a través o por el cauce del recurso de nulidad, tal como fue concebido en el CPP.

En este sentido, es posible afirmar igualmente que el código chileno se alinea con lo que la doctrina postula en cuanto a las exigencias que una motivación inmersa en el sistema racional de valoración de la prueba debe colmar, detallando muy minuciosamente lo que para el legislador debe ser la fundamentación sobre la declaración de hechos probados en cuanto a su *completud* y claridad, así como su dimensión dialéctica y analítica.

El análisis final de este apartado mira a la motivación en su vinculación con el recurso de nulidad en su dimensión de garantía del condenado en un sistema democrático de persecución punitiva, que a mi juicio le permite al recurso cumplir adecuadamente con la exigencia de ser una garantía procesal, en aras de que la revisión de condena no sea ejecutada mientras no exista una doble revisión de lo decidido, y epistemológica –concebido bilateralmente- a fin de asegurar, en la mayor medida posible, la corrección de la decisión.

6.- ¿Qué es motivar el juicio de hecho?

§172. *Qué significa motivar y la dimensión de garantía fundamental de la exigencia de motivación.* Hasta ahora algo he ido adelantando sobre este tema y el enfrentamiento que se realizará será siempre vinculado a la concepción racionalista de la valoración de la prueba y sus finalidades epistemológicas, a la par del carácter de elemento estructural de dicha concepción que posee la motivación e interdependencia con los demás pilares.

Entonces, motivar la decisión sobre los hechos implica “elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos de éstos [hechos]

por probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en el juicio”⁹¹⁴, deber que igualmente apunta “no sólo a hacer inteligible la decisión y a dotarla de la necesaria transparencia, sino también a asegurar un modo de actuar racional en el ámbito previo de la fijación de las premisas fácticas del fallo”⁹¹⁵.

Es posible entender la motivación como la justificación, la exposición de las razones que el órgano en cuestión haya dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable⁹¹⁶.

Se ha señalado, en términos generales que “moralmente, las razones constituyen una justificación del poder, y que el poder puede ser usado sólo dentro de los límites de su justificación. La democracia occidental asigna una posición central al individuo. Esto se manifiesta en las constituciones de diferentes países. (...) por lo tanto, las autoridades están obligadas a dar información completa a un individuo que se ve afectado desfavorablemente por sus decisiones: la decisión razonada es el medio de afirmar la facultad de la razón frente al poder”⁹¹⁷.

Así, la motivación –tanto de la premisa fáctica como de la normativa- es una exigencia del Estado de Derecho, en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad del poder, pues en una sociedad moderna, los individuos no se conforman con una apelación a la autoridad, sino que exigen razones, no ya como una exigencia técnica, sino como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces⁹¹⁸, legitimidad por ende de naturaleza epistémica⁹¹⁹.

⁹¹⁴ Alexy, R. y Andrés, P. op. cit. p. 37.

⁹¹⁵ *Ibidem*.

⁹¹⁶ Vid. Gascón, M *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 191. “En la actualidad la motivación de las sentencias es una de las garantías procesales más indiscutidas, presente prácticamente en todos los sistemas procesales”, Cfr. Romero, A. “Las consideraciones de hecho y de derecho en la sentencia: un derecho esencial del justiciable”, *Revista chilena de derecho*, Vol. 27 N° 3, 2000, p. 571.

⁹¹⁷ Bergholtz, G. “*Ratio et auctoritas*: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”. *Rev. Doxa*, N° 8, 1990, p. 81. “Por lo general, se piensa en la motivación como un deber que proyecta su eficacia garantista (sólo) hacia sujetos distintos del que resuelve, a los que se encuentra obligado a dar una explicación que justifique su modo de proceder. Pero el deber de motivar cumple también una función esencial que es previa en el orden lógico y en la economía del proceso decisional. Es la consistente en obligar al sujeto decisor –en tanto sujeto de poder- a verificar y controlar por sí mismo la racionalidad y el fundamento del propio discurso, haciéndolo explícito a través de la motivación”. Andrés, P. “Las garantías del imputado en el proceso penal”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>, p. 19.

⁹¹⁸ Vid. *Ibidem*. Cfr. Atienza, M. *Las razones del derecho...* op. cit. p. 35. “Es decir, late aquí la idea de que la obligación de motivar previene al juez de tomar decisiones arbitrarias, como si por un lado estuviera la decisión no-arbitraria y, por el otro, la motivación como prevención (o garantía) externa de una decisión no-arbitraria. Sin embargo, aquí deseo reivindicar que la motivación no desempeña una función vicaria de la no-arbitrariedad, sino es ella misma directamente la no-arbitrariedad”. Igartua, J. “El jurado y la motivación de su veredicto (A propósito de la STS sobre el ‘caso Otegui’)” en *R.V.A.P.* Num. 51, 1998, p. 220.

⁹¹⁹ “Así la sentencia debe expresar, por un lado, los elementos de convicción que han llevado al juez a declarar la inocencia o la culpabilidad y, por otro lado, el razonamiento inductivo que une dichos elementos a la decisión finalmente adoptada, es decir, las razones que le han llevado a adoptar dicha decisión. A este respecto, conviene añadir que la legitimidad de los órganos jurisdiccionales no descansa únicamente en la

El CPP chileno establece en su artículo 36⁹²⁰, la obligación de los jueces de fundamentar las resoluciones que adoptaren, con exclusión de las resoluciones de mero trámite, como un principio general que cruza toda la lógica del ordenamiento procesal penal.

Por otra parte, en lo que a las sentencias atañe y, específicamente en lo relativo al juicio de hecho, la materia está regulada en los artículos 297 y 342 letra c) del código, que será objeto de estudio en el acápite que sucede a éste.

No existe en la CPR en Chile una norma como la del artículo 120.3 de la Constitución Española que prescribe “*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*” o su símil en Italia en el artículo 111.1 de la Constitución Italiana, sin embargo, puede ser desprendido de lo que establece el artículo 19 N° 2 de la CPR que consagra la proscripción de la arbitrariedad⁹²¹, interpretación que está en sintonía con lo que se viene sustentando.

La falta de consagración constitucional clara de la exigencia de motivación, contrasta con la detallada regulación legislativa de esta garantía fundamental en el derecho positivo chileno, específicamente en materia procesal penal. No obstante, la arista constitucional no es la que me propongo escudriñar en esta acotada investigación, sólo me interesa recalcar el contraste entre los aludidos planos - constitucional y legal-, tema que, por ende, no justifica mayores desvelos, por lo cual me dedicaré en lo sucesivo a tratar de desentrañar la motivación del juicio de hecho como parte estructurante del modelo racionalista de la valoración de la prueba.

§173. *La motivación como convicción psicológica /la motivación como justificación.* Es posible distinguir dos respuestas a la pregunta de ¿qué significa motivar?, la concepción psicologista y la racionalista⁹²².

La primera identifica a la motivación con la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión, o en términos de Igartua⁹²³, debe reflejar fielmente los todos los pasos mentales que han conducido al juez a tomar una

posesión de su cargo, sino que deriva también en la emisión de resoluciones judiciales acertadas, basadas en criterios racionales de tal modo que es necesario que se exija la expresión del razonamiento que ha llevado a un juez a dictar una resolución”. Fernández, M. *Prueba y presunción...* op. cit. p. 242.

⁹²⁰ Artículo 36 “*Fundamentación. Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciare sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación*”.

⁹²¹ Cfr. Nogueira, H “La constitucionalización del...” op. cit. p. 199.

⁹²² Vid. Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto de...” op. cit. pp. 3 y ss.

⁹²³ Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. pp. 63. Cfr. Aliste; T. op. cit. pp. 238 y ss.

decisión; este elemento psicológico debe existir no es algo que se inventa *ex post*, por tanto la motivación no es una añadido que se pone después de haber decidido qué hacer.

La segunda, entiende a la motivación como justificación y, por ende, una decisión motivada sería una decisión que cuenta con razones que la justifican.

La motivación –en su versión psicologista⁹²⁴–, entonces, concebida como expresión de los motivos o de las causas de una decisión es un discurso lingüístico descriptivo y como tal, incapaz de justificar la decisión, puesto que la justificación pertenece al ámbito normativo⁹²⁵ y “no hay salto posible que permita fundar una conclusión normativa en un conjunto de premisas descriptivas”⁹²⁶.

En armonía con este predicado, si la motivación debe ser el espejo de la *psique* del juez al recorrer el camino para llegar a la decisión, ¿para que sirve la obligación de motivar? ¿Cumpliría con esa obligación un razonamiento malo?, sólo si conferimos a la motivación obligatoria un carácter meramente formal, se podrá aceptar que el legislador o el constituyente no ordena al juez razonar bien, únicamente le exigen que exponga las razones de su decisión. En virtud de esta postura, lo que se requiere por la ley, no es que la motivación sea buena, sino solamente que sea⁹²⁷.

Existe, sin embargo, una postura que sin desconocer la anterior, la precisa enfatizando cómo debe ser el itinerario mental -como descripción del itinerario decisonal- por lo que proclama, la motivación no consiste en la descripción de cualquier itinerario, sino del itinerario que es como el que debe ser, y merced de esta complementación le presuponen las notas propias de una justificación racional⁹²⁸.

⁹²⁴ “La que a veces se denomina *concepción mentalista o psicologista de la motivación* constituye un buen ejemplo de esa confusión, pues expresa la posición de quienes entienden que motivar (en el documento) consiste en hacer explícito el proceso mental que ha llevado a la decisión”. Gascón, M. *Los hechos en el...* op. cit. pp. 211. “Las expresiones [usadas por la CS chilena] ‘explicitar’, ‘convicción’ y ‘exteriorización’ de argumentaciones, constituyen una tríada que acerca la motivación a un discurso que tendría por objeto dar cuenta de los *procesos mentales* o de los estados psicológicos que sustentan una decisión, una suerte de reconstrucción de los procesos internos que llevan a los jueces a decidir de una determinada manera”. Hunter, I. “Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema)” en *Rev. de Derecho UACH*, Vol. XXV, N° 1, julio de 2012, p. 250.

⁹²⁵ Enmarcado en esta concepción se ha estimado que la mejor acepción de la palabra “prueba” es la que la identifica al “estado psicológico de convencimiento del juez sobre la veracidad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes” (...) “todas las demás acepciones del concepto se sitúan en una relación instrumental. Así, se habla de una ‘fase de prueba’, de la ‘actividad de prueba’, de los ‘medios de prueba’ y de unos ‘resultados de prueba’. El estado de convencimiento es la auténtica médula del fenómeno probatorio”. Cabañas, J. C. *La valoración de las pruebas y su control...* op. cit. p. 21.

⁹²⁶ Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto de...” op. cit. p. 4. Esto es lo que puntualizamos sobre la exclusión de la identificación de la motivación con el *iter* psicológico del juez que lo ha llevado a adoptar la decisión.

⁹²⁷ Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. p. 64.

⁹²⁸ Vid. *Ibidem*. p. 65.

La postura psicologista se caracteriza por combinar “fuertes exigencias de motivación (entendida como justificación) por lo que concierne a las premisas normativas del razonamiento, la *quaestio iuris*, y débiles o inexistentes exigencias de motivación (entendida ahora como expresión de *iter* mental de los factores causales de la decisión) por lo que concierne a las premisas fácticas, la *quaestio facti*”⁹²⁹.

Es evidente que los ordenamientos están orientados hacia una concepción racional de la decisión judicial, cuando impone a los jueces la obligación de motivar sus propias decisiones, obligación que existe en los ordenamientos tanto en el nivel de las normas ordinarias (lo que ocurre con Chile) como en el de los principios constitucionales (España, Portugal e Italia), lo que trae como consecuencia que el juez está obligado a ofrecer una justificación racional de su decisión, sin embargo, el factor de racionalización consustancial con la obligación de motivar la decisión judicial no concurre siempre y no es siempre eficaz. Así, en algunos ordenamientos, como por ejemplo el de Italia, existe la tendencia a ver la obligación de motivar como un factor de ineficiencia de la justicia, pues hay quienes piensan que los jueces “malgastan” su tiempo escribiendo las motivaciones de las sentencias y, por lo tanto, se tiende a limitar o reducir su aplicación⁹³⁰.

Si se estima que motivar es expresar lingüísticamente los motivos, los factores que han causado la decisión, habrá que dar cuenta del *iter* mental que ha llevado al juez al convencimiento respecto de los hechos, pero los factores causales de nuestras creencias nos resultan inaccesibles, a lo menos en alguna

⁹²⁹ Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto de...” op. cit. pp. 6. Este autor cita la opinión de De la Oliva, quien promotor de esta tesis psicologista afirma categóricamente: “No es exigible, ni legal ni racionalmente, que toda sentencia dé cuenta detallada del porqué de cada declaración de certeza positiva de un hecho (eso es la declaración de ‘hecho probado’) (y, en su caso muy raro pero posible, de las declaraciones de certeza negativa: certeza de la inexistencia de un hecho): no es tampoco legal ni racionalmente exigible que se explique pormenorizadamente por qué unos hechos han sido considerados dudosos (‘no probados’) pese al esfuerzo probatorio que haya podido desplegarse. No es razonable imponer a los órganos jurisdiccionales unos esfuerzos máximos, en cada sentencia que desconozcan la carga de trabajo (...) que sobre ellos pesa y que resulten contrarios a impartir justicia a todos de manera satisfactoria. Y tampoco parece razonable pedir que se exprese lo que pertenece a los internos procesos psicológicos de convicción, muchas veces parcialmente objetables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable”. De la Oliva, A. op. cit. pp. 505. Esta interpretación aparece claramente en pugna con lo que detalladamente regula el CPP chileno en sus artículos 36, 297 y 342 letra c), según se analizará.

⁹³⁰ Vid. Taruffo, M. “Consideraciones sobre prueba y motivación” en María Isabel De la Iglesia (Ed.) *Consideraciones sobre la prueba judicial*, (traducción de Perfecto Ibáñez) Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 23y 24.

parte⁹³¹. En el caso de los tribunales colegiados la tarea de motivación, así entendida, se tornaría, francamente imposible de abordar.

§174. *La motivación como justificación.* La concepción racionalista, en cambio, entiende a la motivación como la justificación de la decisión judicial y al decir que una sentencia o resolución judicial está motivada equivale a decir que está debidamente justificada.

Según Ferrer, frente a lo afirmado con precedencia se produce una bifurcación que implica, por una parte que una decisión puede considerarse justificada si hay razones suficientes que la funden, y por otra, puede considerarse justificada “no sólo si hay tales razones, sino, además, si esas razones han sido analíticamente formuladas lingüísticamente, i.e., expresadas en la sentencia”⁹³².

Se trataría, entonces, de tener razones para X y dar razones para X, Igartua⁹³³, afirmando que esta distinción, es fundamental en la filosofía analítica, precisa que implica distinguir entre razones o justificación y motivos o causación⁹³⁴. Igartua, señala, además, que se aprecia la diversidad de los aludidos planos en las siguientes preguntas: ¿por qué has hecho tal cosa? Y ¿por qué está bien lo que has hecho?. En el primer caso, indica, se pide una explicación sobre los móviles de la acción; en el segundo se solicita una justificación que acredite la corrección de lo actuado.

Esta última forma de entender la motivación es la que suscribe el TC español cuando afirma que “*las sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la sentencia (STC 176/1985)*”⁹³⁵

§175. *Justificación interna/justificación externa de la decisión.* La justificación del fallo, de la decisión contenida en la sentencia, dependerá ahora de las premisas formuladas en el propio documento judicial, entre las que se cuentan las premisas fácticas (relativas a los hechos del caso) y las normativas (relativas a las

⁹³¹ Ferrer, J. *Prueba y verdad en el derecho...* op. cit. pp. 80 y ss. Tarufo, M. *La motivación de la...* op. cit. pp. 110 y ss. quien ha sentenciado: “algunos de los puntos problemáticos más importantes para el estudio de la motivación fueron evidenciados, precisamente, cuando se pudo abandonar la tradicional concepción de la motivación como mero y simple recuerdo del *iter* lógico que el juez debería haber seguido para llegar a la decisión”.

⁹³² Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto...” op. cit. p. 8.

⁹³³ Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. p. 65.

⁹³⁴ Cfr. Nino, C. “Derecho, moral, política”. *Rev. Doxa*, 1993, N° 14, p. 37.

⁹³⁵ Citada por Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto...” op. cit. p. 8.

normas aplicables), y del conjunto de las premisas fácticas y normativas se obtendrá, por derivación lógica, el fallo de la sentencia.

De esta forma, una decisión no estará justificada si no se deriva lógicamente de las premisas expresadas en el razonamiento.

La necesidad de fundamentar, se extiende no sólo la conclusión de un silogismo sino también a sus premisas, es decir, existe en la motivación la exigencia de una doble justificación: interna y externa⁹³⁶.

Esta distinción, es de uso común en la teoría estándar de la argumentación jurídica y en base a ella se ha llamado al primer tipo de justificación, la que se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas, justificación interna y al segundo tipo de justificación, la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas, justificación externa. La justificación interna es tan solo cuestión de lógica deductiva, pero en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto⁹³⁷.

Entonces como motivar una decisión es justificarla, es decir, aportar buenas razones que permitan considerarla como correcta, en el ámbito de la teoría jurídica se ha afianzado una concepción sobre la estructura de la distinción de que se ha dado cuenta. Así, se entiende que una decisión “está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas”⁹³⁸ o que “un silogismo está *internamente* justificado cuando la conclusión es consistente con las premisas; prescindiendo de si éstas tienen fundamento o no. O sea, las premisas pueden ser disparatadas, pero ello no impide que la inferencia sea correcta, siempre que la conclusión (aunque sea un hiperdisparate) haya sido formalmente extraída de las premisas”⁹³⁹.

Por otra parte, se señala que una decisión está externamente justificada “cuando sus premisas son calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación”⁹⁴⁰. Según Iguartua⁹⁴¹, si procuramos dar buenos argumentos para fundamentar las antedichas premisas, estaremos justificando *externamente* ese hipotético silogismo.

Con base en lo anterior, Iguartua y Gascón, están de acuerdo en que cuando el caso no es complejo bastará con la justificación interna. Ello ocurrirá cuando la

⁹³⁶ Vid. Iguartua, J. *La motivación de las...* op. cit. p. 74.

⁹³⁷ Atienza, M. *Las razones del derecho...* op. cit. p. 61.

⁹³⁸ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 193.

⁹³⁹ Iguartua, J. *Valoración de...* op. cit. p. 201.

⁹⁴⁰ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 193.

⁹⁴¹ Iguartua, J. *Valoración de...* op. cit. p. 201.

asunción de pruebas se basa en el sentido común, en cánones de razón generalmente aceptados o en elementos tendencialmente reconocidos como válidos, es decir cuando ni la premisa normativa ni la fáctica plantean problemas. Pero será necesaria la justificación externa cuando la premisa de una decisión no es tan obvia en algunos de estos sentidos, porque se aleja del sentido común, de los cánones de la razón o de elementos tendencialmente reconocidos: “obviamente son posibles decisiones que se fundan en premisas inhabituales (...) pero en tal caso aquéllas estarán justificadas sólo si se justifican las premisas escogidas para fundamentar las decisiones susodichas”⁹⁴².

Es ilustrativo -en cuanto al tema que nos ocupa- lo que predica Taruffo⁹⁴³: “en lógica, como en general en la argumentación racional, siempre es posible arribar a una conclusión ‘verdadera’ o ‘justa’ sobre la base de argumentaciones equivocadas o de premisas falsas” agregando que esto “comporta el deber de tener en cuenta que una cosa es la conclusión (=la decisión) y otra la argumentación que la justifica (= la motivación)”.

La justificación interna se ha señalado,⁹⁴⁴ indica que la conclusión de un argumento está justificada internamente, si se deriva lógicamente de las premisas del mismo o en términos de Taruffo⁹⁴⁵, es la relativa a la conexión lógica entre las premisas de derecho y la premisa de hecho (la llamada subsunción del hecho en la norma) que funda la decisión final. Es lo que se llama la corrección lógica del argumento.

También se exige en los razonamientos judiciales –al igual que en la mayoría de los contextos- la corrección de las premisas de las que el juez extrae su conclusión, esto es la justificación externa del argumento⁹⁴⁶ o, en otra terminología “no sólo que el argumento sea lógicamente válido sino también sólido”⁹⁴⁷, es decir, la justificación de la elección de las premisas de la que se deriva la decisión final. Se refiere, la justificación externa de la premisa de hecho de la decisión, a las razones por las que el juez ha reconstruido y fijado de un cierto modo los hechos

⁹⁴² *Ibidem*, p. 203.

⁹⁴³ Taruffo, M. *El vértice ambiguo...* op. cit. p. 194. Vid. Alexy, R. y Andrés, P., “Jueces y ponderación...” op. cit. pp. 36.

⁹⁴⁴ Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto...” op. cit. p. 10.

⁹⁴⁵ Vid. Taruffo, M. “Consideraciones sobre...” op. cit. p. 39.

⁹⁴⁶ “Puesto que justificar un enunciado fáctico es argumentar que es verdadero o probable, las razones que constituyen esa justificación son los criterios de probabilidad o aceptabilidad de la verdad del mismo. Así, del mismo modo que la justificación (externa) de la premisa normativa del silogismo judicial remite –según algunas concepciones- a un sistema normativo más amplio (un sistema moral) en el que el Derecho supuestamente debe integrarse, la justificación (externa) de la premisa fáctica remite a un modelo epistemológico”. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 217.

⁹⁴⁷ Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto...” op. cit. p. 10.

de la causa: estas razones se refieren, básicamente, a las pruebas que el juez utilizó para decidir acerca de la verdad o falsedad de los hechos⁹⁴⁸.

La justificación externa de las premisas o de la fijación de los hechos, implica que el juez tiene que proporcionar argumentos racionales sobre cómo valoró las pruebas y acerca de las inferencias lógicas por medio de las cuales llegó a determinadas conclusiones sobre los hechos de la causa⁹⁴⁹.

7.- Implicancias de la obligación de motivar

§176. *Sentido de la obligación de motivación.* Para responder esta pregunta es imperativo determinar cuál es el objetivo de esta obligación, lo que está estrechamente vinculado con una concepción más general del proceso judicial, esto es, de los fines del proceso judicial⁹⁵⁰.

Existen según Ferrer, tres objetivos posibles de la motivación vinculados, a su turno, a tres concepciones del proceso: La primera, una cierta concepción democrática del proceso –en el sentido de acercar la administración de justicia a la mayoría-, en la cual la finalidad de la motivación es ofrecer una explicación a la sociedad de la justicia que imparten los tribunales. Tiene entonces una función explicativa o persuasiva y, no se trata por tanto, de un discurso justificatorio y, por ende, no está vinculado necesariamente a la verdad respecto de los hechos o aplicabilidad de las normas utilizadas.

Una segunda concepción identifica la función del proceso judicial con la resolución de conflictos. Como consecuencia lógica de esta construcción, se deriva que “la mejor” solución será aquella que alcance el objetivo de resolver el conflicto social que se ha planteado en juicio, no siendo necesario y, en ocasiones, ni siquiera conveniente que esa solución se adopte mediante la búsqueda de la verdad sobre los hechos o mediante la aplicación de normas generales previas, la motivación no tiene sentido como mecanismo de justificar la solución sobre aquellas premisas. De esta forma adquirirá, al igual que en la concepción anterior una función persuasiva, al menos, frente a las partes de manera que facilite la aceptación por ellas de la solución otorgada. Se trata de una justificación más política y moral que jurídica⁹⁵¹.

⁹⁴⁸ Vid. Taruffo, M. “Consideraciones sobre...” op. cit. p. 39.

⁹⁴⁹ *Ibidem.* p. 40.

⁹⁵⁰ Sigo a Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto...” op. cit. pp. 11 y ss.

⁹⁵¹ Ferrer sostiene que conviene en este caso negar que el proceso judicial sea un método de solución de conflictos, pues es el derecho y no el proceso, el que debe ser considerado un método de resolución de

La tercera concepción preconiza que la función del proceso no es sino la aplicación de las reglas jurídicas generales, lo que no constituye un fin en sí mismo, sino que el medio para que el derecho pueda cumplir su finalidad de regulador de la conducta y control social, imponiendo reglas para tal fin, v.gr.: “no matar”.

Así, el derecho sólo podrá influir en la conducta de los destinatarios, para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho, pues de no haber ninguna vinculación entre las conductas de cada uno de los miembros de la sociedad y la probabilidad de ser sancionados, esto es, las sanciones se asignan aleatoriamente, tampoco hay incentivo para no matar, es decir, de comportarse de acuerdo con las normas jurídicas⁹⁵².

Consecuencia de lo anterior, la motivación de las resoluciones judiciales es, por cierto, un discurso justificativo consistente en explicitar las premisas, fácticas y jurídicas, en las que se funda la norma individual que constituye el fallo de la decisión⁹⁵³.

§177. *¿Qué implica que una decisión judicial se considere motivada?* Ferrer⁹⁵⁴ parte de las siguientes premisas para estimar motivada una decisión judicial, señala que la motivación es un discurso lingüístico, oral o escrito, justificatorio de la decisión; está, por ende, compuesto por las razones que fundamentan esta decisión y no por los factores causales que dan lugar a ella y la conclusión del razonamiento estará justificada si lo está interna y externamente, según fue analizado.

El autor a quien se sigue, distingue, al responder la pregunta ¿qué se motiva? entre justificación (o motivación) de la entidad lingüística que constituye el fallo de la sentencia, esto es, de una norma individual (acto de emisión de una

conflictos sociales, quedando para el proceso la función de garantizar la correcta aplicación de las normas. “Apuntes sobre el concepto...” op. cit. p. 14.

⁹⁵² Esta concepción acerca del proceso está vinculada a la teoría prescriptiva de la prueba o, mejor dicho del derecho a la prueba, elaborada por Bentham, que es una parte más de su teoría general del derecho, cuya premisa es básicamente: la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido, objetivo que deriva de la asunción, de que la finalidad fundamental del derecho procesal es ser garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo, finalidad que, a su vez, se divide en la necesidad de una doble garantía: la principal, consiste en asegurar que todos los infractores del derecho sean sancionados y que sólo ellos lo sean. Bentham, J, op. cit. pp. 7 y ss. y Ferrer, J “La prueba es libertad, pero...” op. cit. pp. 3 y 4.

⁹⁵³ Ferrer, señala que por ello autores como Gascón y Ferrajoli, consideran a la motivación como una garantía instrumental, respecto de las garantías epistemológicas de la decisión, en la medida que permite el control por instancias superiores.

⁹⁵⁴ Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto...” op. cit. p. 18.

resolución judicial) y la justificación del acto de decidir X (resultado de la norma, es decir, norma individual emitida o contenido de la decisión). Por lo anterior cuando se hable de justificación de una decisión judicial habrá que precisar en cuál sentido se usa la expresión.

Señala además, que la noción de justificación es relacional, es decir, un acto o una norma están justificados en relación a un conjunto de razones, por lo que es imprescindible articular las condiciones necesarias y suficientes para que la decisión judicial como norma esté justificada y las necesarias y suficientes para que lo esté como acto.

Respecto de la decisión como norma, la conclusión a la que se llegue estará justificada sólo si se deriva de las premisas, fácticas y normativas, adoptadas en el razonamiento. Pero además, parece también exigible que el razonamiento sea sólido, es decir, que las premisas utilizadas sean verdaderas.

En otras palabras, predica Ferrer⁹⁵⁵, que justificar una norma individual consiste en mostrar que ésta es el resultado de la aplicación de una norma general a un hecho (que puede ser subsumido en el supuesto de hecho de esa norma general) y, añade, sólo es posible aplicar una norma general a un hecho, si éste ha ocurrido realmente y, por tanto, si la premisa fáctica que lo describe es verdadera. Y concluye, una decisión judicial como norma estará justificada si, y sólo si, se deriva de las premisas del razonamiento y las premisas fácticas son verdaderas.

La decisión judicial como acto, indica, no admite una noción de justificación como la anterior, pues no hay relaciones lógicas entre normas y actos o entre proposiciones y actos. Así la decisión judicial, en el sentido de acto de adoptar una determinada resolución, estará justificada si su realización está permitida o es obligatoria según las normas que regulan esa actuación.

En el caso de la decisión acerca de los hechos probados, cabe también distinguir entre acto de decisión y el contenido de la misma, siendo éste último la premisa (o proposición) fáctica que se introduce en el razonamiento decisorio. Acorde con lo señalado, indica Ferrer, que la decisión-acto estará justificada si la proposición fáctica es aceptable, esto es, si existen en el expediente o se han rendido en la audiencia del juicio oral, elementos de juicio suficientes a su favor que atribuyen a la hipótesis sobre los hechos un grado de probabilidad inductiva que supere el estándar de prueba previsto para este tipo de casos. En cambio,

⁹⁵⁵ Vid. *Ibidem.* pp. 19-20.

desde el punto de vista del contenido, la premisa sólo estará justificada si es verdadera.

En el caso de las premisas fácticas del razonamiento, la motivación judicial, como explicación de las razones que la justifican, deberá según el autor a quien se sigue, dar cuenta de que lo afirmado por aquellas premisas como probado, constituye la hipótesis de los hechos que tiene mayor fundamentación, es decir, la hipótesis más probablemente verdadera y que supere los estándares de prueba previstos por el derecho para el caso de que se trata⁹⁵⁶.

Como corolario, afirma Ferrer⁹⁵⁷ que si las premisas fácticas y las normativas cumplen con las condiciones, esto es, han sido correctamente seleccionadas, podrá considerarse el razonamiento justificado externamente y si la conclusión se deriva lógicamente de esas premisas, gozará de justificación interna. Así, se dirá de una sentencia que está debidamente motivada cuando la norma individual que constituye su conclusión se derive lógicamente de las premisas y exprese analíticamente las razones que justifiquen la selección de esas premisas, fácticas y normativas.

8.- La exigencia de motivación en el sistema legal de justificación de los enunciados probatorios en Chile⁹⁵⁸

§178. *La motivación rasgo definitorio del modelo racional de valoración de la prueba.* La motivación es uno de los rasgos característicos o, aún más, nota definitoria del sistema racional de valoración de la prueba, cuyos dos primeros componentes – el método de corroboración y refutación de hipótesis y la inmediación en su versión débil-, con mayor o menor éxito, se han analizado en las líneas y capítulos que preceden a éste⁹⁵⁹, dejando para esta parte el análisis de la motivación. Ésta y su anclaje en el sistema racionalista de valoración y una concepción amplia de los recursos, constituye el adecuado sustento para el control de la decisión de tener por probados determinados hechos.

Es necesario, a fin de allanar el camino hacia la configuración de los recursos como medio de control del juicio de hecho, evidenciar, como ya lo he

⁹⁵⁶ En cuanto a la premisa normativa, las que no son susceptibles de valores de verdad, la forma habitual de resolver el problema, es acudir a la noción de validez, se exigirá entonces, que las normas que se incorporen al razonamiento judicial sean válidas en el sistema jurídico de referencia. Vid. Ferrer, J. “Apuntes sobre el concepto...” op. cit. p. 22.

⁹⁵⁷ Vid. *Ibidem*.

⁹⁵⁸ Tomo y he tomado la expresión de Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. pp. 199 y ss.

⁹⁵⁹ Fueron analizados en el capítulo Segundo, secciones primera y segunda, respectivamente.

hecho, la coherencia interna o interdependencia entre los elementos estructurales de la concepción racionalista de la valoración de la prueba, en que la motivación juega un rol que es innegable para el control de la decisión sobre los hechos. En efecto, si la prueba se valora conforme el método de la probabilidad inductiva y la inmediación es sólo una técnica para la formación de la convicción razonada y racional del juez de los hechos, esta justificación debe dar cuenta de las respectivas inferencias y su control. Entonces es posible mediante los recursos procesales, tales como la nulidad chilena, determinar la corrección de aquella actividad.

§179. *La motivación y su conexión con el compromiso epistemológico del proceso.* El modelo racionalista de la prueba o tradición racionalista de la prueba, asume que el fin último del proceso es la averiguación de la verdad sobre lo sucedido, como se ha señalado reiteradamente; y para lograr este objetivo, el código chileno, en la interpretación que se sustenta en esta investigación, establece la adscripción al sistema de libertad de prueba y la exigencia de una motivación completa y exhaustiva.

En este contexto, es posible avizorar que el CPP chileno posee una estructura normativa acabada y detallada en cuanto al marco legal a que debe ceñirse el juez de los hechos al momento de fundamentar la decisión sobre los enunciados probatorios, sin embargo, tal entramado no basta por sí sólo para satisfacer la garantía de motivación, entendida en su vinculación con el compromiso epistémico del proceso, esto es, como parte integrante o elemento definitorio del sistema racional de valoración de la prueba⁹⁶⁰.

Siendo así, la detallada exigencia normativa de motivación debe estar unida de un modo ineludible a la construcción de un modelo teórico general del razonamiento probatorio que concrete la operatividad de los criterios generales de racionalidad epistémica, en la articulación de las inferencias probatorias y fundamentalmente, que dé cuenta de la aceptabilidad de esas conclusiones y posibilite su control posterior.

§180. *El sistema procesal penal chileno y la regulación de la exigencia de motivación.* La relativamente reciente tendencia de volcar la atención en la justificación de la *quaestio facti*, que ha ganado terreno en desmedro de la muy

⁹⁶⁰ Vid. Cociña, M. *La verdad como finalidad del proceso penal*, Ed. Abeldo Perrot Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 113 y ss.

atendida justificación de la *quaestio iuris*, se ha reflejado en la factura del vigente CPP chileno (cuya data es del año 2000). En efecto el cuerpo legal señalado posee una muy detallada regulación⁹⁶¹ respecto de justificación de la premisa fáctica, inscribiéndose en el reconocimiento de la garantía del derecho a la prueba y condición de legitimidad del poder judicial.

En el caso de la legislación chilena la norma madre es el artículo 342 letra c) del CPP, que regula los requisitos de la sentencia prescribiendo perentoriamente que ésta contendrá: *“La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”*⁹⁶²

Para mayor claridad, resulta insoslayable hacer una disección de los elementos o imperativos contenidos en la norma transcrita.

§181. *Exigencia de una motivación clara.* Así las cosas, la disposición impone al juez de los hechos que la sentencia debe contener la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Creo que el adjetivo claro, no debe suscitar mayor disquisición. El diccionario de la RAE lo define en su novena acepción como “inteligible, fácil de comprender. *Lenguaje claro, Explicación clara, Cuentas claras*”, exigencia que tiene su *telos* en la funciones de la motivación de los hechos, a saber: la *extra-procesal* o política jurídica o democrática y la *endo-procesal* o técnico-jurídico o

⁹⁶¹ Lo que no ocurre con otros ordenamientos. En el caso de la legislación procesal penal alemana se limita a requerir la expresión de “los hechos comprobados”; la ley de enjuiciamiento criminal española exige que la sentencia incluya “una declaración expresa y terminante” de los hechos que se estimen probados e incluso en algunas legislaciones en que con diversas formulas no solo se exige la enunciación, sino también la justificación de las conclusiones probatorias, es usual que no haya indicaciones legislativas precisas acerca del contenido de esa justificación, de modo que la elaboración de lo que debe entenderse por una motivación suficiente de la decisión sobre la prueba ha debido ser íntegramente doctrinal y jurisprudencial, lo que ocurre con la legislación procesal penal federal argentina, que se limita a requerir en su artículo 399, “la exposición sucinta de los motivos de hecho” Vid. Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit p. 122 y cita n° 9.

⁹⁶² A su turno el artículo 297 al que la norma citada remite, expresa *“Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de todo la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegaren en la sentencia”*.

burocrática⁹⁶³, “(...) la motivación tiene también el valor “endo-procesal” de garantía de defensa y el valor ‘extra-procesal’ de garantía de publicidad”⁹⁶⁴.

La *endo-procesal* que puede ser considerada el complemento de la *extra-procesal*, tiene por objeto facilitar el control interno de las decisiones judiciales, posibilitando de esta manera que la exigencia de actuación racional o apegada a los cánones cognoscitivos, pueda concretarse y no quede en una mera proclamación de intenciones⁹⁶⁵.

De poco serviría exigir que el poder actúe racionalmente si la exigencia de motivación se tradujera tan sólo en la necesidad de mostrar o hacer públicas sus racionales decisiones y aunque la publicidad constituye indiscutiblemente un freno a la arbitrariedad, ella por sí sola no constituye garantía completa de racionalidad.

Así, la proscripción de la arbitrariedad de las decisiones judiciales solo resultará plenamente eficaz si se instauran al mismo tiempo mecanismos jurídicos de control orientados a comprobar su racionalidad, esto es, los recursos⁹⁶⁶. En términos de Ferrajoli⁹⁶⁷, la motivación “permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por una inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas. Y no solo en apelación sino también en casación”.

Estamos en presencia de una función de la motivación que mira a los tribunales superiores, que sin duda resolverán con mayor acierto si conocen las razones del juicio de hecho, pero al mismo tiempo se trata de una función respecto de las partes implicadas en el proceso, sobre todo la perjudicada por el fallo, a la que el conocimiento de esas razones facilitaría su eventual impugnación: La motivación, además de “la finalidad psicológica de justificación y de persuasión (...) tiene también otra función más estrictamente jurídica, o sea la de poner a las partes en condición de verificar si en el razonamiento que ha conducido al juez a

⁹⁶³ Utilizo términos de Gascón M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 200. “Se entiende, después de todo lo dicho, el valor fundamental de este principio [motivación], que expresa, y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y de hecho a la prueba de la hipótesis. Es por la motivación que las resoluciones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la “validez” de las sentencias resulta condicionada por la “verdad”, aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el “poder tan inhumano” puramente potestativo de la justicia del cadí, sino que está fundado en el “saber”, también solo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad”. Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* p. 623.

⁹⁶⁴ Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. p. 623.

⁹⁶⁵ Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 200.

⁹⁶⁶ Vid. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. p. 201.

⁹⁶⁷ Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. p. 623.

decidir en determinado sentido pueden descubrirse alguno de aquellos defectos que dan motivos a los diversos medios de impugnación (...) por lo que la motivación llega a ser de este modo el espejo revelador de los errores del juzgador”⁹⁶⁸.

La primera de las funciones enunciadas, esto es, la *extra-procesal*, político-jurídico o democrática, consiste en mostrar el esfuerzo realizado por el juez, posibilitando de este modo un control externo o público, adoptando de esta manera la motivación una función pedagógica de explicación de la racionalidad de la decisión y constituye una garantía de publicidad que se conecta con el control democrático y de responsabilización externa de la función judicial.

Esta función de la motivación se abre paso a través de la publicidad a un control generalizado y difuso que rebasa el estrecho margen de las partes o intervinientes, pues permite el control de razonabilidad de las decisiones judiciales por un auditorio general e indeterminado⁹⁶⁹,

La función *extra procesal* de la motivación, se trata entonces, de una función respecto del pueblo en general y de las partes del proceso en particular, a quienes el razonamiento podría convencer de la corrección de la sentencia, alimentando así su confianza en la justicia⁹⁷⁰.

Estas funciones de la motivación y en especial la extra-procesal, justifican la exigencia normativa de que la sentencia debe ser clara, o sea inteligible o fácil de comprender, tanto para los intervinientes, pero fundamentalmente de cara al pueblo, dejando de lado las redacciones crípticas, alambicadas o únicamente plagadas de recursos retóricos, particularmente en lo relativo a la premisa fáctica, Así las cosas, la motivación debe señalar las razones por las que el juez ha considerado que los hechos resultan probados, según criterios objetivos y racionalmente controlables, es decir, las razones en virtud de las cuales el juez justifica su propia decisión, haciendo referencia a las pruebas. Pero nada excluye que la motivación de la sentencia “al ser un discurso expresado en lenguaje común y no en un lenguaje formalizado, contenga también aspectos, pasajes, argumentos y referencias de carácter retórico, que pueden ser agregados *ad colorandum* o en el intento de hacer más asequible el discurso. Sin embargo,

⁹⁶⁸ Calamandrei, P. op. cit. p. 117.

⁹⁶⁹ Vid. Aliste, T. *La motivación de las resoluciones judiciales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 159.

⁹⁷⁰ Vid. Gascón, M. *Los hechos. en el derecho...* op. cit. p. 200. Agrega la autora que “[e]sto ya lo vio claramente Bentham, argumentando a propósito de la libre valoración. La convicción del juez no significa nada si no estuviese acompañada de la del público... no es suficiente que el juez esté convencido del acierto de su valoración, sino que es preciso que además se encuentre en situación de hacer partícipe de su convicción al pueblo”.

estos elementos son sustancialmente superfluos, y-sobre todo- no son idóneos para colmar eventuales lagunas en la argumentación justificativa desarrollada por el juez⁹⁷¹.

En otras palabras, el juez de los hechos puede echar mano a figuras retóricas, lo que no lo exime que su motivación requiere que la justificación de la decisión sobre los hechos exista, sea completa y sea, además, coherente⁹⁷².

§182. *Exigencia de una motivación lógica.* Esta exigencia normativa está incardinada con lo expresado en el artículo 297, en cuanto ordena que los jueces apreciarán la prueba con libertad, pero que en ese cometido no podrán contradecir las reglas de la racionalidad general.

Lúcidamente Accatino⁹⁷³ señala sobre lo anterior que “para que pueda afirmarse que la justificación de los enunciados probatorios aceptados en una sentencia no contraviene los principios de la lógica, no basta que no haya contradicciones entre sus argumentos y que se dé cuenta de las pruebas aportadas al proceso que constituyen eventos que tenían que haberse producido si los enunciados probatorios son verdaderos, sino que será necesario que se consideren las pruebas auxiliares y contrapruebas (entre ellas, por supuesto, las informaciones obtenidas de los conainterrogatorios de testigos y peritos), que puedan incidir en el grado de apoyo inductivo que un elemento de juicio aporta a un enunciado probatorio”.

Es a la luz del mandato del legislador, que cobra fuerza lo anunciado con precedencia, en cuanto a que no sólo basta con una legislación excepcionalmente detallada del contenido de la motivación expresada normativamente, si no que, además, se precisa de un modelo teórico general del razonamiento probatorio. Nada se indica en el modelo legal de justificación de los enunciados fácticos sobre la estructura de los argumentos probatorios, en qué consiste la lógica o cuál lógica se aplica, cómo se articulan u operan las generalizaciones empíricas, etc. y sobre las condiciones de las que depende su suficiencia para justificar que se tenga por probado un hecho determinado.

En concreto, nada se señala en la disposición, respecto de en qué consiste la transgresión de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los

⁹⁷¹ Taruffo, M. *Simplemente la verdad...* op. cit. pp. 429-430.

⁹⁷² *Ibidem.*

⁹⁷³ Vid. Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. p. 135

conocimientos científicos, pues, según una interpretación que comparto⁹⁷⁴, y que afirma que cuando la norma positiva alude a los criterios indicados, nos remite a los criterios de la epistemología general, lo que no es una decisión menor del legislador y constituye un gran avance, pero que resulta insuficiente a la hora de dotarlos de contenido específico y hacerlos operar en la valoración de la prueba.

La exigencia de una motivación lógica, a mi juicio, posee una doble arista, que se vincula con lo hasta aquí reseñado, a saber:

En primer término, que la fundamentación sea lógica⁹⁷⁵, implica que se ha evidenciado la preferencia por el método de corroboración de hipótesis o de probabilidad inductiva, o bien, al menos, el reconocimiento que éste es el que de mejor forma se adecua a los razonamientos sobre la prueba judicial en el sistema de la libre valoración racional.

Así, esta referencia “a la lógica” no puede, bajo ningún respecto, ser reducida a lo que vulgarmente se entiende por lógico o, exclusivamente, a una remisión a las llamadas leyes básicas del pensamiento⁹⁷⁶ -principio de no contradicción, de tercero excluido, de identidad y de razón suficiente-. Estas reglas básicas, pueden utilizarse como un simple guía, pues se afirma que en última instancia son representativas de máximas de la experiencia consolidadas en el tiempo, cuya validez es similar al enunciado de estos principios⁹⁷⁷, fundamentalmente el de no contradicción, pues resulta acorde con la forma en que generalmente entendemos el mundo, v. gr. si alguien está presente en un lugar y en un momento determinado, no puede estar en otro en el mismo momento: constituye una máxima de la experiencia que alguien no puede estar presente en dos lugares a la vez (en Madrid y en Barcelona) en un mismo momento (el jueves 14 de mayo de 2015 a las 17:30 horas).

En segundo lugar, que la motivación de la sentencia no puede contradecir los principios de la lógica, implica que efectuado el razonamiento probatorio, que será las más de las veces inductivo, pero que en algunos casos también puede ser del

⁹⁷⁴ Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. pp. 124 y ss.

⁹⁷⁵ En términos normativos que la sentencia definitiva contenga “la exposición, clara, lógica y completa” de cada uno de los hechos que se dieren por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren las conclusiones probatorias de acuerdo con la apreciación libre de la prueba pero sin contradecir, los principios de la lógica, las máximas de experiencias y los conocimientos científicos.

⁹⁷⁶ Se advierte una tendencia en los fallos de nulidad a echar mano de estos principios, a fin de entender cumplida la exigencia de una valoración de la prueba que sea lógica y de una motivación que no contradiga la triada basal de la sana crítica. En doctrina Vid. Díaz, F. *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, pp.118. En Chile, cfr. Guzmán, K. “La racionalidad de las decisiones judiciales. Límites legales a la libertad en materia de valoración de la prueba. Estudio de dos casos”. *Revista de Ciencias Penales*, Sexta época, Vol. XLI, N° 1, 2014. p. 60, entre otros.

⁹⁷⁷ Cabañas, J. C. op. cit. p. 140-141.

tipo deductivo, exista sujeción a sus principios. En el de la lógica deductiva, se debe respetar la relación lógica entre las premisas del argumento y su conclusión. Por ejemplo no puede afirmarse que en los casos en que el examen de alcoholemia de una persona arroja que tiene 3,5 gramos de alcohol por litro de sangre, pueda concluirse que se encuentra ebria, pero al mismo tiempo afirmar que el examen de alcoholemia de Ticio arrojó dicha dosificación, pero que no se encontraba ebrio porque había ingerido, además de alcohol, gran cantidad de comida. Este sería, probablemente un razonamiento contrario a la lógica deductiva.

En el caso de la lógica inductiva, la corrección del razonamiento no es solo formal y es más compleja, pues debe evaluarse la relación de corroboración entre un elemento de prueba y un hecho a probar, esto es, la valoración del grado de apoyo inductivo que le aporta. Se trata de una relación que puede ser establecida en diverso grado o intensidad. Esta evaluación dependerá también de la consideración de pruebas auxiliares y contrapruebas que puedan haberse aportado, dirigidas a sustentar, o bien a poner en cuestión, sea el fundamento empírico de las generalizaciones en que esa relación se apoya, sea el cumplimiento de las condiciones de las que depende la aplicación de la generalización al caso concreto⁹⁷⁸. Así, por ejemplo no se puede concluir que las huellas encontradas al interior del inmueble, en cuyas cercanías un testigo vio a Ticio, pertenecen a él, si se estableció que las manos de Ticio tenían señales de grandes quemaduras que borraron sus impresiones digitales.

§183. *Exigencia que la motivación de la valoración de la prueba que se plasma en la sentencia no sea contraria a las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.* Es un imperativo instalado por las normas positivas transcritas, que la motivación de la sentencia, que expresa la valoración de la prueba conforme al método de corroboración de hipótesis, no puede contrariar las máximas de la experiencia⁹⁷⁹ o los conocimientos científicos. Lo anterior se

⁹⁷⁸ Vid. Atienza, M. *Las razones del derecho...* op. cit. pp. 34 y Aliste T. op. cit. pp. 268 y ss.

⁹⁷⁹ Las máximas de la experiencia comprenden, junto a las reglas científicas, generalizaciones empíricas (o reputadas como tales), que se refieren sobre todo a la conducta humana, tanto individual como social y son precisamente las generalizaciones que tienen su asiento en el sentido común las que forman un conjunto heterogéneo, incierto, incoherente, histórica y localmente variable, epistémicamente dudoso e incontrolable; en él se aglutinan datos científicos y leyes de la naturaleza, generalizaciones atendibles e ilaciones carentes de fundamento, valoraciones morales y prejuicios, refranes extraídos de la sabiduría popular y residuos incontrolados de recuerdos escolares y vulgarizaciones científicas de todo género. Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. p. 167 y vid. Taruffo, M. *La prueba...* op. cit. p. 269 y *Simplemente la verdad...* op. cit. pp. 238. y ss.

relaciona con el fundamento epistémico de las generalizaciones y de las teorías científicas en juego, que constituyen la garantía⁹⁸⁰ de un razonamiento judicial o de un razonamiento científico en general.

El grado de credibilidad racional de una máxima de experiencia (que no son necesariamente verdaderas sino probables) dependerá de que la inducción por medio de la cual han sido establecidas, esté bien hecha⁹⁸¹.

La utilización de las máximas de experiencia en la argumentación probatoria es del todo riesgosa, pero insoslayable, por lo mismo, es necesario una medida de control de esta actividad, la que consiste fundamentalmente en exigir que los jueces “saquen a la superficie las máximas con las que justifican su decisión, a fin de que pueda controlarse su eventual arbitrariedad o la consistencia de su basamento empírico”⁹⁸².

Motivar supone demostrar que la hipótesis está justificada y para ello es necesario la valoración individual de cada uno de los elementos de juicio disponibles, es decir, evidenciar la atendibilidad o fiabilidad que se le otorga o dicho de otra manera, la determinación del grado de corroboración aportado por un elemento de juicio a la hipótesis sobre la ocurrencia de un cierto hecho y, porque, además, el modelo de la probabilidad inductiva o de corroboración de hipótesis requiere precisar cuáles son los criterios relevantes para establecer el grado de apoyo inductivo que el conjunto de elementos de juicios aportan, es necesario este segundo paso de la llamada valoración conjunta.

En este contexto la motivación es la expresión de la valoración realizada (individual y en conjunto) de los elementos de juicio, por lo que se debe poner el acento (como lo hace el CPP chileno) en la explicitación de la generalización a que se recurre. Para determinar si la valoración ha sido respetuosa de las máximas de experiencia o conocimientos científicos, el razonamiento debe estar justificado y plasmado en la sentencia, pues si permanece oculto se tornaría muy compleja la labor de fiscalizar su recta aplicación desde la vereda de la epistemología.

Motivación y valoración convergen en la explicitación de la justificación, se entremezclan, pero no son lo mismo, es por ello que una sentencia puede estar

⁹⁸⁰ “Garantía de un argumento consiste en una regla (en el sentido de enunciado que expresa una regularidad) que correlaciona las razones (los hechos probatorios) con la pretensión (la hipótesis). En la inferencia probatoria la garantía está constituida por máximas de experiencia y presunciones”. González Lagier, D. *Quaestio facti...* op. cit. p. 85.

⁹⁸¹ González Lagier, D. *Quaestio facti...* op. cit. p. 86

⁹⁸² Igartua, J, *La motivación de las...* op. cit. p. 167.

perfectamente motivada y dar cuenta de una incorrecta valoración, por ejemplo, por acudir a máximas de experiencia espurias o sin fundamento empírico o a teorías científicas no consolidadas o que no superen los requisitos mínimos de cientificidad exigidos por la comunidad científica de referencia. Es precisamente la motivación correctamente entendida, la que permite mostrar estos errores, por lo que puede afirmarse que la motivación es un instrumento para comprobar la calidad de la valoración del material fáctico.

§184. Exigencia que la sentencia se haga cargo de toda la prueba producida incluso la desestimada, indicando en este último caso las razones que hubieren lugar para hacerlo. La exigencia de fundamentación implica que la declaración de hechos probados no se limite a la mera enunciación de los medios de prueba que las partes someten a la valoración del tribunal o la referencia a la prueba producida en su conjunto sin desplegar adecuadamente la valoración de cada medio de prueba producido y de su rendimiento.

Para cumplir con el imperativo de una motivación completa⁹⁸³ es prioritario que el juez comience por explicitar las fuentes probatorias (datos probatorios) sobre los que sustenta la relación de los hechos probados. Por ejemplo la declaración del testigo presencial Sempronio, que vio a Ticio disparar contra Cayo, el peritaje que concluye que las huellas encontradas en el arma homicida pertenecen a Ticio, las fotografías que muestran las ropas de Ticio con manchas que aparentan ser sangre y su confirmación con el respectivo examen, que además, agrega que pertenecen a Cayo.

Sin embargo esta tarea no finaliza con la indicación de las fuentes, es necesario que el juez exprese el contenido de la declaración testifical, el parecer del perito o la apreciación del contenido de las fotografías. Sin embargo, acá no culmina el camino, pues no basta que el juez señale que “[a] la vista de que se ha encontrado una mancha de sangre en la chaqueta del imputado, de que el registro domiciliario se encontró una pistola del mismo calibre que la utilizada en el crimen, de que al imputado se le vio salir de casa de la víctima poco después de la hora presumiblemente de su muerte, entonces debe concluirse que el imputado fue autor de la muerte”⁹⁸⁴.

⁹⁸³ Vid. Hunter, I. op. cit. p. 251.

⁹⁸⁴ Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. p. 150.

Lo anterior constituye un claro ejemplo de lo que Igartua⁹⁸⁵ denomina gráficamente salto al vacío, pues falta una inferencia que permita saltar de los medios de prueba al hecho probado, siendo éste el papel que cumplen las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. Para cumplir a cabalidad con la obligación de motivar, señala que debe cumplirse con rigor el siguiente esquema: de qué prueba se trata, cuál es su contenido y cómo se conecta con el hecho a probar.

Esto último constituye la fase valorativa propiamente tal, que se nutre tanto de la valoración individual como de la valoración conjunta de los medios de prueba.

La motivación debe “hacerse cargo”, además, según la exigencia legal (artículo 342 letra c) del CPP), de toda la prueba producida, incluso de aquella que se hubiere desestimado indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. En términos de Igartua⁹⁸⁶ “el contradictorio no ha de detenerse en el pórtico de la motivación sino ingresar en el recinto de la misma, obligando al juez no solo a enunciar las pruebas que confirman la hipótesis fáctica escogida, sino también a indicar las razones por las que excluye la hipótesis antagonista y considera inatendibles las pruebas en su favor”⁹⁸⁷.

Esto es de gran relevancia, pues el juez tiene que explicar según qué inferencias entendió que cierto indicio llevaba a una determinada conclusión- según fue analizado-, pero además, “contrariamente a lo que ocurre en algunos ordenamientos (es del caso de Italia), es necesario que él desarrolle su motivación no sólo con referencia a las pruebas que él mismo valoró positivamente y de las que –por tanto- se valió para fundamentar la decisión, sino también –y

⁹⁸⁵ *Ibidem*.

⁹⁸⁶ *Ibidem*. p. 158. “En la práctica forense son usuales las sentencias motivadas solamente en base a las pruebas que demuestran la hipótesis ganadora. Alguien dirá que esto es natural, ya que el juez, cuando motiva, debe justificar la razón por la cual optó por la versión de una de las partes. (...) No basta al juez aludir a las pruebas que confirman la hipótesis aceptada por él, ya que está muy lejos de ser una justificación de sus razones. Para que él realmente pueda justificar su decisión, no puede dejar de demostrar que las eventuales pruebas producidas por la parte perdedora no le convencieron (...). Por eso es preciso eliminar el pésimo vicio contenido en la sentencia que pese a estar motivada para justificar las razones del ganador, supone que los argumentos relativos para la no aceptación de las pruebas de la parte perdedora estaban implícitas”. Cruz, S. Marinoni, L. y Núñez, R, *La prueba*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 313-314.

⁹⁸⁷ “[H]a de quedar claro que el deber de motivar se hace extensible a *todas* las pruebas, aunque en cada caso plantee exigencias parcialmente diferentes. Lo dicho puede parecer una obviedad para quien tenga una actitud cautelosa y vigilante frente a los procedimientos de valoración de las pruebas; pero cobra pleno sentido a la vista de una opinión doctrinal y de una práctica forense que rebaja con demasiada frecuencia las exigencias de motivación, y no siempre por fundados motivos”. Gascón, M. *Los hechos en el derecho...* op. cit. pp. 202-203.

especialmente- con referencia a las que consideró no fiables, sobre todo si las mismas eran contrarias a la reconstrucción de los hechos que llevó a cabo”⁹⁸⁸.

De esta manera, la exigencia en el código chileno, está en sintonía con la doctrina más autorizada.

§185. *Dimensión analítico-dialéctica del modelo legal de motivación*⁹⁸⁹. Esta dimensión conceptualiza la exigencia legal plasmada en el artículo 297, en cuanto el juez de los hechos deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida: no solo de aquella que sustenta la declaración de hechos probados si no que igualmente de aquella que hubiere desestimado, explicitando las razones que hubiere considerado para hacerlo⁹⁹⁰.

La dimensión dialéctica se expresa en términos concretos en el proceso a través del contradictorio⁹⁹¹, lo cual posee varias implicancias, una de ellas es de índole garantista, consistente en que la condición del juez como un tercero, neutral psicológica e intelectualmente, lo que puede explicarse remontándose a la crisis que sacudió al principio de verificación elaborado por los neopositivistas (consistente en hacer acopio del mayor número de ejemplos y experiencias que confirmaran un enunciado científico), que ha tenido un giro radical hacia al falibilismo o falsacionismo, que considera provisional el saber científico y no descuida la búsqueda de contraejemplos que desmientan lo establecido por la ciencia en el momento⁹⁹². Ello, sin embargo, no ha encontrado campo fértil en los discursos judiciales, donde las elucubraciones sobre la justificación tienen más bien un sesgo unidireccional, por lo que cobra relevancia y es un aporte la consagración positiva de esta dimensión dialéctica de la fundamentación en el derecho procesal penal chileno.

Lo reseñado previamente en relación a la lógica inductiva es fundamental para precisar este tópico: en este contexto no puede bastar que los elementos probatorios aportados al proceso se mencionen o se señalen como prueba a favor

⁹⁸⁸ Taruffo, M. “Consideraciones sobre prueba y...” op. cit. p. 41.

⁹⁸⁹ Tomo la expresión de Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. p. 124.

⁹⁹⁰ “[E]n la motivación y en un apartado específico de motivación de la valoración de la prueba, donde [el juez] deberá explicar razonadamente el porqué del rendimiento atribuido a cada medio de prueba, del valor dado o negado a determinados datos, de cómo ciertos de éstos conducen a otros; ilustrando también acerca de las máximas de experiencia de que se ha servido con esa finalidad y, en fin, sobre la razón, en su caso, de haber atribuido relevancia probatoria a elementos de juicio procedentes de la fase de investigación. En definitiva el juez deberá explicar sencilla pero suficientemente por qué llega a la conclusión de tener por acreditada o no una determinada hipótesis explicativa en materia de hechos”. Andrés P. “Carpintería de la sentencia...” op. cit p. 243 y 244.

⁹⁹¹ Cfr. Aliste, T. op. cit. pp. 272 y ss.

⁹⁹² Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. p.159

de considerar probado un hecho, sino que deberán considerarse los factores concretos, ligados a la situación efectiva de contradicción que haya tenido lugar en la audiencia de juicio oral, que puedan incidir en el grado de fuerza de la inferencia inductiva que entre ellos se pretende establecer⁹⁹³.

Las motivaciones judiciales por su parte no están exentas del contagio del sesgo unidireccional de la fundamentación, pues el juez puede verse tentado a concretar una finalidad apologética, que consiste en seleccionar el material probatorio en función de la hipótesis preferida⁹⁹⁴, por lo que, aun cuando ir contra las propias razones, aparece como un ejercicio frustrante y casi antinatural, no puede convertirse en obstáculo, para que, a la hora de fundamentar, el juez de los hechos dé cabal cumplimiento al mandato legal, cuyo *telos* al parecer pretende conjurar contra las cuestionadas motivaciones unidireccionales.

Una vez que se cuente con la información disponible debidamente objetivada, predica Andrés Ibáñez, habrá que llevar a cabo el cruce de los datos de diversa procedencia, para valorar si prestan o no soporte y en qué grado a alguna de aquellas hipótesis, soporte que solo se tomará en consideración en caso de que todos sus elementos constitutivos cuenten con fundamento probatorio. Esta es la vía por la que el principio de contradicción, fundamental en la adquisición de la prueba, se proyecta, ingresa, en la elaboración de la sentencia, lo que muchas veces no sucede por la habitual propensión de los tribunales a hacer exclusiva referencia a los elementos de prueba que militan en favor de la decisión adoptada⁹⁹⁵.

No es ésta una exigencia antojadiza, pues si en la motivación sólo se acogen las pruebas de una parte, se eclipsa la “terceridad” del juez y éste aparece como aliado de la parte vencedora en tanto en cuanto no se confrontan las pruebas de ésta con las pruebas de la otra parte⁹⁹⁶.

De admitirse que el juez motive o fundamente basándose en las pruebas favorables, a su juicio sobre los hechos, implica, de facto, el riesgo denominado *confirmation bias*, típico de quien queriendo confirmar su valoración, selecciona la

⁹⁹³ Vid. Accatino, D. “La motivación de las decisiones judiciales como garantía de la racionalidad en la valoración de la prueba” en Bustamante, M. (Coord.) *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses*. Universidad de Medellín, Bogotá, 2012, pp.79-81.

⁹⁹⁴ Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. pp. 160. “[el juez] puede dar valor a una prueba y silenciar otra, tomar como buena una declaración o fragmento de declaración e ignorar el resto: por poner sólo un ejemplo, las afirmaciones de un colaborante que se ha contradicho repetidamente o ha sido desmentido podría convertirse en una rocosa base de juicio, si en la motivación se refirieran sólo trozos de declaraciones coherentes y constantes. Con un inteligente trabajo de recorte y de descarte se puede edificar motivaciones de coherencia granítica”. Iacovello, F. op. cit. p.138.

⁹⁹⁵ Andrés, P. “Sobre prueba y motivación...” op. cit. p. 95.

⁹⁹⁶ Vid. Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. p. 160.

información disponible escogiendo tan solo la favorable y descartando *a priori* la contraria, introduciendo de esta forma una distorsión sistemática en su propio razonamiento⁹⁹⁷.

Constituye un instrumento indispensable para justificar el fundamento de la decisión la llamada “valoración negativa de las pruebas”, precisamente porque la prueba contraria es el mecanismo de control de la validez racional y del fundamento probatorio de toda reconstrucción de los hechos, la demostración de que es inatendible es condición necesaria de que resulten fiables las pruebas favorables a dicha reconstrucción⁹⁹⁸.

§186. *El derecho a la prueba.* La otra arista que está imbricada directamente con la obligación legal de hacerse cargo de todas las pruebas producidas incluso las desestimadas, dice relación con el derecho a la prueba. Es algo obvio, pero necesario de apuntar, que no es sensato obligar al juez a recibir toda la prueba ofrecida en el auto de apertura de juicio oral, que contiene la prueba depurada y que debe ser rendida en el juicio propiamente tal, si luego se le da carta blanca para ignorar por completo, a su amaño, lo que se le antoje.

El derecho a la prueba tiene cuatro elementos definitorios, que no son independientes sino interrelacionados entres sí⁹⁹⁹, es decir, su razón de ser depende de la existencia de los demás, por otra parte sólo a través de una concepción racionalista que rechaza la vinculación entre prueba y convencimiento puramente psicológico del juez, es posible hacer efectivo el derecho a la prueba.

El primero de los elementos definitorio es *el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión*. Esto en el caso chileno, se traduce en la obligación de recibir en juicio oral las pruebas que las partes hayan ofrecido en la audiencia de preparación de juicio oral realizada ante el juez de garantía, quien depura el acerbo de elementos de prueba, en base a los criterios prescritos en el artículo 276, que impone como filtro fundamentalmente la pertinencia/relevancia y el respeto de las garantías fundamentales. En términos prácticos los jueces del tribunal oral no pueden dejar de admitir y valorar todas las pruebas ofrecidas, aunque les parezcan impertinentes o vulneratorias de derechos fundamentales, caso en el cual deberán

⁹⁹⁷ Vid. Taruffo, M. “Consideraciones sobre prueba y...” op. cit. p. 41.

⁹⁹⁸ Vid. *Ibidem*.

⁹⁹⁹ En esta parte sigo a Ferrer, J. “Derecho a la prueba...” op. cit. p. 28, sin perjuicio que los elementos definitorios del derecho a la prueba fueron ya examinados, en este acápite se le abordará en su conexión con la exigencia de motivación.

ser materia de un pronunciamiento de fondo, en el momento de la valoración en sentido estricto.

Por otra parte, en sede de Juzgado de Garantía, el juez debe permitir que se incluyan en el referido auto de apertura, todas las pruebas que a su juicio y, previo debate contradictorio, no sean impertinentes ni conculquen garantías fundamentales.

El segundo elemento que forma parte del derecho a la prueba es *el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso*, lo que se plasma en el despliegue del contradictorio, pues concretar este elemento implica maximizar la participación del principio de contradicción, dando en todo momento a cada parte la oportunidad de contra-probar lo alegado por la contraria.

El tercer elemento definitorio es *el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas*, -no a un determinado resultado probatorio-. Esta exigencia de valoración racional puede descomponerse, a su vez, en dos elementos, a saber: se exige *que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte*, lo que se incumple muy frecuentemente mediante el recurso a la llamada valoración conjunta de la prueba. Si bien la valoración racional conjunta es insoslayable, a fin de adoptar una adecuada decisión sobre los hechos, ésta no puede ser usada para evitar la valoración pormenorizada de cada medio de prueba.

Por lo anterior debe ser considerada una violación al derecho a la prueba los casos en que algunas de las pruebas admitidas y practicadas no hayan sido tomadas en consideración, lo que incluye –en base a la dimensión dialéctica de la motivación- las pruebas que se hayan desestimado, indicando las razones para ello.

La segunda arista se vincula con la obligación *de valorar las pruebas, individualmente y en su conjunto, conforme a las reglas de la racionalidad general*, sólo de esta manera se podrá lograr el éxito en la realización de los fines del proceso, y por ende, del derecho, pues sólo así podrá entenderse que se respeta el derecho de las partes a probar, esto es, a producir un determinado resultado probatorio que sirva de fundamento a sus pretensiones.

El último elemento definitorio del derecho a la prueba es *la obligación de motivar las decisiones judiciales*, sin perjuicio que Ferrer¹⁰⁰⁰, estima que es poco frecuente hacer referencia a este aspecto en términos de derecho subjetivo,

¹⁰⁰⁰ Ferrer, J. “Derecho a la prueba...” op. cit. p. 29.

considera procedente hablar de un derecho a obtener una decisión suficiente y expresamente justificada.

En el ámbito del razonamiento sobre los hechos, esa justificación deberá versar tanto sobre los hechos que el juez declare probados como sobre los hechos que declare no probados, así como sobre los elementos de prueba que funden la declaración de hechos probados y sobre la prueba que se ha desestimado en tal decisión, indicando los motivos que se ha tenido para hacerlo, lo que aparece recogido en el artículo 342 letra c) del CPP, como una de las exigencias incluida en el haz que comprende una motivación completa y dialéctica.

§187. Exigencia que la valoración de la prueba incluya el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Es posible afirmar que en el código existe una marcada preferencia por el modelo analítico de fundamentación lo que fluye de suyo de la redacción de la norma transcrita, pues exige que se señalen diferenciadamente el o los medios de prueba mediante los cuales se dan por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se tienen por probados, siendo imperativo además que la argumentación que conecte a los medios de prueba con los enunciados probatorios sea consistente y completa según analizamos con precedencia.

En el código procesal penal chileno, es el modelo legal de fundamentación en él consagrado en el que se inscribe esta exigencia, pues contempla para la fundamentación de los hechos, el requerimiento de que toda la prueba producida sea considerada, cuando exige que se señalen diferenciadamente el o los medios de prueba mediante los cuales se dan por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se tiene por probados, demandando, además, que la argumentación que conecte a los medios de prueba con los enunciados probatorios sea consistente y completa, de modo que permita al lector llegar a las mismas conclusiones, lo que se vincula estrechamente con las funciones endo y extraprocesal de la motivación.

¿Qué implica la concepción analítica?, ¿excluye completamente el modelo holístico?¹⁰⁰¹ Premisa ineludible es consignar que no se excluyen del todo ambos

¹⁰⁰¹ “En primer lugar, ésta [la jurisprudencia] sostiene constantemente que el juez no tiene la obligación de asumir, en la motivación, la valoración específica que lleva a cabo sobre las fuentes individuales de prueba, siendo suficiente, para justificar la verificación de los hechos, una consideración global y sintética de los elementos constitutivos sobre los que se basa el propio convencimiento”. Taruffo, M, *La motivación de la sentencia...* p. cit. pp. 390-391.

métodos de valoración, pues se necesitan recíprocamente, no hay valoración conjunta racional si previamente no se ha tomado en cuenta el valor de los distintos elementos que forman el conjunto, como tampoco se puede otorgar una fiabilidad definitiva a cada fuente de prueba con independencia de la atribuida a las demás, máxime si son de signo contrario¹⁰⁰².

La valoración individual y la conjunta apuntan a objetivos distintos, en el caso de esta última la valoración se dirige a calibrar la probabilidad de una hipótesis fáctica o de todas si hubiere más de una. Mientras que la valoración individualizada de una prueba, está orientada a examinar la fiabilidad de la prueba misma, es decir, de cada uno de los medios de prueba, pues toda prueba antes de probar debe ser probada¹⁰⁰³.

Es necesario que en la motivación se reproduzca el contradictorio, las hipótesis de las partes o, al menos en materia penal, la del acusador, si es que existe defensa pasiva y la relación de las pruebas y contrapruebas, lo que resulta imprescindible pues la motivación debe contener cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados (en lenguaje positivo), lo que únicamente puede lograrse si se conocen las hipótesis fácticas sustentadas por las partes, sin omitir ninguna prueba que tenga alguna relevancia para resolver lo controvertido.

Sin embargo, una vez asignado el grado más o menos probable de su atendibilidad, llega la etapa de coordinar las pruebas para ver si cabe construir una narración o relato que sea internamente consistente y congruente respecto de los hechos¹⁰⁰⁴, es decir, en el modelo globalizador o de valoración conjunta la justificación tiene lugar al señalar el engranaje de las pruebas producidas con el relato que se haga de los hechos, el que debe resultar, además, de creíble, coherente.

Sin perjuicio, que es aceptable y necesario el uso -complementario- de la valoración conjunta de la prueba, el abuso de ella tenderá a presentar vicios que atentan contra el fundamento gnoseológico de la valoración. Así, será proclive “a presentar las pruebas favorables a esa historia en su mejor versión posible, lo que supone el riesgo de que se omita el análisis de posibles objeciones a su credibilidad o de contrapruebas; o bien, en aras de la plenitud o la plausibilidad del relato, se tenderá asimismo a integrar vacíos, con el riesgo de incorporar a la

¹⁰⁰² Igartúa, J. *La motivación de las...* op. cit. p. 254.

¹⁰⁰³ Vid. *Ibidem.* p. 154.

¹⁰⁰⁴ “La razón de ir de lo simple a lo complejo no es otra que la de achicar espacios a la subjetividad y al descontrol”. Igartúa, J. *La motivación de las...* op. cit. p. 182.

narración afirmaciones que pueden no haber sido confirmadas suficientemente por los elementos de prueba disponibles, o que, incluso, resulten contradictorias con las pruebas aportadas”¹⁰⁰⁵.

§188. *Exigencia que la fundamentación deba permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare en la sentencia.* Para comprender este imperativo legal deben tenerse en vista todos los anteriores, en orden a que el razonamiento vertido en la sentencia permita reconstruir el camino lógico recorrido por el juez mediante el análisis pormenorizado de todos los elementos producidos y no descuidando en ningún aspecto la dimensión dialéctica de la motivación.

Lo anterior, no obstante, no debe ser identificado con la reproducción de los procedimientos mentales del juez ni de la secuencia de pensamientos ni de los estados psicológicos que ha llevado al juez de los hechos a una construcción dada; el texto de la sentencia es el producto de una actividad que puede ser incluso muy compleja, pero no es la descripción o la reproducción de esa actividad¹⁰⁰⁶.

Exigir al juez que exteriorice el *iter* o camino lógico, incluso psicológico por el que ha llegado a la adopción de la decisión, es categóricamente erróneo, porque se produce en él una confusión de dos planos¹⁰⁰⁷, el de la decisión y el de su justificación, que debe conscientemente diferenciar, no obstante que las interrelaciona en el desarrollo práctico de su tarea y, además, porque en cada uno de esos dos planos se opera con criterios metodológicos de distinta naturaleza, pues el proceso decisonal es de naturaleza heurística, de búsqueda o descubrimiento de las premisas y de los parámetros o criterios de decisión¹⁰⁰⁸.

La justificación es el cometido central de la motivación, sin embargo tal actividad obedece a una dinámica distinta del proceso mental que conduce a la búsqueda de una decisión, sin embargo tan tajante afirmación al parecer se ve eclipsada con una concepción psicologista de la motivación, en cuanto fuera la adecuada descripción de un proceso mental lógica y jurídicamente correcto¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁰⁶ Taruffo, M. *La motivación de la sentencia...* op. cit. p. 267.

¹⁰⁰⁷ Taruffo, M. *El vértice ambiguo...* op. cit. p. 196.

¹⁰⁰⁸ Alexy, R. y Andrés, P. “Jueces y ponderación...” op. cit. p. 36.

¹⁰⁰⁹ Vid. Igartua, J. *Valoración de la...* op. cit. p. 141. “La plenitud de la motivación no debe vincularse con aspectos ajenos a la justificación de la decisión, como son, por ejemplo, las ‘razones reales’ del decidir o el *iter* lógico-psicológico del que la decisión constituye la última parte, dado que -como se ha subrayado

Por lo anterior resultan del todo erradas las posturas que ven indiferenciadamente la reproducción del proceso mental –psicológico, si se quiere– que transita el juez para llegar a una determinada decisión sobre la prueba. “La motivación entonces consistiría en justificar decisiones y no en describir procesos mentales”¹⁰¹⁰.

El juez de los hechos, neutral y honesto, debe en su motivación, desplegar con rigor el esquema trídico epistemológico falsacionista¹⁰¹¹ respetando las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, dar cuenta del análisis detallado y atomista de cada uno de los elementos de prueba, indicando los hechos que dé por acreditados y los que estime que no lo están, señalando los datos probatorios en que se funda e incluso la prueba que ha desestimado por ser de signo contrario a la declaración de hechos probados que ha formulado, por lo que consecuentemente el juez al tiempo de motivar se esforzará por eliminar de su discurso valorativo aquellos elementos cuya asunción no fuera susceptible de justificación racional¹⁰¹².

La pura y simple formulación de los enunciados referidos a los hechos principales, no agota en absoluto la obligación de motivación, pues la decisión es justa en la medida en que se basa en una determinación verdadera de los hechos del caso. No basta con enunciar los hechos para establecer la verdad de su descripción, es necesario para que el hecho sea aceptado como verdadero bajo la condición de que haya sido adecuadamente confirmado por las pruebas disponibles, faltando esa confirmación el enunciado no puede considerarse ni verdadero ni falso y no constituye un fundamento válido para la decisión final¹⁰¹³.

Si los enunciados que narran los hechos principales del caso deben estar justificados, esto es, deben explicarse las razones por las que es racional considerar que son verdaderos, o dicho de otra forma, se debe indicar las inferencias probatorias que atribuyen grados adecuados de confirmación a esos enunciados, lo que lleva a descartar, fundamentalmente en lo relativo al juicio sobre los hechos, la difundida concepción según la cual la motivación no sería otra

reiteradamente- la función de la motivación no es la de reproducir dichas 'razones' o la de describir las articulaciones del procedimiento decisorio”. Taruffo, M. *La motivación de la sentencia...* op. cit. p. 394.

¹⁰¹⁰ Igartua, J., *Valoración de la...* op. cit. p. 141.

¹⁰¹¹ Cfr. Ferrajoli, L. *Derecho y razón...* op. cit. pp. 129 y ss.

¹⁰¹² Alexy, R y Andrés, P. “Jueces y ponderación...” op. cit. p. 37.

¹⁰¹³ Vid. Taruffo, M. *Simplemente la verdad...* op. cit. p. 269.

cosa que un discurso retórico-persuasivo, dirigido no a justificar racionalmente la decisión sino a convencer a alguien de aceptarla¹⁰¹⁴.

En síntesis, la motivación no puede ser el espejo del *iter* psicológico del juez, ni de sus percepciones, ni de sus procesos mentales, en base a los cuales adopta una determinada decisión, tampoco puede ser un discurso destinado a persuadir a alguien para que crea que los hechos que ha dado por establecidos se corresponden con la verdad de los acontecimientos narrados. Por ende, al exigir que la motivación permita la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare en la sentencia, implica que resulten altamente comprensibles las inferencias que se ha realizado para conectar los medios de prueba con las hipótesis en conflicto y que las generalizaciones empíricas a que se recurran gocen de cierto grado de solidez aceptable.

Pero no se agota sólo en lo anterior el imperativo de un razonamiento reproducible, además, “para que el razonamiento que justifica la conclusión de tener por probado un cierto hecho resulte reproducible, se requiere que el grado de corroboración que se le atribuye -al que, por así decirlo, conduce el camino lógico y dialéctico recorrido a partir de los elementos de prueba aportados al proceso- sea suficiente de acuerdo al estándar de prueba establecido por la ley”¹⁰¹⁵, lo que lo enfrenta, sin embargo, a la vicisitudes del estándar probatorio consagrado en el código y su interpretación.

9.- La motivación de los hechos en la doctrina chilena

§189. *Lo que ha dicho la doctrina chilena.* De cara a la utilización exagerada del estilo de motivación holístico o globalizador de la prueba¹⁰¹⁶ que se ha

¹⁰¹⁴ *Ibidem.* En contrario, Díaz, F. op. cit. p. 109. Quien indica “En la medida en que todos los actos procesales –principalmente la sentencia-, contienen la característica de la comunicabilidad, no es posible dejar de considerar a la persuasión como un componente inseparable de la motivación de la sentencia, elementos presente, tanto en el discurso fáctico como en el jurídico (...). Frecuentemente menospreciado, el asunto de la persuasión está presente en la mayor parte del discurso judicial: tanto el acusador como el abogado defensor utilizarán todas sus armas persuasivas para intentar influir en la opinión de los jueces; probablemente lo logren, y entonces los jueces tratarán de que su motivación suene convincente para sus colegas, así como para quienes habrán de examinarla (la casación)”.

¹⁰¹⁵ Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. p. 136.

¹⁰¹⁶ Es insoslayable hacer presente la valoración conjunta de la prueba como etapa de la valoración racional que exige que la prueba sea valorada individualmente en un primer momento –principalmente- a fin de asignar el grado más o menos probable de su atendibilidad y la valoración conjunta que debe realizarse con posterioridad, a fin que la historia reconstruida a partir del material probatorio explique los hechos de la causa de una manera consistente, que sea resistente a la falsación y que sea coherente, es decir, se dirige a calibrar la probabilidad de una hipótesis fáctica, mientras que la valoración individualizada de una prueba está orientada a examinar la fiabilidad de la prueba misma. Por lo anterior resulta ineludible distinguir esta etapa de la valoración racional (valoración conjunta) del estilo holista o globalizador de motivación.

efectuado por la jurisprudencia mayoritariamente en el antiguo sistema procesal penal y que contagió en alguna medida al vigente¹⁰¹⁷, alguna doctrina ha puesto el énfasis en la necesidad de decantarse por un estilo de motivación analítica¹⁰¹⁸, que es la que se evidencia como la más acorde con las exigencias normativas impuestas por el legislador en el artículo 342 letra c) y también en el 297 ambos del CPP, ya analizados.

Es por ello que algunos autores nacionales como Luis Avilés y Danilo Báez¹⁰¹⁹ se refieren a la categorización de estilos atomistas y holísticos, el primero –integrando la concepción atomista de Taruffo– señala que “la forma de abordar el análisis de cada medio probatorio para establecer finalmente el *factum* en la sentencia, es tomarlo de manera individual y con posterioridad hacer una valoración conjunta de todos ellos, esto permitiría un mejor rendimiento a la hora de la construcción de la motivación. (...) Uno a uno, cada elemento de prueba que se presente debe ser analizado como si fuera el único. Se le debe identificar en cuanto fuente de prueba (testigo, documento, etc.) y la relación que mantiene con los hechos, luego la aptitud que tiene para entregar datos útiles, aquí aparecerán cuestiones como su estado de conservación, transcurso del tiempo y otros datos, por ejemplo, la cuestión de credibilidad de un testigo que declara sobre un hecho que dice haber presenciado; y finalmente la situación de poder ser valorados efectivamente dichos medios de prueba, como por ejemplo normas de prohibición de prueba ilícita”¹⁰²⁰.

El segundo de los nombrados indica que “...el presupuesto fáctico obtenido como resultado de este complejo de operaciones mentales basados en inferencias probatorias, debe integrar de una manera coherente y lógica todos y cada uno de

¹⁰¹⁷ Una visión crítica de este fenómeno en Accatino, D. “La fundamentación de...” op. cit. pp. 15 y ss.

¹⁰¹⁸ Respecto de estilos holísticos/globalizadores y analíticos/atomista, puede decirse someramente que según el primero, la decisión sobre el hecho se obtendría de una consideración analítica de los específicos elementos de prueba, de sus respectivos valores probatorios y de las específicas inferencias que se fundan sobre cada uno de ellos. Así pues, se dedica particular atención a la valoración de cada elemento de prueba y la decisión final se configura como el resultado de una combinación basada en las pruebas concretas. El método holista supone, en cambio, configurar el problema de la decisión sobre el hecho partiendo de hipótesis globales y comprensivas sobre los hechos de la causa: esas hipótesis están constituidas por *stories* que narran aquellos hechos en su secuencia temporal, vinculándolos entre sí en un todo significativo, bajo el esquema de la novela. La decisión consiste, entonces, en la elección de una *story* de los hechos de la causa entre las diversas que las partes y sus abogados ha sometido al juez: la elección es global, dado que afecta a la *story* en su totalidad, no a los elementos fácticos concretos, y se produce teniendo en cuenta valoraciones de conjunto más que los concretos elementos de prueba. Naturalmente, se admite que las pruebas sean tomadas en consideración, pero ello se hace en función de su capacidad para aportar sustento a una u otra *story* globalmente entendida, no desde el punto de vista analítico de su relación con los hechos concretos. Vid. Taruffo, M. *La prueba de los hechos...* op. cit. pp. 307 y ss. y Accatino, D. “Atomismo y Holismo en la justificación probatoria” *Rev. ISONOMIA*, N° 40, abril 2014. pp. 17 y ss.

¹⁰¹⁹ Vid. Avilés, L. op. cit. p. 182 y Báez, D. op. cit. p. 18.

¹⁰²⁰ Avilés, L. op. cit. p. 182.

los medios de prueba relevantes presentados durante la audiencia de juicio. (...) La premisa anterior sólo es posible de ser materializada, si entendemos que el análisis de los medios de prueba en forma aislada sólo constituye un primer momento, una primera etapa, toda vez, que una vez concluida la fase de estudio de los datos, no puede prescindirse por parte de los jueces del análisis global del *cuadro probatorio*, que permite a los sentenciadores la obtención de un estado de conocimiento completo, derivado del análisis, como unidad, de la información relevante obtenida por cada medio de prueba, de manera de generar un efecto en la conciencia del juez que le permita definirse por alguna de las hipótesis propuestas o razonar en torno a alguna respuesta probable distinta, pero a partir de un razonamiento reflexivo en torno a la evaluación global antes referida¹⁰²¹.

Frente a lo expuesto, como se adelantó, es posible predicar que nuestro código recoge plenamente el estilo atomista o analítico de fundamentación de la declaración de hechos probados, lo que emana con nitidez de la lectura del artículo 297, que requiere el señalamiento del o de los medios de prueba, permitiendo a través de la fundamentación la reproducción del razonamiento utilizado.

Tal posición es también preconizada por Accatino¹⁰²² quien refiere que las normas de los artículos 297, 342 letra c) y 374 letra e), parecen dar acogida en nuestra legislación a la más avanzada interpretación doctrinal comparada de la exigencia de motivación de los enunciados probatorios, que definen un modelo de justificación, que algunos autores denominan *analítico* y que requiere de una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y las razones que lo sustentan y de la cadena de inferencias que permiten tener por justificadas las conclusiones probatorias.

§190. *Contraste con prácticas aún vigentes.* A pesar que de la lectura de los acápites pertinentes que ha elaborado la dogmática más autorizada, -tanto nacional como comparada- de la cual parece fluir con nitidez que nuestro sistema de enjuiciamiento penal, consagra el estilo o modelo atomista o analítico de valoración de la prueba, existen ciertos resabios en el discurso jurisprudencial presente en los tribunales de mérito, y de cierto modo también en los de control,

¹⁰²¹ Báez, D. op. cit. p. 18.

¹⁰²² Vid. Accatino, D. "La fundamentación de..." op. cit. p. 13.

que insisten en la valoración conjunta de la prueba como sistema principal de ponderación, lo que obviamente importa un blindaje -o al menos complejiza- la posibilidad de censura por los tribunales superiores.

Puede advertirse en algunos fallos de los tribunales orales que luego de efectuar una larga enunciación, y a veces exhaustiva transcripción de los elementos de prueba disponibles, culminan efectuando una valoración conjunta de todos ellos, y sin recurrir a criterios racionales en el examen de los elementos de corroboración (pues el simple relato de los medios de prueba no importa tener por justificada -o probable en grado suficiente- determinada hipótesis sobre un hecho), concluyen dando por probado o por no probado un enunciado de contenido fáctico.

Es así, entonces, que en estos casos además de soslayar la valoración individual de las pruebas, los tribunales de mérito igualmente omiten la cadena inferencial, que a través de sucesivas inducciones, permite llegar a tener por justificada la decisión sobre la prueba y se limitan a recurrir a fórmulas sacramentales que incluyen la ponderación del conjunto de los medios de prueba.

Este estilo de motivación parece estar más cercano a aquél denominado holista o globalizador, el que "...se caracteriza por la declaración como probados de ciertos hechos que se integran en una narración conjunta de los medios de prueba aportados al proceso, o bien a la incorporación al relato fáctico de referencias a los medios de prueba que dan sustento a la versión de los hechos que se tiene por probada"¹⁰²³.

La jurisprudencia de los tribunales superiores no ha recogido con especial énfasis como defecto de fundamentación precisamente la *versión pobre* del modelo "holista o globalizador"¹⁰²⁴, siendo su principal objeto de preocupación la omisión en la valoración de un medio de prueba o la existencia de contradicciones en el razonamiento, ya sea derechamente o a través de la alusión al principio de razón suficiente y/o de no contradicción, tal como lo analizamos en el primer capítulo de este trabajo.

Ejemplo de lo anteriormente analizado es el fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó que señaló: "*En este punto, si bien la sentencia impugnada no desarrolla mayormente este tipo de razones, sí contiene un análisis genérico respecto de la concurrencia de los elementos fundamentales del delito, lo que*

¹⁰²³ Accatino, D. "La Fundamentación de..." op. cit. p. 15.

¹⁰²⁴ Tomo la expresión de Accatino, D. "La Fundamentación de..." op. cit. p. 15. (el énfasis es agregado).

*resulta suficiente, particularmente cuando este tipo de razonamiento necesariamente es tributario de las alegaciones de las partes...*¹⁰²⁵.

Se ha indicado, igualmente, que “[p]or el contrario de la sentencia se desprende que los jueces tuvieron en consideración cada uno de los elementos de juicio incorporados en la audiencia de debate, y que ponderándolos en su conjunto, proporcionando argumentos y razones perfectamente reproducibles, les llevaron a concluir que le correspondió al encausado una participación en calidad de autor”¹⁰²⁶.

Hay, sin embargo, pronunciamientos más recientes, eso sí del máximo tribunal¹⁰²⁷, que se decantan por el método analítico o atomista de motivación y que incluso afirman la procedencia del recurso de nulidad por un defecto de motivación, señalan que “*Dichas reglas [artículo 36 del CPP] ordenan la forma en que los jueces deben dar por acreditados los hechos y, si no son respetadas, autorizan la anulación correspondiente. No hay en ello un control del tribunal de alzada sobre los hechos, sino sobre el cómo llegaron a ellos los jueces del tribunal oral. Si no realiza su argumentación en la forma expuesta, es decir, analizando cada una de las pruebas rendidas sin omitir ninguna, y por el contrario efectúa aceptaciones o descartes en forma global, procederá el recurso de nulidad en los términos previstos en el artículo 374, letra e), en concordancia con los artículos 342 letra c) y 297 todos de (sic) Código Procesal Penal*”.

10.- Pervivencia de un sistema subjetivista de motivación

§191. *La impronta indeleble de la convicción moral.* Desde la implementación de la reforma procesal penal, es posible advertir en los fallos de los tribunales orales una cierta tendencia de poner el énfasis en la libertad, en el entendido de no existir medios de prueba previamente concebidos en *numerus clausus*, con los cuales tener por establecida una determinada proposición fáctica, soslayando en muchos casos la sujeción a estándares o patrones de racionalidad, interpretación que en definitiva restringe o impide el adecuado control sobre el razonamiento probatorio

Si bien las sentencias refieren que la prueba rendida se ha valorado con libertad, pero sin contradecir “*los principios de la lógica las máximas de la*

¹⁰²⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó de fecha 19 de junio de 2007, Rol N° 60-2007.

¹⁰²⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 18 de febrero de 2014, Rol N° 22-2014.

¹⁰²⁷ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 1 de abril de 2013, Rol N° 790-2013 y de fecha 22 de abril de 2013, Rol 1179-201.

experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”, se acercan muchas de ellas a la forma de fundamentar del antiguo sistema, valga recordar de aquél el continuo recurso a la transcripción textual del artículo 456 bis del CdPP y la enumeración de los medios de prueba sin que se realizara una adecuada fundamentación ni se explicitara la forma en que se arribaba a una determinada conclusión probatoria.

En nuestro actual sistema en autos RIT 14-2005, RUC 0500514585-8 del Tercer tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, la sentencia de fecha 6 de febrero de 2006 señaló que *“...en conclusión, los testimonios antes reseñados, las fotografías y la evidencia material, apreciadas conforme al artículo 297 del Código Procesal Penal, permite acreditar la fuerza en la comisión del ilícito consistiendo ella en una fractura de la puerta de entrada al domicilio en los términos del artículo 440 N° 1 del Código Penal y cuyo objeto era vencer los resguardos para proteger la propiedad de la víctima”.*

Y agrega *“Que de este modo, los dichos de los carabineros, del testigo presencial, de la víctima, de la evidencia material y de la fotografía presentada por la Fiscalía no desvirtuada por la defensa en sus conainterrogaciones, apreciadas en conformidad al artículo 297 del Código Procesal Penal, producen en el tribunal la convicción necesaria para dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, el siguiente hecho: “El día lunes 17 de octubre de 2005...”¹⁰²⁸*

Esta sentencia se limita a enumerar la prueba que fue rendida en el juicio oral –la que fue transcrita en los considerandos anteriores del fallo- y a señalar que valorada en los términos del artículo 297 del CPP ha permitido tener por acreditado el hecho materia de la acusación.

Como paradigma de lo que se ha sostenido resulta el razonamiento que se extrae de la doctrina del fallo de absolución de fecha 18 de marzo de 2006 del Sexto Tribunal de Juicio Oral de Santiago que estableció que: *“La falta de convicción puede deberse a insuficiencias de la prueba rendida por el órgano acusador o bien al surgimiento de ‘dudas serias, relevantes y concretas, relacionadas con hechos trascendentes y que tienen su base en los conocimientos científicamente afianzados, reglas de la lógica formal y máximas de la experiencia”.*

¹⁰²⁸ Sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de 6 de febrero de 2006, RIT 14-2005, RUC 0500514585-8. Merece el mismo reproche la Sentencia del Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de 12 de abril de 2006, RUC 0500442024-3, RIT 26-2006

“La duda razonable como obstáculo de la convicción judicial debe tener una entidad tal que genere en el tribunal un estado de indeterminación entre dos decisiones, situación de indefinición que ha sido introducida por un argumento o demostración y que no le permite salir de aquel estado airoosamente, sino optando por la decisión que parece más adecuada con su íntimo parecer, esto es, la absolución”¹⁰²⁹.

Como puede apreciarse, no existe en los fallos traídos a colación, sujeción a algún método o esquema de valoración de la prueba que permita estimar que se ha hecho aplicación de los cánones de racionalidad del artículo 297 del CPP. Lo único que parece subyacer del argumento del tribunal oral respectivo es el convencimiento íntimo y particular de los adjudicadores, es decir, estamos en presencia de un método en que el razonamiento en torno a la cuestión de hecho no es ni intersubjetivo ni objetivable, lo que trae aparejado ingentes inconvenientes. Entre los más significativos, la práctica imposibilidad de cumplir las altas exigencias de motivación que impone el código y, consecuentemente, la vulneración del derecho de las partes a recurrir contra la decisión del ente juzgador, ya que si no se indica la forma en que se ha razonado, difícilmente se puede atacar una determinada conclusión, que se estima incorrecta.

En este contexto, las sentencias transcritas representan la pervivencia del sistema subjetivo de valoración de la prueba y su reflejo en un sistema intimista e incompleto de motivación, pero con una diferenciación que agrava el problema, pues se pretende que tras la invocación de la mera fórmula de la libre valoración (pero sujeta a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos), se cumple el imperativo legal que impone altos estándares de racionalidad e intersubjetividad.

§192. *Inexistencia de un criterio único de interpretación.* La obligación de dar cabal cumplimiento a las altas exigencias de motivación que impone el código chileno no ha sido recogida plenamente en la praxis, pues no existe en la Cortes - en la actualidad- una interpretación univoca en orden a lo que se entiende por fundamentación exhaustiva a la luz de la exigencia impuesta por el modelo legal y, por ende, no existe un único criterio interpretativo a la hora de fiscalizar el cumplimiento de este imperativo, pudiendo identificarse matices en este tema.

¹⁰²⁹ Sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de fecha 18 de marzo de 2006, publicado en *Revista Procesal Penal*, Ed. LexisNexis, Santiago, N° 45, marzo de 2006, p. 51.

La doctrina en Chile, sobre todo al implementarse la reforma procesal penal (2000) y en los primeros años de su vigencia gradual en todo el territorio nacional no dio muchas luces a la actividad jurisdiccional acerca de cómo debería realizarse una adecuada interpretación del actual modelo de valoración y fundamentación de las conclusiones probatorias y establecimiento del núcleo fáctico¹⁰³⁰.

Por otra parte y como se señaló, los tribunales superiores de justicia han oscilado entre diversas interpretaciones en cuanto a la comprensión de la libre valoración racional y, consecuentemente, de la motivación de la declaración de hechos probados a la hora de resolver los recursos de nulidad contra las sentencias dictadas por los Tribunales Orales del país, respecto de lo que pueden o no pueden controlar por esta vía en materia de hechos.

No se vislumbra en todas las sentencias de las Cortes un criterio que recoja los principios doctrinarios del derecho europeo continental que pueda servir para fijar los alcances y la adecuada interpretación de las normas y, en particular, de aquellas que obligan a realizar una completa, dialéctica y analítica fundamentación de la *quaestio facti*, lo que enriquecería enormemente la implementación práctica de nuestro moderno sistema probatorio.

Incluso más, al comenzar la implementación de la Reforma Procesal Penal, la Corte Suprema dictó un instructivo denominado Acta 79/2001 de 10 de enero de 2001 refiriéndose a la forma de dictar las sentencias definitivas en los procesos penales instruidos conforme al nuevo sistema.¹⁰³¹ Esta normativa sugiere la existencia de distorsión en orden a la comprensión del sistema racional de

¹⁰³⁰ Vid. Llanos, L. *Síntesis del nuevo proceso penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2003, p.111; Hermosilla, G. *Nuevo Procedimiento Penal*, Guías de clases n° 20, U. Central de Chile, Santiago, 2002, p. 85; Nahum, R. “Sistema probatorio del Código Procesal Penal”, *Rev. Gaceta Jurídica Lexis Nexis*, Año 2001, n. 247, pp. 17; Carocca, A. *El nuevo...* op. cit. p. 233 y Núñez, J. *Tratado del Proceso Penal y del juicio oral*. T.I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 262. Con algún grado de profundidad: Baytelman, A. “La fundamentación de la...” op. cit. pp. 283 y ss. y *La función del Juez en el juicio oral*. Textos de docencia, U. Diego Portales, Santiago, 1999, Pramps, C. *El control del establecimiento de los hechos en las sentencias penales*, Ed. Prolibros Santiago, 2da. Edición, pp. 245 y ss. y Pozo, N. *Argumentación de la sentencia penal*, Ed. Punto Lex, Santiago, 2007. Existe, sin embargo una creciente y progresiva producción literaria que se ocupa de este tema más profundamente, y desde la vereda de la epistemología, y que se plasma fundamentalmente en artículos incluidos en revistas de derecho, según se ha dado cuenta en el *iter* de este trabajo y que se corresponde con el surgimiento de una nueva generación de investigadores.

¹⁰³¹ Señala el instructivo en su letra c): “En numerandos continuos se harán los enunciados indicados en los párrafos a) y b) del artículo 342 del Código Procesal Penal. Respecto del apartado signado con la letra c) del artículo citado, se hará una relación precisa y muy abreviada del o de los hechos acreditados, de sus circunstancias modificatorias y de los elementos de prueba que los fundamenten, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal. En igual forma, se hará referencia a continuación de la prueba producida y desestimada. Como criterio general se evitará toda retórica. Si hay acciones civiles, las motivaciones que lleven a acogerlas o denegarlas y los fundamentos de derecho, se redactarán con la misma metodología”. Agrega en su letra e) “Para mejor cumplimiento de estas instrucciones, se autoriza el uso de modelos de sentencia, tipo computarizado, que se facilitarán por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, los que a la brevedad se harán llegar a las respectivas jurisdicciones”.

valoración probatoria y sus elementos definitorios, entre los cuales de cuenta la completa motivación de la *quaestio facti*, al imponerse sobre los juzgadores la utilización de plantillas, incluso para las sentencia de los tribunales orales a los que les corresponde conocer de los delitos graves y que ameritan pena de crimen.

De esta forma, el cumplimiento irrestricto de aquel instructivo, acarrearía eventualmente como consecuencia el incumplimiento del deber de motivación impuesto por el código en los artículos 342 letra c) y 297, lo que tiene reflejo en un potencial incumplimiento de garantías procesales tales como el derecho a la prueba, el derecho a defensa y el derecho al recurso.

No obstante lo anterior, la práctica se distanció del uso de las aludidas plantillas, sin perjuicio del déficit anotado en cuanto a la valoración racional del material fáctico y la obligación de motivación y su alcance.

11.- Cuadro de patologías de la motivación¹⁰³² y el recurso de nulidad

§193. *Categorización de los defectos de motivación a la luz de la causal de defecto de fundamentación en el derecho chileno.* La motivación como pilar estructurante del modelo racionalista de la prueba, está profundamente imbricada con la concepción de los recursos procesales, que a través de la motivación, son eficaces para el control del razonamiento probatorio. De este modo la motivación constituye la linfa vital, que le confiere existencia a la posibilidad de recurrir a instancias superiores de la incorrección de la decisión de tener por probados determinados hechos.

Entonces ¿cómo se articula el control del razonamiento probatorio a través de la motivación en la legislación positiva chilena?. Es necesario retomar lo prescrito en el artículo 374 letra e) y la remisión a los artículos 297 y 342 letra c) del CPP.

Estas disposiciones legales dan cuenta de la adscripción por el código chileno al modelo racionalista de valoración, que incorpora el método de corroboración de hipótesis como sistema de valoración de la prueba, al tiempo que permiten afirmar que en la legislación contempla la posibilidad de recurrir contra la sentencia que no cumple con las prescripciones del artículo 342 letra c), que exige que la sentencia debe contener una exposición clara, lógica y completa de cada

¹⁰³² Tomo la expresión de Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. pp. 202 y ss. Cfr. Un desarrollo de este tema también en Castillo, J.L., *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Ed. Grijley, Lima, 2013, pp. 345 y ss.

uno de los hechos o circunstancias que se dieren por probados fueren ellos favorables o desfavorables al acusado y de la valoración de los medios de prueba en que fundamenten la decisión sobre los hechos, de conformidad con la apreciación libre de la prueba, pero que conlleva la obligación de no contradecir las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos al tenor de lo prescrito en el artículo 297, ambas disposiciones analizadas con precedencia.

La norma que posibilita el recurso es el artículo 374 letra e) que reza: “*Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados: e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido algunos de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e)*”. En lo que en esta parte interesa, la letra c), se refiere a la valoración de la prueba.

Es posible efectuar una clasificación tripartita respecto de las patologías que puede afectar a la motivación, que comprende la motivación *omitida*, la *contradictoria* y la *insuficiente*¹⁰³³.

§194.1.- *La motivación omitida*. La motivación omitida alcanza a aquellas sentencias en que lisa y llanamente no existe análisis ni valoración de la prueba y aquellas otras en que existe cierto grado de motivación.

Así es posible distinguir entre motivación *formal* y motivación *sustancial*, en base a lo cual se puede realizar una nueva clasificación:

1.1.- *La motivación omitida formal* en la sentencia se produce cuando la sentencia consta de una sola parte, la dispositiva, sin que en ella haya rastro de prosa supuestamente motivatoria. Esta es una situación muy excepcional y difícil que se produzca en la praxis.

1.2.- *La motivación omitida sustancial*, que es más frecuente en la jurisprudencia posee tres versiones: la motivación *parcial*, la motivación *implícita* y la motivación *per relationem*.

1.2.1.- *La motivación omitida parcial* se produce cuando no se satisface el requisito de “completitud”¹⁰³⁴, a que se ha hecho referencia y que es una de las exigencias establecidas por ley en lo tocante a la motivación y que básicamente consiste en no justificar alguna o algunas de las decisiones sectoriales que preparan y condicionan la decisión final.

¹⁰³³ Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. p. 203.

¹⁰³⁴ Cfr. Taruffo, M. *La motivación de la...* op. cit. pp. 394 y ss.

Accatino¹⁰³⁵ distingue entre: falta de identificación total o parcial de los enunciados probatorios (cada uno de los hechos y circunstancias que se tienen por probados en términos positivos artículo 342 letra c), por ejemplo, se omite declarar en la sentencia que se tiene por probado con las grabaciones del sitio del suceso que Ticio (el acusado) por el homicidio y Cayo (la víctima) discutieron momentos antes del fallecimiento de éste y la falta de identificación de los elementos de juicio (medios de prueba), que justifican cada enunciado probatorio (exigencia que prevé el artículo 297), como por ejemplo, la declaración del testigo presencial que vio al imputado salir el sitio del suceso inmediatamente producida la muerte de la víctima.

Es muy común encontrar sentencias muy pródigas en argumentación relativa a la premisa normativa pero en que los argumentos relativos a la *quaestio facti* (o a medulares aspectos de esta) son estereotipados, formularios o muy mezquinos¹⁰³⁶.

1.2.2.- La *motivación omitida implícita*, consiste en suponer que, cuando no se enuncian las razones que fundan una decisión, éstas se infieren de alguna otra decisión tomada por el juez¹⁰³⁷, por ejemplo se otorga credibilidad al testimonio de Ticio (aduciendo que es imparcial) pero se le deniega credibilidad a Sempronio, consuegro y socio capitalista del imputado, sin señalar por qué, debiendo deducirse que porque al contrario de Ticio, si tiene interés en el resultado del juicio¹⁰³⁸.

1.2.3.- La *motivación omitida per relationem*, se produce cuando el juez, al tomar una decisión respecto de algún punto controvertido, no elabora una

¹⁰³⁵ Accatino, D. "El modelo legal..." op. cit. p. 143.

¹⁰³⁶ "El tópico que se cuestiona está avalando una inaceptable praxis, consistente en omitir en las resoluciones el tratamiento sistemático del contenido del cuadro probatorio, que se sustituye por referencias aisladas a algunos elementos del mismo; por lo regular los de cargo, en el caso de sentencias condenatorias. Referencias que, además, suelen introducirse en el apartado de los fundamentos de derecho destinado a argumentar sobre la autoría. Así, los datos de la *quaestio facti* pierden cualquier sustantividad para convertirse en meros elementos de apoyo del discurso sobre los aspectos jurídicos de la imputación" Andrés, P. "Sobre prueba y motivación..." op. cit. pp. 92 y ss.

¹⁰³⁷ "Es cierto que la relevancia de la motivación en la materia goza de autorizado reconocimiento jurisprudencial del más alto rango. Pero también lo es que, no obstante lo categórico de muchas de las aserciones, las propias resoluciones en las que ese criterio se expresa, fácilmente pasan luego, sin solución de continuidad, a dar por bueno lo que no son sino verdaderas ausencias de motivación.(...) Tal es, por ejemplo, el caso de la llamada motivación implícita. O motivación 'no dicha', que cuenta con una franca aceptación en nuestra jurisprudencia. Sobre todo tratándose de supuestos de la llamada prueba 'directa'". Zubri de Salinas, F. ¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto, *Rev. Jueces para la democracia*, N°50, julio 2004. p. 56.

¹⁰³⁸ Igartua, J. *La motivación de las...* op. cit. pp. 204-205.

justificación autónoma *ad hoc* sino remite a las razones contenidas en otra sentencia¹⁰³⁹.

Accatino¹⁰⁴⁰ señala hipótesis que, a su juicio, serían de motivación incompleta, y que igualmente calzan en la categorización de Igartua, por lo que serían de fundamentación omitida-incompleta. Y son:

1.2.4.- *La motivación omitida –incompleta- por insuficiencia interna en relación al texto de la sentencia:* falta de expresión de la relación de corroboración entre elementos de juicio y enunciado probatorio, cuando ella no sea evidente, por ejemplo si en la sentencia se señala que con la declaración del perito que depuso que las ropas de Ticio se han encontrado manchas de sangre (pero sin señalar a quien pertenecen), se concluye que en base a tal peritaje Ticio dio muerte a Cayo.

1.2.5.- *La motivación omitida -incompleta- por Insuficiencia en relación al proceso:*

1.2.5.1.- *La motivación omitida –incompleta- por omisión absoluta de consideración de algún medio de prueba aportado (sea para atribuirle valor probatorio, o para negárselo),* por ejemplo, existe el testigo Sempronio que declaró en juicio, pero su declaración no fue valorada ni para atribuirle valor de corroboración a algún enunciado fáctico, ni para negárselo, y

1.2.5.2.- *La motivación omitida –incompleta- por omisión parcial de consideración de algún medio de prueba,* al no considerarse debidamente a objeciones, pruebas auxiliares o contrapruebas presentadas en el proceso, que pudieran afectar el valor probatorio del medio de prueba en cuestión por ejemplo, sí se acreditó la teoría del caso de la defensa en el sentido que el día de los hechos Ticio estaba preso y pierde valor de corroboración la declaración del testigo Sempronio que lo vio en el lugar de los hechos.

Todas estas hipótesis vulneran la exigencia legal que impone a las sentencias la necesidad de una exposición clara, lógica y sobre todo completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundamenten dichas conclusiones (artículo 342 letra c), realizadas mediante los parámetros del modelo racionalista (artículo 297 inciso primero) y permiten reclamar del vicio mediante la interposición del recurso de nulidad por defecto de fundamentación o motivación (artículo 374 letra e), el que si es acogido implica la nulidad del juicio oral y la obligación de realizar un nuevo juicio por tribunal no inhabilitado.

¹⁰³⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁴⁰ Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. p. 143.

§195.2.- *La motivación insuficiente.* La cual no debe ser confundida con la motivación incompleta o parcial, que puede ser englobada en la anterior (motivación omitida) con sus diversos matices. Así, señala Igartua¹⁰⁴¹, que motivación completa y motivación suficiente no son expresiones redundantes, la primera es aquella que justifica todas las decisiones relevantes que predeterminan la decisión final, la segunda –motivación suficiente- es la que aporta todas razones (jurídicas y de otra índole) necesarias para ofrecer una justificación apropiada. Constituyen ejemplos de motivación insuficiente cuando la sentencia no expresa las premisas de sus argumentaciones; cuando no justifica las premisas que no son aceptadas por las partes, cuando no indica los criterios de inferencia (por ejemplo máximas de experiencia) a que ha recurrido, cuando no explicita los criterios de valoración adoptados, cuando al elegir una alternativa en lugar de otra no explica por qué ésta es preferible a aquélla, etc.

Es posible recurrir de nulidad con base en esta hipótesis, por infracción a la exigencia de que el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso la que desecha, indicando las razones para ello (artículo 297 inciso 2) e igualmente la exigencia de que la valoración de la prueba requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos o circunstancias que se dieron por probados, fundamentación que deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare en la sentencia (artículo 297 inciso final).

§196.3.- *La motivación contradictoria.* Las contradicciones de la motivación se manifiesta en algunas hipótesis características:

Lo más palmario, en esta subespecie, es la contradicción entre lo dispositivo y considerativo del fallo o si falta conexión entre la decisión y los argumentos aducidos en la motivación (que también puede considerarse de motivación omitida). Si bien son evidentes y gruesas, no son las que más frecuentemente se producen en las sentencias.

Existe otro acápite de motivación contradictoria que es aquélla en que la fundamentación misma es contradictoria pues posee argumentos que colisionan entre sí, por ejemplo se da credibilidad al testigo Sempronio en la parte que dice que vio a la víctima Ticio siendo acuchillada por el imputado Cayo, pero se la

¹⁰⁴¹ *Ibidem*, p. 207. La motivación insuficiente abraza todos y cada uno de los elementos de juicio –a diferencia de la incompleta- pero la justificación es insuficiente.

desestima cuando afirma que previamente vio Ticio atacando a Cayo con el arma que luego le fue arrebatada por éste.

Se pueden considerar patologías de este tipo igualmente las siguientes, a las cuales Accatino denomina *fundamentación defectuosa*¹⁰⁴²:

3.1- *Fundamentación defectuosa por contradicción lógica* entre afirmaciones contenidas en la sentencia; (por ejemplo, se señala que Cayo murió producto de un disparo y que Cayo murió antes, de un ataque al corazón ante la inminencia del disparo).

3.2- *Fundamentación defectuosa por inconsistencia entre las premisas* (elementos de juicio y generalizaciones) y las conclusiones en las inferencias individuales que establecen relaciones de corroboración.

Lo anterior puede ser reclamado a través de la causal de defecto de fundamentación por contener la sentencia argumentaciones que infringen lo dispuesto en el artículo 297, inciso primero, esto es los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos e igualmente porque la fundamentación, en base a las contradicciones e inconsistencia referidas, no permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare en la sentencia, artículo 297 inciso final.

Señala Igartua¹⁰⁴³ que dentro de este apartado caben también las motivaciones llamadas ilógicas, es decir, aquellas que, aun no manejando argumentaciones incompatibles, sin embargo, no respetan la coherencia textual. E igualmente aquellas que no respetan las reglas de la lógica, de la ciencia o de la experiencia común.

§197.4.- *La motivación defectuosa por defecto en el uso de máximas de experiencia o conocimientos científicos.* Accatino¹⁰⁴⁴ estima la existencia de una cuarta categoría de patologías de la motivación que comprende, además de algunos casos de motivación contradictoria e inconsistente, defectos en el uso de las máximas y los relativos a los conocimientos científicos.

4.1.- *Defectos en el uso de las máximas de experiencia*, que engloba a:

4.1.1.- *Contradicción entre una relación de corroboración establecida en la sentencia y una máxima de experiencia generalmente aceptada*, por ejemplo si se aplica la máxima de experiencia que indica que generalmente las personas

¹⁰⁴² Accatino, D. "El modelo legal..." op. cit. p. 143.

¹⁰⁴³ Igartua, J, *La motivación de las...* op. cit. p. 207.

¹⁰⁴⁴ Accatino, D. "El modelo legal..." op. cit. p. 143.

recuerdan de mejor forma y con más detalle cuando ha transcurrido menor tiempo entre el suceso que describen y la declaración que prestan y luego se le da mayor credibilidad a la declaración que el testigo prestó más alejado del hecho en el tiempo que la que prestó inmediatamente de sucedido.

4.1.2.- *Falta de fundamento de las presuntas máximas de la experiencia invocadas*, como la que afirma que las personas que visten indumentaria deportiva se dedican a actividades delictuales.

4.1.3.- *Falta de descarte de las circunstancias que haría inaplicable la máxima de la experiencia en el caso concreto*, como en el caso del aquella que señala que los perros entrenados como cuidadores ladran cuando algún desconocido se acerca al lugar que vigilan, y no habiéndose escuchado ladridos, concluye que quien ingresó no era desconocido, pero no se hace cargo de que pudo haberse proporcionado un sedante al perro, habiéndose encontrado comida cerca de él que no le fue dada por su dueño.

4.2.- *Defectos relativos a los conocimientos científicos afianzados*, uso expreso o tácito, de generalizaciones que contrasten con conocimientos científicamente afianzados, como cuando se atribuye valor a un peritaje que señala que la marihuana sólo produce efectos terapéuticos y ningún efecto adverso, existiendo otros cinco peritajes que concluyen en contrario.

La causal de nulidad del artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) y 297 del CPP, permiten recurrir de nulidad, cuando la sentencia contenga una motivación defectuosa en los términos reseñados, esto es, la valoración de la prueba y la fundamentación de la sentencia contrarían los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados (artículo 297 inciso primero)¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁵ Bustamante ha indicado que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Colombia) ha identificado los siguientes errores en la motivación, que desconocen el debido proceso y, en consecuencia, la presunción de inocencia, particularmente la última hipótesis: a) la ausencia absoluta de motivación (el fallador no expone la razones de orden probatorio ni los fundamentos jurídicos en los cuales sustenta su decisión), b) la motivación incompleta o deficiente (omite analizar alguno de los aspectos señalados o los motivos aducidos son precarios), c) motivación ambivalente o dialógica (las contradicciones que contiene la motivación impiden desentrañar su verdadero sentido o las razones expuestas en ellas son contrarias a la determinación adoptada en la resolutive), y d) la motivación falsa (motivación del fallo se aparta abiertamente de la verdad demostrada en el proceso). Bustamante, M. “El estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia” en Leonardo López (ed.), *La prueba y la decisión judicial*, Sello Editorial, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, p. 214.

11.1.- Motivación, recurso de nulidad y estándar de prueba

§198. *El control del cumplimiento del estándar de prueba a través del recurso de nulidad.* Como se analizó, la motivación exigente y detallada de la sentencia, en el modelo legal de fundamentación de la decisión sobre la prueba presente el código chileno, incluye –a fin de concebirlo como un modelo pleno- lo relativo al cumplimiento del estándar objetivo de prueba. La otra cara de esa obligación está constituida por la facultad de fiscalizar su cumplimiento a través del recurso de nulidad, por el cauce del artículo 374 letra e).

En la primera parte de este trabajo se hizo caudal respecto de los intentos de la defensa, que en la práctica, ha pretendido censurar el cumplimiento de lo relativo al estándar de prueba penal de más allá de toda duda razonable, por la vía de la causal autónoma del artículo 373 letra a)¹⁰⁴⁶, que es de conocimiento del máximo tribunal de nuestro país. En efecto, invocando la vulneración a la garantía de presunción, se intenta la nulidad de la sentencia por cuanto se estima que la prueba producida es insuficiente para condenar o, en otros términos es insuficiente para derrotar la presunción de inocencia, por no haberse colmado las exigencias del estándar de prueba en materia penal.

Es objetable tal vía por lo que se señaló al tocar el tema, lo que ahora tiene mayor sustento en las consideraciones que se han realizado respecto de la construcción del modelo legal de motivación de los enunciados probatorios, la concepción del recurso de nulidad y el alcance del control.

No es factible ni necesario que la Corte Suprema valore directamente la prueba, para posibilitar el análisis de la vía que se intenta, debiendo centrarse en la construcción de la racionalidad del juicio de hecho, lo que incluye por cierto, la suficiencia o insuficiencia de la prueba. Por ello es acertado lo resuelto por la Corte Suprema, que en todos los casos¹⁰⁴⁷ reconduce la causal a la letra e) del artículo 374, esto es, defecto de motivación o errónea valoración de la prueba, remitiendo los antecedentes a la respectiva Corte de Apelaciones para su conocimiento.

Por otra parte si no se cuenta con una propuesta de estándar objetivo de prueba ¿cómo es posible exigirle al tribunal de nulidad que se pronuncie respecto

¹⁰⁴⁶ Artículo 373. *Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:*
a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encontraren vigentes. Analizado en el capítulo 1.

¹⁰⁴⁷ Hasta ahora solo ha conocido por este vía de una causa: el llamado “caso Chat”. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de abril de 2005, Rol N° 740-2005.

del cumplimiento de un estándar que no se conoce?, ¿qué *test* debieron haberse superado?, ¿con qué se debió confrontar la suficiencia de la prueba por el tribunal de juicio oral? Todas estas interrogantes hacen inviable la causal que se analiza.

§199. *La vía idónea para fiscalizar el cumplimiento del estándar de prueba penal.* El camino que se estima adecuado, presupone la existencia de un estándar de prueba que se aleje de la concepción íntima o subjetiva que lo identifica con las creencias del adjudicador, pues éste resulta incontrolable, por lo tanto debe ser objetivo y controlable.

Así las cosas, es posible plantear que, dentro de las exigencias de la sentencia estatuidas en el artículo 342 letra c), debe considerarse también lo relativo al estándar de prueba, ya que sin la consideración de éste, no puede existir una motivación completa que satisfaga los requerimientos de la exigente norma indicada.

Se estima por Accatino¹⁰⁴⁸, que el incumplimiento del estándar de prueba podría estar cubierto por la hipótesis de inconsistencia entre las premisas (elementos de juicio y estándar de prueba) y las conclusiones en la valoración conjunta, que resuelve sobre la prueba de cada enunciado probatorio principal. Decir que en el proceso existen suficientes elementos de juicio a favor de la Hipótesis de la acusación –que Ticio mató a Cayo-, significa que no subsisten contrapruebas, por ejemplo se ha refutado la hipótesis de que Ticio se encontraba preso el día de los hechos, pues son falsos los documentos que así lo sostenían; ni subsisten hipótesis compatibles con la defensa, por ejemplo no se logra corroborar que Ticio concurrió en auxilio de Cayo y quitó el arma al verdadero homicida, quien minutos antes había dado muerte a Cayo.

Por lo anterior, igualmente no parece haber mayor dificultad en admitir que una sentencia que, por ejemplo, declare probada la participación del acusado, no obstante haber aportado su defensa prueba testimonial de coartada, y que no justifique en su motivación suficientemente la falta de credibilidad de aquella prueba testimonial, resultará contraria a los principios de la lógica en el marco de un proceso que establece un estándar de prueba altamente exigente¹⁰⁴⁹.

Ello por cuanto, no se ha cumplido el segundo *test* del esquema de estándar propuesto por Ferrer¹⁰⁵⁰, que establece que “deben haberse refutado todas las

¹⁰⁴⁸ Accatino, D. “El modelo legal...” op. cit. p. 143.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁵⁰ Ferrer, J. *La valoración racional de...* op. cit. p. 147.

demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado”, no se ha satisfecho el tercer *test* del esquema propuesto por Accatino¹⁰⁵¹: “que los datos probatorios disponibles resulten muy difícilmente explicables por las hipótesis compatibles con la inocencia del acusado que hayan sido alegadas por la defensa” y finalmente el primer *test* de Laudan¹⁰⁵², “si existen pruebas inculpatorias fiables cuya presencia sería muy difícil explicar si el acusado fuera inocente, sumado a la ausencia de pruebas exculpatorias que serían muy difíciles de explicar si el acusado fuera culpable”.

Es posible entonces fiscalizar el cumplimiento del estándar de prueba a través de recurso de nulidad, pues el control apuntaría a determinar si se encuentra correctamente justificada o no, de acuerdo al estándar de prueba, la suficiencia (o la insuficiencia, en su caso) de los elementos de juicio para tener por probado un cierto enunciado empírico¹⁰⁵³.

No es que la Corte remplace la valoración que realiza el tribunal de fondo, por una nueva, distinta y directa valoración de la prueba, sino que valore la justificación de la prueba como suficiente para condenar o insuficiente para absolver, lo que supone diferenciar entre adoptar una nueva decisión sobre los hechos y revisar la justificación de una decisión sobre los mismos.

La casual que sirve para reclamar la transgresión al estándar de prueba prefijado es la misma a que se viene aludiendo, el artículo 374 letra e), que podría situarse en el cuadro de patologías analizado en la *fundamentación defectuosa*. Específicamente en el acápite de *defectos lógicos* y, más rigurosamente, en inconsistencias entre las premisas: (elementos de juicio y estándar de prueba) y las conclusiones en la valoración conjunta que resuelve sobre la prueba de cada enunciado probatorio principal.

12.- cumplimiento de la garantía del derecho al recurso a la luz de la libre valoración, la intermediación, el estándar de prueba y la motivación

§200. *El recurso de nulidad un expediente óptimo para revisar el establecimiento de los hechos.* Frente a las sanciones de que ha sido objeto el Estado Español por no cumplir con la garantía del derecho al recurso, en el señero caso de Vázquez con España y las sanciones, que a su turno le correspondió a

¹⁰⁵¹ Accatino, “El modelo legal de...” op. cit. p. 140.

¹⁰⁵² Laudan. L. *Verdad, error y proceso...* op. cit. p. 127.

¹⁰⁵³ Accatino, D. “Forma y sustancia...” op. cit. p. 353.

Costa Rica, en su símil en el ámbito latinoamericano, el caso Herrera Ulloa con Costa Rica¹⁰⁵⁴ y fundamentalmente, por lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Norín Catrimán y otros o llamado *caso de Los Lonkos*, que es de data reciente¹⁰⁵⁵, es hora de poner de relieve el recurso de nulidad como un recurso que integra un sistema legal pleno de motivación de la decisión acerca de los hechos declarados probados y su control.

Con lo que hasta aquí se ha estudiado, es posible decir tajantemente que el recurso de nulidad no es solo un recurso formal y de derecho estricto, asimilable de lleno a la tradicional (y anquilosada) interpretación de la casación, que excluye toda posibilidad de revisar las cuestiones de hecho, por el temor a subvertir su naturaleza. El recurso de nulidad, consta de la historia legislativa de su establecimiento, fue concebido como un recurso amplio que permite revisar como se establecieron los hechos probados, pues fue concebido en remplazo de uno que tenía por objeto el *apartamento manifiesto y arbitrario de la prueba*¹⁰⁵⁶.

En el aludido fallo de *Norín Catrimán y otros contra Chile*, la Corte no estimó necesario ordenar a Chile la adecuación de su ordenamiento jurídico interno en base a la solicitud de la Comisión, pues no fue acreditada una violación al artículo 2 de la Convención, esto es, la obligación de contemplar en las correspondientes legislaciones internas las normas necesarias a fin de respetar los derechos y libertades reconocidas por la Convención, específicamente en lo relativo a la garantía a recurrir del fallo condenatorio, previsto en el artículo 8.2.h¹⁰⁵⁷, sino que la violación del derecho a recurrir del fallo condenatorio, que fue declarado, derivó de la actuación de los tribunales judiciales en los casos concretos, quienes realizaron una interpretación que no permitió la impugnación de cuestiones fácticas del fallo condenatorio del tribunal de fondo¹⁰⁵⁸. No obstante, hace

¹⁰⁵⁴ Entre otros pronunciamientos de estos organismos internacionales.

¹⁰⁵⁵ Fallo de la CIDH Norín Catrimán y otros con Chile de fecha 29 de mayo de 2014, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

¹⁰⁵⁶ Recurso extraordinario que implicaba examinar nuevamente el fondo del asunto, pudiendo cambiar la decisión (el que fue aludido en el primer capítulo de este trabajo), desechado y sustituido por el actual recurso de nulidad.

¹⁰⁵⁷ “La Corte considera que los elementos aportados no son suficientes para concluir que la causal del artículo 374.e) del Código Procesal Penal no cumple con el estándar de recurso eficaz garantizado en el artículo 8.2.h de la Convención en lo que respecta a su amplitud para comprender la impugnación de cuestiones fácticas por medio de argumentaciones referidas al juicio probatorio realizado por el tribunal inferior”. Fallo CIDH Norín Catrimán y otros con Chile, p.102.

¹⁰⁵⁸ El Fallo de la CIDH realiza un examen de las sentencias de la Corte Suprema de fecha 15 de diciembre de 2003 y de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 13 de octubre de 2014, las que desecharon los recursos interpuestos. Se reprocha al máximo tribunal que resolviera “[...] no se observa que la sentencia impugnada por los recursos no cumpla con los requisitos de la letra c) y d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, toda vez que se aprecia una exposición clara, lógica y completa de los hechos, y las razones que sirven para calificar cada uno de los hechos, más allá de toda duda razonable[...].” por lo que señala la

presente la Corte la necesidad que los tribunales chilenos apliquen los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, respecto del contenido del derecho a recurrir del fallo, ya que el recurso debe permitir un control amplio de los aspectos impugnados.

Respecto de estos criterios, me permito transcribirlos, por cuanto su análisis, a la luz de todo lo que hasta aquí se ha reflexionado, resulta enriquecedor en orden a la correcta interpretación del recurso de nulidad chileno¹⁰⁵⁹, estos son:

a.- Recurso ordinario, es decir, debe ser garantizado antes que la sentencia tenga la calidad cosa juzgada, pues trata de evitar que se cumpla una decisión viciada, lo que es cumplido a cabalidad por el recurso materia de este trabajo, pues está establecido por la ley para aquél condenado que estime la imposición de una condena ha sido errónea, antes de que sea ejecutada.

b.- Recurso accesible, en orden a su admisibilidad, lo que se entiende cumplido en la medida que las Cortes chilenas, no establezcan requisitos no previstos en la ley o interpreten las causales de inadmisibilidad con excesivo rigor formalista.

c.- Recurso eficaz, que cumpla el fin para el cual fue concebido, es decir, procurar la corrección de una condena errónea, lo que tiene un claro componente epistemológico, y resulta coherente con la concepción racional del proceso y del recurso como medio de control de la decisión de tener por acreditados los enunciados de contenido fáctico que sustenta la acusación.

d.- Recurso que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido, lo que es posible, pues a través del recurso de nulidad es viable controlar las inferencias que realice el juez de los hechos, respecto de los elementos de juicio, en lo que dice relación con su atendibilidad y con la valoración conjunta de la prueba, lo que se debe explicitar en la motivación que está sujeta a elevadas exigencias a fin de ser considerada suficiente y correcta.

e.- Recurso al alcance de toda persona condenada, incluso debe estar a disposición de quien es condenado mediante una sentencia que revoca una

CIDH, después de hacer una referencia descriptiva a los hechos que el tribunal de fondo dio por probados, al juicio de tipicidad de los mismos y citar partes del análisis probatorio, la Sala Segunda de la Corte Suprema se limitó a concluir las tres líneas indicadas.

Respecto de la Corte de Temuco, se cuestiona que ésta expresó que no puede “(...) entrar a revisar los hechos que fueron fijados en ella, ya que de lo contrario, se afectaría el principio de la inmediatez, y se desnaturalizaría el recurso de nulidad en los aspectos de hecho tal y como fueron fijados (...) por el tribunal de fondo”. Además, señala la Corte de Temuco que no debe ser valorada toda la prueba conforme al artículo 297 sino únicamente aquella que sustente las conclusiones del juez de los hechos. pp. 96 y ss.

¹⁰⁵⁹ Fallo de la CIDH Norín Catrimán y otros con Chile, p. 93.

decisión absolutoria, lo que está recogido expresamente en la ley en el artículo 387 del CPP¹⁰⁶⁰.

f.- Recurso que respete las garantías procesales mínimas, lo que se cumple a cabalidad pues el recurso de nulidad, en sus motivos absolutos establece un catálogo de lo que se estima constituyen infracciones de garantías, cometidas en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia.

Comencé este camino teniendo como premisa que el objetivo del proceso penal es el establecimiento de la verdad, como presupuesto del objetivo principal del derecho de ser modelador de la conducta humana, objeto para el cual los diversos sistemas proveen estrategias para propender a la eliminación del error (o más modestamente, a la disminución de él). Las que se conciben en los sistemas del *common law* y que consisten, en que *a priori*, se establecen reglas que tienen por objeto impedir la sobrevaloración de determinados elementos de prueba por el jurado lego, cuyo veredicto es inmotivado y las vigentes en los sistemas del derecho europeo continental, en que se admite, en principio, la inclusión de toda prueba potencialmente relevante, recurriéndose para su valoración a las reglas de la epistemología general, concibiéndose en tales sistemas la exigencia de motivación y el control a través de los recursos que los ordenamientos provean.

Estos recursos, cuyo fin último es la disminución del error deben hacerse cargo de los principios que rigen en los sistemas acusatorios, principalmente el de oralidad e inmediación, lo que cobra relevancia en el caso chileno, que ha transitado recientemente de un sistema inquisitivo, en que tales principios eran del todo desconocidos, a uno acusatorio.

Esta es, entonces, la hora de demostrar que el recurso de nulidad es conciliable con la oralidad, y especialmente con la inmediación, y que constituye la vía idónea para controlar la calidad epistemológica de las conclusiones acerca de la prueba que se expresan en la motivación de la sentencia, y que por tanto, cumple plenamente las exigencias de los Pactos en orden a la garantía de recurrir contra la decisión de condena.

¹⁰⁶⁰ Artículo 387. *Improcedencia de recursos. La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código.*

Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales.

§201. *La incidencia de la libre valoración y estándar de prueba.* Tal como se ha asentado, la posición que se sustenta, al amparo del sistema racionalista de la prueba, excluye la posibilidad de toda interpretación de los criterios de racionalidad en clave subjetivista, toda vez que la libre valoración es un procedimiento racional y cognoscitivo, que implica que mediante el sistema de corroboración y refutación de hipótesis, se atribuyan grados de corroboración a una determinada hipótesis sobre los hechos y que además mediante el recurso a un estándar de prueba objetivo, sea posible determinar que la hipótesis de la acusación ha sido declarada probada, por haber alcanzado el nivel de suficiencia necesario, colmando los criterios establecidos previamente por el estándar de prueba, que no será jamás equiparable a las creencias del propio juzgador.

Es posible descartar, con propiedad, toda alusión de la jurisprudencia chilena, a estados inefables como la conciencia del juzgador, su soberano parecer, su íntimo convencimiento y otros en una larga retahíla de adjetivos similares que se advierten en algunas sentencias. El razonamiento probatorio, a la luz del sistema de sana crítica racional, que provee el código chileno, es controlable y exige ser controlado, a fin de dar cumplimiento a las garantías procesales penales involucradas, tales como el derecho a la prueba, el derecho a defensa y a la revisión integral del fallo condenatorio y el cauce adecuado por el que se debe desplegar tal control es el recurso de nulidad.

En materia de estándar de prueba, sólo una interpretación subjetivista de la motivación impide revisar lo relativo a la justificación de la suficiencia de la prueba, una interpretación racional erradicaría tal postulado y permitiría delinear una distinción entre decidir sobre la suficiencia de la prueba y revisar la justificación de la suficiencia de la misma¹⁰⁶¹.

§202. *El principio de inmediación.* Si se erradica la interpretación de la inmediación que lo concibe como método autónomo de decisión, en que el convencimiento del juez se produciría del contacto de éste con la rendición de los medios de prueba, es posible entrar en la senda de la racionalidad y situar a la inmediación en su justa medida.

¹⁰⁶¹ “Esta es la verdadera garantía del justiciable, saber con qué *dosis* de prueba de cargo el Estado podrá obtener del juez de los hechos un pronunciamiento de condena, cuánta prueba es suficiente para derrotar la presunción de inocencia y, además, saberlo de antemano” Araya, M. “Comentario a la SCA de Santiago de 10 de agosto de 2009 (Rol:1149-2009)”, *Revista Doctrina y jurisprudencia penal*, Universidad de Los Andes, Thomson Reuters, año 6, N° 23, 2015, pp. 57 y ss.

Junto a la oralidad y la contradicción, la inmediación debe ser entendida como una técnica de formación de la prueba, que implica la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales en todo el *iter* del juicio oral, excluyendo la presencia de terceros ajenos en quienes se delegue la recepción de la prueba, como ocurría profusamente en el sistema inquisitivo prereforma y asegurar el principio de contradicción, mediante el contrainterrogatorio de testigos y peritos.

En esta medida, no podrá ser invocada la inmediación para excluir el control que sobre la valoración de la prueba se pretenda realizar, pues sólo quedan cubiertas por ella y, exentas de motivación, las constataciones que son aquello que el juez aprecia por sus propios sentidos, por ejemplo que el testigo dijo lo que dijo, lo cual puede ser impugnado mediante la solicitud de cotejo con el audio correspondiente¹⁰⁶².

Nada más puede ser cubierto por el paraguas de la inmediación, pues la prueba valorada por el juez, de la forma señalada será objeto de inferencias, las cuales deben constar en la motivación y cuya corrección –no sólo formal- puede ser revisada en nulidad.

Los elementos arracionales, heurísticos, emotivos que surjan del contacto directo con la prueba, como una epifanía inefable, no cuentan como fundamentación de la decisión sobre la prueba, por cuanto no se pueden justificar y deben ser dejados de lado, precisamente por inmotivables.

§203. *La exigencia de una motivación detallada.* El derrotero por donde transita la racionalidad en un sistema de libre valoración de la prueba, es justamente la motivación o fundamentación de la sentencia, que permite cómodamente el control del aludido razonamiento.

Son, precisamente, las fuertes exigencias de motivación presentes en el código chileno, las que abren la posibilidad de control del juicio sobre los hechos, por cuanto representan una garantía en orden al cumplimiento y sujeción a los criterios de racionalidad de la epistemología general, por los cuales el legislador ha optado.

La motivación de las sentencias, en su conexión funcional con el derecho a defensa, forma parte de las exigencias del debido proceso, pues el derecho a

¹⁰⁶² Que en Chile es la forma de registrar los Juicios Orales, esto es, su grabación íntegra en sistemas de audio, pues el artículo 41 del CPP señala: *Registro de las actuaciones ante los tribunales con competencia en materia penal. Las audiencias ante los jueces con competencia en materia penal se registrarán en forma íntegra por cualquier medio que asegure su fidelidad, tal como audio digital, video u otro soporte tecnológico equivalente.* Y se ha optado por registrar las audiencias en sistemas de audio digital.

presentar pruebas en un proceso público y contradictorio resultaría ilusorio sino fuera exigible una respuesta justificada del juez, en la que deba dar cuenta a las partes que sus pruebas y sus argumentos han sido tomados en consideración y ponderados racionalmente¹⁰⁶³, lo que posibilita igualmente recurrir contra la sentencia.

Solo la interpretación en clave subjetivista de la libre valoración, del estándar de prueba y de la inmediación, en la postura que se ha criticado profusamente, y que forma parte del sistema íntimo o irracional de valoración, impiden la motivación de la decisión de tener por probados determinados hechos. A la inversa, los criterios de racionalidad junto a la inmediación en su versión débil, permiten y exigen que el juez justifique en la sentencia las inferencias que ha realizado, las generalizaciones empíricas que ha utilizado como regla de conexión, las conclusiones a que ha arribado y el camino recorrido para ello. Este camino no debe ser identificado, de ninguna manera, con el *iter* psicológico que lo ha motivado a adoptar una decisión, lo que resulta a todas luces controlable¹⁰⁶⁴.

§204. *El cumplimiento de la garantía del derecho al recurso.* La decisión del juez de los hechos respecto de la prueba, puede y debe ser controlada por un órgano distinto – en Chile las Cortes de Apelaciones y, eventualmente la Corte Suprema- a través del recurso de nulidad, que no es un medio para que la Corte se inmiscuya en el mérito de lo decidido y realice una nueva valoración de los elementos de juicio –como si se tratara de un recurso de apelación- sino que revise, el camino recorrido por el tribunal oral, pues una adecuada y exigente

¹⁰⁶³ Vid. Accatino, D. “La publicidad de las razones judiciales” en Alejandro Romero (coord.), *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavorari Oliveros*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 588.

¹⁰⁶⁴ Por lo que se sustenta en este trabajo no puedo estar de acuerdo con Jaime Laso cuando afirma que “el aceptar que el razonamiento judicial es no monotónico introduce una tensión entre dos derechos del mismo nivel: el derecho a una decisión razonada y el derecho a juicio oral porque, mientras la no monotonicidad exige que la decisión pueda ser modificada por aumento de información –que podría producirse después del juicio oral- obteniendo así razonamientos con más información como insumo, el derecho a juicio oral impone la obligación a nivel de recursos procesales de no revisar hechos y a nivel de la instancia oral de obtener una decisión razonablemente rápida [a causa de los principios de inmediación y celeridad]”. Laso, J. op. cit. p 161. Y discrepo, por cuanto, en primer término, que el proceso permita obtener información provisional o incompleta deriva del carácter de enunciados relacionales de los enunciados probatorios, que no permiten afirmar de modo absoluto que una proposición *p* está probada, sino únicamente con relación a un determinado conjunto de elementos de juicio y ese conjunto de elementos de juicio estará delimitado por los medios de prueba admitidos y practicados en el proceso, será el subconjunto de elementos que reste de aplicar aquellas normas que resguardan otros valores que no tienen que ver con la epistemología, y que se fundan en cuestiones valóricas, institucionales, de plazos etc., y que es lo que le atribuye ciertas peculiaridades a la actividad probatoria judicial. En segundo lugar, no vislumbro por qué los intervinientes y en especial, el condenado, no puede en virtud de lo anterior, obtener una respuesta justificada del juez, que dé cuenta de cómo ha valorado la prueba, mediante las correspondientes inferencias, que a su turno debe realizar y que se deben contener en la motivación cuyas intensas exigencias prescribe el CPP. Y finalmente, el recurso permite fiscalizar la declaración de hechos probados, recurso que no tiene por objeto los hechos sino que recae precisamente sobre la motivación.

motivación que dé cuenta de *la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se dieron por probados fueren ellos favorables o desfavorables al acusado y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones y del señalamiento de o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y permita la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare en la sentencia*, hace posible ampliamente este control.

No puede sostenerse que el recurso de nulidad chileno elude las exigencias del derecho al recurso, pues partiendo de la base que los instrumentos internacionales que consagran la garantía, no señalan que este remedio procesal deba ser la apelación o uno equivalente, que implique la posibilidad de conocer de las cuestiones de hecho y de derecho, sino que se ha resuelto que debe ser una vía que permita revisar la decisión sobre la prueba, el juicio de hecho¹⁰⁶⁵ y que debe cumplir los estándares aludidos con precedencia¹⁰⁶⁶.

Creo que el recurso de nulidad, en la interpretación que se viene sosteniendo, que comprenda el método de corroboración de hipótesis como sistema de valoración de la prueba, con recurso a los cánones de racionalidad de la epistemología general, que implique una interpretación objetiva y controlable del estándar de prueba, que designe a la inmediación únicamente como técnica de formación de la prueba y que culmine con una motivación exhaustiva y detallada que de cuenta a su turno del papel que juegan todos estos criterios en la libre valoración racional, hace posible el cumplimiento de la garantía del derecho al recurso.

Así, si el juez ha errado en la elección de una máxima de experiencia, se ha equivocado al realizar la inferencia, ha sostenido erradamente que se han colmado los requisitos de los *test* que conforman el estándar objetivo de prueba o no realiza un razonamiento reproducible de la valoración de la prueba, es posible dar cuenta de estos defectos a través de la causal de nulidad del artículo 374 letra e), es decir, si la sentencia hubiere omitido algunos de los requisitos de motivación previstos en el artículo 342 letra c), que a su vez prescribe la exhaustiva exigencia de fundamentación ya analizada, puede y debe ser anulada. En otras palabras si

¹⁰⁶⁵ Cfr. Igartua, J. *El comité de derechos...* op. cit. pp. 28 y ss.

¹⁰⁶⁶ Caso Norín Catrimán y otros con Chile en la CIDH, ya aludido, p. 93. Muchos de ellos asentados en el Caso Herrera Ulloa con Costa Rica. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

el razonamiento del juez es incorrecto, a la luz del modelo legal de fundamentación de las sentencias; si es incompleto y, con mayor propiedad, si es arbitrario, puede adecuadamente ser fiscalizado por la Corte, quien dará cuenta de los defectos de motivación analizados con precedencia, anulará el fallo y decidirá la realización de un nuevo juicio, preservando la garantía de una adecuada y completa motivación que deberá hacerse respetando los cánones de la racionalidad general y el estándar de prueba por el que se haya optado.

Es por ello que si se considera aisladamente la norma del artículo 374 letra e) del CPP, se podría llegar a sostener que el recurso de nulidad chileno no satisface los requerimientos de la garantía del derecho al recurso, y que, consecuentemente, tampoco podría satisfacer los requerimientos de los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del contenido del derecho a recurrir del fallo. No obstante lo anterior, si se interpreta y aplica esta causal de nulidad en conjunto con el artículo 342 letra c) y 297, que integran los criterios de un modelo racionalista de valoración probatoria, es viable predicar que este cauce de revisión de la sentencia resulta conciliable cabalmente con los requerimientos aludidos.

§205. *El derecho al recurso. Garantía procesal y epistemológica.* Finalmente es necesario dar cuenta que el derecho al recurso, si bien es cierto está concebido para el sentenciado, en orden a que la sentencia condenatoria sea revisada por un tribunal diverso del que la dictó para obtener un segundo pronunciamiento, como garantía de la erradicación del error judicial en el caso de condena, es a la vez una garantía epistemológica.

Si se parte de la base de lo asumido al inicio de este trabajo que el proceso penal tiene como objetivo la averiguación de la verdad de lo sucedido, el recurso es, en esa lógica, una estrategia de control *ex post* para lograr la reducción del error, es decir para controlar la calidad epistemológica de las conclusiones que sobre la prueba se plasmen en la sentencia. Por ende, el recurso debe ser concebido, tal como se ha hecho por el legislador chileno, de modo bilateral, es decir, le asiste tanto al acusado como al acusador, pues ambos pueden censurar la corrección de la decisión del tribunal oral, si lo buscado es acercarse lo más posible a la verdad, y asentado que la estrategia inicial fue la incorporación de toda prueba potencialmente relevante y la utilización de los criterios racionales de la epistemología general para su valoración, es posible que los yerros en la

actividad valorativa afecten por igual a ambos intervinientes, por lo que ambos deben estar en igualdad de condiciones para recurrir de la sentencia.

Conclusiones

Después de realizada la lectura del presente trabajo de investigación surge como legítimo anhelo que las afirmaciones iniciales “*los jueces de fondo son soberanos en el establecimiento de los hechos*”; “*el recurso de nulidad no puede abarcar la revisión de éstos pues no constituye instancia*” o “*el principio de inmediación produce en el tribunal de fondo una convicción que no es susceptible de censura*” no sean asumidas acríticamente o como un dato más en el análisis del recurso de nulidad.

Entonces es posible sustentar, con apoyo dogmático y doctrinario, la construcción de un sistema de control del establecimiento de las conclusiones probatorias y que ello es conciliable con la existencia de valoración libre, pero racional y con la inmediación entendida correctamente, esto es, como técnica de formación de la prueba y no como sistema valorativo autónomo. Además de concebir, en este contexto, al recurso de nulidad como garantía para el justiciable.

Como precedente de esta afirmación final existen otras intermedias que le dan fuerza y sustento, a saber:

1.- El sistema de sana crítica racional o libre valoración racional sólo tiene en común con el de la íntima convicción el rechazo de la existencia de tasas o valores predefinidos por la ley, pero categóricamente las exigencias de fundamentación que conlleva son infinitamente mayores, pues requieren llenar una cota mínima de racionalidad.

2.- Es un yerro de dimensiones hablar de prueba libre, sin más o de soberanía en la valoración, en un sistema de sana crítica racional; ya que siendo este trabajo cognoscitivamente reglamentado, ningún espacio existe para la discrecionalidad del juez. Los cánones de racionalidad del artículo 297 del CPP, esto es, principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos, no operan como perímetro dentro del cual obra la ilimitada facultad del adjudicador, sino que hacen posible la valoración determinando qué es lo que vale como razonamiento probatorio, desde el prisma de la epistemología.

3.- La valoración de la prueba es una actividad racional, llevada a cabo mediante la aplicación del método de corroboración de hipótesis o de probabilidad inductiva, el cual implica que la corroboración de una hipótesis, supone la posibilidad de predecir algún evento o estado de cosas empíricamente contrastables. Sin embargo la hipótesis por sí sola no permite en general derivar

una predicción que le aporte apoyo inductivo, se requiere además una serie de conocimientos previos del mundo y de ciertos hechos condicionantes particulares, que deben darse para que ocurra lo predicho.

En consecuencia, inferir en el contexto de la prueba, es realizar un proceso discursivo que permita el tránsito de una información, que produce un estado de conocimiento, mediante el uso de reglas que son generalizaciones de saber empírico (máximas de experiencia y conocimientos científicos), a otro estado de conocimiento.

4.- Es posible en un sistema de libertad de prueba recurrir a criterios epistemológicos de control intersubjetivo del razonamiento probatorio inferencial, que aunque no operen como las viejas reglas de prueba legal o tasada, permitan revisar aquel razonamiento en un sistema racional de valoración probatoria.

5.- Para determinar que la inmediación resulta sobrevalorada, es preciso realizar una diferenciación previa en relación a dos niveles en que ella puede operar. Así, si a través de la vía procesal de impugnación se pretende un reexamen de la prueba rendida que remplace al realizado por el de primera instancia, la inmediación resulta del todo necesaria y no puede soslayarse. A la inversa si lo que se controla es la racionalidad del establecimiento del núcleo fáctico, lo que no implica una nueva valoración de la prueba sino un control *ex post*, es posible atribuirle a la inmediación el adjetivo de sobrevalorada en la hermenéutica en que se sustenta la aplicación práctica del recurso de nulidad.

6.- En este último nivel puede afirmarse que la inmediación no es un método autónomo de valoración que pone al juez en contacto directo con la prueba y lo provee de una convicción instantánea, de naturaleza mística y sensorial, insusceptible de fiscalización, sino que es un método de formación de la prueba, el que, por cierto, es el que mejor se aviene con el juicio oral; que permite la concentración de los actos de prueba, fuente de la convicción -que racionalmente y mediante la inferencia probatoria- se adquiere; además de dotar a las partes de la posibilidad de que se aclaren dudas o contradicciones que surjan de las declaraciones de los testigos y peritos.

7.- Cualquiera otra interpretación del principio de inmediación que remita al subjetivismo o al plano de lo inefable, constituye una innegable barrera a la existencia de control, pues lo que el juez perciba directamente debe ser posible de racionalización y objetivación, de lo contrario no podrá formar parte del razonamiento probatorio.

8.- La manoseada, además de oscura, confusa e inútil, distinción entre prueba directa e indirecta y los mayores requerimientos que se le imponen a la segunda, resultan del todo incorrectos, pues la única diferencia entre ambas será el número de pasos inferenciales a través de los cuales la prueba se relaciona con el hecho principal.

En el marco de esta indeseada diferenciación, contribuiría de mejor manera al fin último de la búsqueda de la verdad en el proceso penal, ampliar el margen de aplicación de los requisitos que la jurisprudencia impone respecto de la valoración de la prueba indirecta y exigirlos al mismo tiempo respecto de la llamada prueba directa; fundamentalmente en lo que dice relación con la pluralidad de datos probatorios, su precisión, interrelación entre los elementos de prueba y, particularmente, lo relativo a la racionalidad de la inferencia y la explicitación en la motivación de cómo se llegó a dicha inferencia.

9.- Lo que el juez infiera a partir del contacto directo con las pruebas pertenece a la esfera de la razón no de la percepción. Las impresiones que el adjudicador experimente estarán dotadas, sin duda, de evidente valor heurístico, sin embargo, lo que el juez pretenda utilizar en la argumentación probatoria debe ser racional y cognoscitivamente aprehensible y susceptible de censura, de lo contrario deberá ser dejado de lado.

10.- Es imprescindible integrar en el razonamiento probatorio de la sana crítica racional un estándar que utilice criterios intersubjetivamente controlables, que señale cuándo se ha transpuesto el umbral que permita afirmar que existen suficientes elementos de juicio para dar por probada la hipótesis de la acusación en base a los criterios que proporciona el mismo estándar, pero con la exigencia de que tal umbral debe ser independiente de las propias creencias del juzgador y que por tanto lo aleje del subjetivismo y de la arbitrariedad, esbozando de esta manera una teoría sobre la razonabilidad de la duda, que se sustente en el lenguaje de la corroboración y plante una preferencia por las falsas absoluciones, lo que deberá ser completado en definitiva por la dogmática.

11.- La exhaustiva motivación exigida normativamente en el artículo 342 letra c) del CPP, no implica dar cuenta del *iter* mental o psicológico del juez de los hechos que lo llevó a arribar a una determinada conclusión probatoria, sino una justificación en sentido estricto; esto es, un razonamiento fundado únicamente en los elementos de juicio disponibles en el proceso, que permitan corroborar en forma suficiente la hipótesis declarada como probada.

12.- La motivación resulta insoslayable en un sistema racional de libertad de prueba, pues constituye una de sus notas características, que junto a la libre valoración y la versión débil de la inmediación posibilita el control por un tribunal distinto. Es posible el control mediante el juego combinado o interrelación de estos elementos, que tienen una perfecta coherencia interna, pues la fundamentación detallada permite que se puedan conocer las razones por las que se ha decidido; decisión que da cuenta del proceso de corroboración de la hipótesis que se declara probada y no del *iter* psicológico inescrutable del adjudicador y de las, que si es del caso, se hayan refutado, lo que puede ser controvertido mediante el recurso correspondiente, en Chile el de nulidad.

13.- Es insoslayable poner de manifiesto que el recurso de nulidad persigue la adecuada censura del juicio de racionalidad en el establecimiento de los hechos o, lo que es lo mismo, fiscalizar la justificación de la suficiencia de la prueba y no realizar una valoración directa sobre el material probatorio, como ocurriría con la apelación o el desechado recurso extraordinario, en Chile. Es diametralmente distinto efectuar una valoración *ex post*, aunque sea de la mayor intensidad, que un juicio sobre el hecho, lo que implica valorar directamente los medios de prueba introduciéndose así en el mérito de lo decidido, adoptando una nueva resolución sobre los hechos, pues -como certeramente se ha afirmado-, por más profundo y exhaustivo que sea este control no es posible que solapadamente se convierta en una nueva decisión, ya que afirmarlo sería algo así como decir que mientras más profundo es el control que un auditor realiza sobre el balance de una sociedad, tanto más se transforma en administrador.

14.- El carácter de extraordinario o de derecho estricto del recurso de nulidad no le impide erigirse en una vía de control eficaz e integral de la decisión de tener por probados ciertos hechos, pues precisamente uno de los motivos de impugnación –interpretado adecuadamente- es la omisión de algunos de los requisitos relativos a la fundamentación de los enunciados probatorios.

15.- Es necesario que la decisión sobre la cuestión de hecho sea objeto de censura por un órgano distinto del que la formuló, a fin de hacer vinculante el razonamiento inferencial que surge a partir de los criterios de la epistemología general que dotan de contenido a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, para que en definitiva la valoración no sea reducida a puro arbitrio potestativo.

16.- Es factible distinguir y delimitar las diversas situaciones en que puede descomponerse el defecto de fundamentación relativo a la *quaestio facti* y que constituyen el sustento de la causal de nulidad prevista en el artículo 374 letra e) del CPP, en relación con los artículos 297 y 342 letra c). Así el recurso de nulidad es una vía adecuada para conocer del establecimiento de las conclusiones probatorias –en los términos exigidos por los pactos-, es decir, a través de él se puede, y es un imperativo para la Corte, revisar la corrección de la decisión sobre los hechos, por cuanto la valoración de la prueba es una actividad eminentemente racional y guiada por la epistemología.

Es perfectamente posible determinar con auxilio de un estándar de prueba de naturaleza objetiva, la suficiencia de los elementos de juicio para justificar cada una de las hipótesis que se tienen por acreditadas al igual que la decisión final de la cadena argumentativa y que culmina con la decisión de absolución o condena.

17.- Por lo anterior resulta insostenible, después de la supresión del recurso extraordinario que había incorporado la Cámara de Diputados, propiciar la existencia de un cauce autónomo de nulidad por la vía del artículo 373 letra a) del CPP, por cuanto para ello se requiere que el tribunal de nulidad realice su propia valoración de la prueba a través del método lógico inferencial, resultando imprescindible la repetición del juicio oral, cosa que está vedada en nuestro actual medio de impugnación.

18.- Es necesaria la articulación del recurso de nulidad que lo acerque en una mayor medida a la concepción de garantía del condenado y propicie a través de él la revisión más integral posible de lo decidido por el tribunal de fondo, incluyendo, sin lugar a dudas, el establecimiento de los hechos, a fin de hacer factible el cumplimiento por nuestro país de los tratados internacionales que consagran esta garantía en materia procesal penal.

Sin desconocer la anterior dimensión del recurso, constituye una premisa que en el sistema racional de valoración de la prueba en que se inscribe el chileno, la búsqueda de la verdad es el objetivo del proceso penal, por lo que de esta manera el recurso debe ser concebido –como ocurre en Chile- tanto para el condenado como para el persecutor, pues se cometen yerros en las sentencias condenatorias como en las absolutorias, los que deben ser igualmente corregidos.

19.- Teniendo presente que se reconocen como garantías procesales el derecho a defensa y como derivación de éste, el derecho a la prueba, una visión cercenada del recurso de nulidad o injustificadamente restringida, gravita

derechamente sobre este orden de garantías procesales, pues no permite dar cuenta de una ausente o errónea motivación, que es el vehículo por medio del cual transita la valoración y la aplicación de un estándar objetivo de prueba.

Así, igualmente afecta el derecho a la presunción de inocencia, pues la seguridad jurídica exige que el estándar de prueba que se aplicará en el juzgamiento de los hechos sea conocido de antemano, ello constituye la gran garantía para el justiciable: saber a cabalidad cuánta justificación es necesaria para entender derrotada la presunción de inocencia o, en otros términos, cuánta exigencia es necesario colmar para ser condenado. Si este estándar objetivo y prestablecido es transgredido por el juez de los hechos, ello puede ser corregido a través del recurso de nulidad, pero si la hermenéutica de éste es reducida, tal corrección no será, entonces, posible.

La importancia de una definición clara del estándar de prueba y de los criterios epistémicos que conforman la libre valoración de la prueba son fundamentales, puesto que sin ellos no puede concebirse una valoración racional de la prueba ni su control a través del recurso de nulidad.

Bibliografía citada

ABEL LLUCH, X. “La dosis de prueba: entre el *Common Law* y el *Civil Law*”, *Rev. Doxa*, N° 35 (2012).

ACCATINO, D. “Atomismo y Holismo en la justificación probatoria” *Rev. ISONOMIA*, N° 40, abril 2014.

“La motivación de las decisiones judiciales como garantía de la racionalidad en la valoración de la prueba” en Mónica Bustamante (Coord.) *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses*. Universidad de Medellín, Bogotá, 2012.

“Certezas, dudas y propuestas entorno al estándar de prueba penal”, *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, Valparaíso, Segundo semestre de 2011.

“El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios y su control a través del recurso de nulidad”, en La Misma (ed.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Legal Publishing, 2010.

“Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal”. *Rev. de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 31, N° 1, 2010.

“La aceptabilidad de los enunciados empíricos en el proceso penal” en Fernández, J. (coord.), *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del derecho penal*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2008.

“La publicidad de las razones judiciales” en Alejandro Romero (coord.), *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavorari Oliveros*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007.

“Los peligros del cajón de sastre. Sentencia de nulidad por falta de fundamentación de las conclusiones probatorias en el caso Tocornal (Corte Suprema)”, *Rev. de derecho UACH*, vol. XX, N°1, Julio, 2007.

“La fundamentación de la declaración de los hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”, *Rev. de Derecho UACH*, vol. XIX, n. 2, diciembre, 2006.

La motivación de las sentencias. Genealogía y teoría, Tesis para la obtención del grado de Doctor, Universidad de Granada, 2005. <http://hera.ugr.es/tesisugr/15837889.pdf> , (última visita 9 de febrero de 2016), Universidad de Granada.

“Notas sobre la aplicación de la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial”, *Rev. de Derecho UACH*, vol. XIII, diciembre 2002.

AGÜERO, C. y COLOMA, R. “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, *Revista chilena de derecho*, vol. 41, N° 2, 2014.

AGUILÓ, J. “De nuevo sobre ‘independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica’”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 46, año 2003.

“Independencia e imparcialidad de los jueces”, *Rev. Isonomía*, N° 6, abril de 1997.

ALEXY, R. y ANDRES, P. “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia” *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

ALISTE, T. *La motivación de las resoluciones judiciales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

ALLEN, R. “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico” en Carmen Vásquez (ed.), (traducción de Diego Dei Vecchi y Carmen Vásquez), *Estándares de prueba y prueba científica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

ALVARADO VELLOSO, A. *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Ed. Librotecnia, Santiago, 2010.

AMBOS, K., MAIER, J.B.J. Y WOISCHNIK, J. *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

ANDRES IBAÑEZ, P. “Sobre prueba y motivación”, en María Isabel De la Iglesia (ed.), *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.

Prueba y convicción judicial en el proceso penal, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

“Justificación de las decisiones judiciales: una aproximación teórico práctica”, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

“‘Carpintería’ de la sentencia penal (en materia de ‘hechos’)”, en *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

Los “hechos” en la sentencia penal, Ed. Fontamara, México D.F., 2007.

“Sobre prueba y proceso penal” *Rev. Doxa*, N° 3, (2003).

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_05.pdf (última visita 3 de septiembre de 2015).

“Sobre el valor de la inmediación. (Una aproximación crítica)”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 46, marzo de 2003.

“Sentencia penal: Formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción”, *Rev. del Poder Judicial*, N° 57, Primer trimestre de 2000.

“De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 22, febrero, 1994.

“Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Rev. Doxa*, N° 12, 1992.

Las garantías del imputado en el proceso penal”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>

(última visita 9 de febrero de 2016)

ARAGONESES, P. y GUASP, J. “Los Recursos de casación y extraordinario por infracción procesal”, *Rev. de Derecho procesal*, N° 1-3, año, 2002

ARAYA, M. “Comentario a la SCA de Santiago de 10 de agosto de 2009 (Rol:1149-2009)”, *Revista Doctrina y jurisprudencia penal*, Universidad de Los Andes, Thomson Reuters, año 6, N° 23, 2015.

Los hechos en el recurso de nulidad en materia penal, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011.

ARMENTA, T. *Sistemas procesales penales*, Ed. marcial Pons, Madrid, 2012.

Lecciones de derecho procesal penal. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

ATIENZA, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Ed. Palestra, Lima, 2006.

“Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 22, febrero de 1994.

ASTUDILLO, O. *El recurso de nulidad laboral*. Ed. Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago, 2012.

AVILES, L. “Hechos y su fundamentación en la sentencia. Una garantía constitucional”, *Rev. de Estudios de la Justicia*, n. 4, año 2004.

AYALA, J. L. *Duda razonable. Racionalidad en la convicción penal*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2014

BACHMAIER, L. “Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal”, en La misma (ed.) *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Ed Marcial Pons, Madrid, 2008.

BACIGALUPO, E. *Derecho Penal y Estado de Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

El debido proceso penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

Justicia Penal y derechos fundamentales, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

BÁEZ, D. "La argumentación de los hechos a la luz del nuevo proceso penal", *Rev. Procesal Penal*, Ed. Lexis Nexis, n. 56, febrero, 2007.

BARREIRO, A. "Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación. (STC 167/2002)", *Rev. Jueces para la democracia*, N° 48, noviembre de 2003.

BAYON, J. C. "Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano", ponencia presentada en el XIV Congreso Ítalo-español de Teoría del derecho,

<http://www.udg.edu/Portals/89/Filosofia%20Dret/Bay%C3%B3n.%20Epistemolog%C3%ADa,%20moral%20y%20prueba%20de%20los%20hechos.%20Hacia%20un%20enfoque%20no%20benthamiano.doc> (última visita 9 de febrero de 2016).

BAYTELMAN, A. "La fundamentación de la sentencia en el juicio oral", en VV. AA, *Nuevo proceso penal*, Ed. ConoSur Ltda., Santiago, 2000.

La función del Juez en el juicio oral, Textos de docencia. U. Diego Portales, Santiago, 1999.

BASE DE DATOS de la Biblioteca del Congreso Nacional. www.bcn.cl

BENTHAM, J. *Tratado de las pruebas judiciales*, (traducción de Manuel Osorio Florit), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

Tratado de las pruebas judiciales, (sin datos de traductor) Editorial Jurídica Universitaria, México D.F., 2002.

BERGHOLTZ, G. "Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas". *Rev. Doxa*, N° 8, 1990.

BINDER, A. *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

BOFILL, J. "Comentarios de jurisprudencia procesal penal", *Revista de Derecho. U. Adolfo Ibáñez*, n. 2: 2005.

BONORINO, P. "Ni deducción ni inducción: abducción" en Juan García Amado y Pablo Bonorino (Coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en derecho*, Ed. Comares, Granada, 2014.

"Sobre la abducción", *Rev. Doxa*, N° 14 año 1993.

BORDALÍ, A. *Proceso Civil, El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, en Gonzalo Cortez (coord.), Ed. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2014.

BUSTAMANTE, M. “El estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia” en Leonardo López (ed.), *La prueba y la decisión judicial*, Sello Editorial, Universidad de Medellín, Medellín, 2010.

CABAÑAS, J. C. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Ed. Trivium, Madrid, 1992.

CABEZUDO, N. *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CAFFERATA NORES, J. *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la ley 23.984*, Ed. Lexis Nexis Desalma, Buenos Aires, 2003.

Eficacia del sistema penal y garantías procesales. (¿Contradicción o equilibrio?), Ed. Mediterránea, Córdoba, 2002.

CALAMANDREI, P. *Proceso y Democracia*, (traducción de Héctor Fix Zamudio), Ed. Ejea, Buenos Aires, 1960

CALDERÓN, M. *La prueba en el recurso de apelación penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARNEVALI, R Y CASTILLO, I. “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”. *Revista Ius et Praxis*, año 17, N° 2, 2011.

CARNELUTTI, F. *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. I, Colecciones “Clásicos del derecho penal”, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002.

La prueba civil, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1982.

CAROCCA, A. *El nuevo sistema procesal penal*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2005.

El nuevo sistema procesal penal, Ed. Jurídica la Ley, Santiago, 2003.

Recursos en el nuevo sistema procesal penal”, en VV.AA., *Nuevo Proceso Penal*, Ed. Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2000.

CASTILLO, J. L., *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Ed. Grijley, Lima, 2013

CERDA, R. “¿Cuáles son las exigencias de estándar probatorio?” en VVAA, *Práctica de la prueba en el juicio oral*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2012.

Valoración de la prueba. Sana crítica, Ed. Librotecnia, Santiago, 2008.

Etapa intermedia, juicio oral y recursos, Ed. Librotecnia, Santiago, 2003.

CERRATO, E. Y PICÓ, J. “El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia” <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp7pic.pdf> (última visita 9 de febrero de 2016).

COCIÑA, M. *La verdad como finalidad del proceso penal*, Ed. Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Thomson Reuter, Santiago, 2012.

COLOMA, R. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la ‘duda razonable’”, *Rev. Política Criminal*, vol. 9, N°18, (diciembre de 2014).

“Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en Rodrigo Coloma (coord.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2003.

“Los límites del recurso de nulidad como mecanismo de control de la decisión sobre los hechos”, *Rev. de Derecho*. U. Católica de Temuco, n. 3, año 2002.

COLOMA, R. Y OTROS. “Nueve jueces entran en diálogo con nuevo hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal”, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200002, v. 16 N° 2, Talca 2010, (última visita 9 de febrero de 2016).

CONTRERAS, C. *La valoración de la prueba del interrogatorio*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2015.

CORREA, J. *Recursos procesales penales*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2005.

CORTES, V. “Los recursos en el proceso penal”, en VV.AA., *Derecho procesal penal*, Ed. Colex, Madrid, 1999.

CORTEZ, G. *El Recurso de nulidad. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006.

COUTURE, E. *Estudios de derecho procesal civil*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1979.

CRUZ, S., MARINONI, L. y NÚÑEZ, R. *La prueba*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, 2015.

CHAHUÁN, S. *Manual del nuevo procedimiento penal*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007.

DALL’ANESE, F. “Falta de fundamentación en la sentencia y violación de las reglas de la sana crítica” <http://www.cienciaspenales.org/revista6f.htm>

DAMAŠKA, M. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, (traducción de Andrea Morales), Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

Evidence Law Adriff, Yale University Press, New York-Londres, 1997.

DENTI, V. *Estudios de derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974.

DE ASÍS, R. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

DE LA OLIVA, A. *Derecho procesal penal*, en VVAA, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1995.

DE LUCCHI, Y. “Nuevas consideraciones sobre el derecho al recurso penal. (El dictamen del Comité de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional en el caso Segundo Marey)”, *Rev. de Derecho Procesal*, año 2002 (1-3).

DE VEGA, J. *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Ed. Colex, Madrid, 1994.

DEL RIO, C. *El derecho al recurso y recurso de nulidad penal*, Ed. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2014.

“Tres apuntes sobre el recurso de nulidad y el enjuiciamiento fáctico a propósito de tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena”, *Rev. de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, N° 1, 2010.

“Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad (II)”, *Rev. de Derecho U. Católica del Norte*, n. 9, enero-junio, 2002.

DÍAZ, F. *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010.

DIAZ CANTON, F. “Los recursos en el procedimiento penal” Maier, J. (comp), http://enj.org/portal/biblioteca/penal/medios_impugnacion/19.pdf

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA <http://lema.rae.es/drae/?val=est%C3%A1ndar> (última visita 9 de febrero de 2016).

DUCE, M. *La prueba pericial*, Ed. Didot, Buenos Aires 2013.

DUCE, M. , FUENTES, C, Y RIEGO, C. “Los regímenes recursivos en los sistemas procesales penales acusatorios en Las Américas: Aspectos centrales” Estudio preparado para el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos , 2009, pp.8 http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/5372-

[informe-los-reg%C3%ADmenes-recursivos-en-los-sistemas-procesales-penales-acusatorios-en-las-am%C3%A9ricas.html](#) (última visita 9 de febrero de 2016).

DUCE, M. y RIEGO, C. *Proceso Penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

ECHEVERRÍA, G. *La garantía de la igual aplicación de la ley penal*, Ed. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013.

ELLERO, P. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1994.

ETCHEBERRY, A. "Consideraciones sobre el criterio de condena en el Código Procesal Penal", en Luis Rodríguez (coord.), *Delito, Pena y Proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

FERNÁNDEZ, M. "Prueba mas allá de toda duda razonable y reglas probatorias", agosto de 2012, <http://www.udg.edu/Portals/89/Filosofia%20Dret/textos%20seminaris/Mercedes%20OFernandez%20reglas%20probatorias.pdf> . (última visita 9 de febrero de 2016)

"La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable". <http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>, Universidad de Alicante. [Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho](#), ISSN 1138-9877, N.º. 15, 2007 (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho", Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007) (última visita 9 de febrero de 2016).

Prueba y presunción de inocencia, Ed. Iustel, Madrid, 2005.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, (traducción de Perfecto Ibáñez y otros), Editorial Trotta, Madrid, 1997.

"Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia", <http://www.pensamientopenal.com.ar/35ferrajoli.doc>

FERRER, J. "La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil", en Diego Papayannis (coord.), *Causalidad y atribución de Responsabilidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

"Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales" *Revista Isonomía*, N.º 34, abril de 2011.

"El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho" en Juan Cruz Parceroy Larry Laudan (coords.), *Prueba y estándares de prueba en el*

derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 2010.

“La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana” en Daniela Accatino (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2010.

“Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia” en José Moreso y José Luis Martí (eds.) *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

La valoración racional de la prueba, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

“Los estándares de prueba en el proceso penal español”. <http://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf>, Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 15, 2007, Universidad de Girona, (última visita 9 de febrero de 2016).

“La valoración racional de la prueba. Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión judicial” en VVAA, *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Prueba y verdad en el derecho, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

“Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, *Rev. Jueces para la democracia*, n. 47, julio, 2003.

FRAMARINO, N, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Ed. Temis, Colombia, 2002.

FUENTES, C. “El manejo de la incertidumbre judicial: La construcción de la duda razonable en el sistema procesal penal” http://works.bepress.com/claudio_fuentes_maureira/6 , (última visita 9 de febrero de 2016)

FUSCH, A. *Proceso, prueba y verdad*, Ed. Metropolitana, Santiago, 2011.

GASCÓN. M. Y LUCENA, J. “Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma”, *Rev. Jueces para la democracia*, 2010, N°69.

GASCON, M. “*Argumentación jurídica*”, en La misma (coord.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

“Razonamiento probatorio, ¿deducción? ¿inducción? ¿abducción?” en Juan García Amado y Pablo Bonorino (Coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en derecho*, Ed. Comares, Granada, 2014

“La motivación de la prueba” en Santiago Ortega (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Ed. Ara, Lima, 2009.

“Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. *Rev. Doxa*, N. 28, año 2005

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01260630876709517450035/029106.pdf?incr=1> (última visita 9 de febrero de 2016)).

Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

“Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, de Michele Taruffo”, *Rev. Doxa, Discusiones*, N° 3 (2003).

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_04.pdf (última visita 25 de agosto de 2015).

“La racionalidad en la prueba” *Revista de Ciencias Sociales U. de Valparaíso*, N° 45, 2000.

GONZÁLEZ LAGIER, D. “Argumentación y prueba judicial”, en *VVAA Estudios sobre la prueba*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2006.

Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción, Ed. Temis, Bogotá, 2005.

“La prueba de la intensión y el principio de racionalidad mínima”. *Rev. Jueces para la democracia*, N°50, 2004.

“Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, *Revista Jueces para la democracia*, Julio de 2003, N° 47.

GONZÁLEZ, J. “La fundamentación de las sentencia y la sana crítica”, *Rev. Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 1, 2006.

GORPHE, F. *Apreciación judicial de las pruebas*. Ed. Temis, Bogotá, 2004.

GUZMÁN, K. “La racionalidad de las decisiones judiciales. Límites legales a la libertad en materia de valoración de la prueba. Estudio de dos casos”. *Revista de Ciencias Penales*, Sexta época, Vol. XLI, N° 1, Santiago, 2014.

GUZMÁN, N. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

HAACK, S. “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica” en Carmen Vázquez (ed.) (traducción de María José Vianna y Carlos Bernal, Revisión técnica Carmen Vázquez), *Estándares de prueba y prueba científica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

HEREDIA, J. “¿Casación o un nuevo recurso? De ‘Jáuregui’ a ‘Casal’”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcasacionounnuevorecurso/?searchterm=heredia> (última visita 9 de febrero de 2016)

HERMOSILLA, G. *Nuevo Procedimiento Penal*, Guías de clases, n. 20, U. Central de Chile, Santiago, 2002.

HERNÁNDEZ, H. “Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba” en Daniela Accatino (ed.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Legal Publishing, 2010.

HERNÁNDEZ, J. “Conocimiento científico y decisión judicial ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 54, año 2005.

HERNÁNDEZ, R. “El juez, el científico y la búsqueda de la verdad” en Juan García Amado y Pablo Bonorino (coords.) *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Colección filosofía, derecho y sociedad, Ed. Comares, Granada, 2014.

-*Razonamientos en la sentencia judicial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013

HERRERA, R. *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Ed. Comares, Granada, 2006.

HORVITZ, M. “Acerca de la garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria”, *Informes en derecho, Doctrina Procesal Penal 2008, Revista de la Defensoría Penal Pública*, N° 6, Noviembre, 2009.

HORVITZ, M. y LOPEZ, J. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Ed. Jurídica, Santiago, 2004.

HORVITZ, M. y otros. *El recurso de nulidad en materia penal. Jurisprudencia de la Corte Suprema, años 2001-2013*, Centro de estudios de la justicia, Universidad de Chile, Santiago.

HUNTER, I. “Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema)” en *Rev. de Derecho UACH*, Vol. XXV, N° 1, julio de 2012.

IACOVELLO, F. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Ed. Giuffré Editore-Milano, 1997.

IGARTUA, J. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Ed. Temis, Lima-Bogotá, 2009.

“Los indicios tomados en serio”, en Santiago Ortega (editor) *Interpretación y razonamiento jurídico*, ARA Editores, Lima, 2009.

“Prolongaciones a partir de Laudan”, *Rev. Doxa*, n° 28, 2005, <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/00361730866872728832268/029107.pdf?incr=1> (última visita 9 de febrero de 2016).

El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2003.

El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

“El jurado y la motivación de su veredicto (A propósito de la STS sobre el ‘caso Otegui’)” en *R.V.A.P.* Num. 51, 1998.

Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

“Una interpretación funcional de la ‘libre valoración’ de las pruebas penales”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 18, Enero de 1993.

ITURRALDE, V. “Justificación judicial: Validez material y otras razones”, http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/09iturralde.rtf.

JAEN, M. *Estudios Penales*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006.

Tendencias actuales de la jurisprudencia Constitucional Penal. Las garantías del proceso penal, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

“Los principios de la prueba en el proceso penal español”, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_16.pdf

JAUCHEN, E. *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2006

LARROUCAU, J. “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista chilena de derecho*, vol. 39, N° 3, 2012.

LASO, J. “Lógica y sana crítica”, *Revista chilena de derecho*, vol. 36, N° 1.

LAUDAN, L. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. (traducción de Edgar Aguilera y Carmen Vásquez), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

“Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal” (traducción de Edgar Aguilera) en *El estándar de prueba y las garantías en el proceso pena*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

“Una breve réplica”, *Rev. Doxa*, N° 28, 2005, (traducción Daniel González Lagier),

<file:///C:/Documents%20and%20Settings/mparayan/Mis%20documentos/Downloads/una-breve-rplica-0.pdf> (última visita 9 de febrero de 2016).

“Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de prueba”. *Rev. Doxa*, N° 28, año 2005, (traducción de Raúl Calvo) <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/45703953211236108643679/029104.pdf?incr=1> (última visita 9 de febrero de 2016).

“Detectar errores y aprender de ellos en un sistema de apelaciones asimétricas” en Juan Cruz Pacero y Larry Laudan (coords.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, (traducción de Martha Uruchurtu), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México D.F., 2010.

LEONE, G. *Tratado de derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

LETELIER, E. *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*, Ed. Atelier Libros jurídicos, Barcelona, 2013,

LETNER, G. “Cuestiones de hecho y de derecho en la Casación” *Rev. Unidosjusticia.org*. http://www.unidosjusticia.org.ar/archivo/LETNER_Cuestiones_h echo_derecho_casacion.pdf (última visita 25 de agosto 2015).

LLANOS, L. *Síntesis del nuevo proceso penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2003.

MAIER, J. *Derecho Procesal Penal*, Ediciones del Puerto. s.r.l., Buenos Aires, 2004.

“¿Es la ‘inmediación’ una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre *inquisición vs. Composición*”, *Rev. Jueces para la democracia*, N° 49, junio de 2003

MALEM SEÑA, J. “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, *Rev. Doxa, Cuadernos de filosofía de derecho*, N° 24, 2001.

<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD25822332.pdf> (última visita 9 de febrero de 2016).

MANSON, M. *Normas, derecho y lógica*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago, 1998.

MARTINEZ, A. “La prueba indiciaria en la prueba en el proceso penal” en *Centro de estudios judiciales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

MARTINEZ, V. "El derecho al recurso en el proceso penal", <http://www.uv.es/~ripj/9vice.htm> , Universidad de Valencia, N° 9 (enero-junio, 2002).

MATURANA, C. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia sistematizada y concordancias*, en VVAA., Tomo III, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

MATURANA, J. *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. Ed. LegalPublishing, Thomson Reuter, Santiago, 2014.

MEROI, A. "La imparcialidad judicial" en VVAA *Activismo y garantismo judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ed. Advocatus, Córdoba, 2009.

MIRANDA, M. "¿La admisión de la prueba indiciaria comporta una reducción del estándar de prueba en el proceso penal?", en VVAA *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del "más allá de toda duda razonable"*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2012.

La mínima actividad probatoria en el proceso penal, José María Boch Editor, Barcelona, 1997.

MITTERMAIER, K. *Tratado de la prueba en materia criminal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1999.

MONTAÑEZ, M. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia.*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

MONTERO, J. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MUÑOZ CONDE, F. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

NAHUM, R. "Sistema probatorio del Código Procesal Penal", *Rev. Gaceta Jurídica Lexis Nexis*, año 2001, n. 247.

NETTEL, L. "La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial", *Rev. ISONOMIA*, N° 5, octubre de 1996, http://cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02405065325240496976613/isonomia05/isonomia5_06.pdf , (última visita 25 de agosto de 2015).

NIEVA, J. *Derecho Procesal penal*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2012.

Oralidad e Inmediación en la Prueba: Luces y sombras", *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, N° 24, diciembre de 2010.

La valoración de la prueba, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010,

El hecho y el derecho en la casación penal, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.

NINO, C. "Derecho, moral, política". *Rev. Doxa*, 1993.

NOGUEIRA, H. *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2007.

"La constitucionalización del proceso: El acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso" en Juan Carlos Ferrada (coord.), *La constitucionalización del derecho chileno*, U. Austral de Chile, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

NUÑEZ, J. *Tratado del Proceso Penal y del juicio oral*, T.II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

OTERO, M. *Código Procesal Penal*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2002.

PASTOR, D. *La nueva imagen de la casación penal: Evolución histórica y futuro de la casación penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

PASTOR, F. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia*, Editorial Práctica de Derecho, S.L. Valencia, 1995.

PARRA, J. "Más allá de toda duda razonable", en Alejandro Romero (coord.), *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007.

PEÑA, S. *Jurisprudencia sobre "La duda razonable"*, Ed. Metropolitana, Santiago, 2014.

PEREIRA, H. "Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal", *Rev. Gaceta Jurídica*, n. 233, nov, 1999, http://www.diariooficial.cl/actualidad/relacion/proceso_penal.html . Actualidad Jurídica, Base de Datos del Diario Oficial.

PÉREZ, M. "Fundamento y sentido del deber de absolver en caso de duda", *Rev. Jueces para la democracia*, N° 67, marzo 2010.

PEYRANO, J. "Aproximación a las máximas de experiencia. Su relación con las reglas de la Sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles?", *Rev. de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, junio 2011, N° 25.

PFEFFER, E. *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

PICÓ I JUNOY, J. *Las garantías constitucionales del proceso*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PIÑEIRO, M. "Valoración de la declaración del imputado a la luz de la presunción de inocencia", *Rev. de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, N° 64, Primer Semestre de 2014.

POZO, N. *Razonamiento Judicial*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2014.

Argumentación de la sentencia penal, Ed. Punto Lex, Santiago, 2007.

PRAMBS, C. *El control del establecimiento de los hechos en las sentencias penales*, Ed. Metropolitana, Santiago, 2da Edición.

RAMOS, F. *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.

REVISTA PROCESAL PENAL, Ed. Lexis Nexis, Santiago, N° 45, marzo de 2006.

REYES, S. "Presunción de inocencia y estándares de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno", *Rev. de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. XXV, N°2, Diciembre de 2012.

RIEGO, C. "El recurso de nulidad en el nuevo sistema procesal penal", en Alejandro Romero (coord.), *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2007.

RIEUTORD, A. *El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

RIVERA, R. *La prueba un análisis racional y práctico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

RIVES, A. *La prueba en el proceso penal, Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Ed. Thomson Arazandi, Pamplona, 2008.

ROMERO, A. "Las consideraciones de hecho y de derecho en la sentencia: un derecho esencial del justiciable", *Revista chilena de derecho*, Vol. 27 N° 3, 2000.

ROXIN, C. *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, s.r.l., Buenos Aires, 2000.

RUIZ, E. *El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, Ed. Colex, Madrid, 1997.

- *Estudios de derecho procesal penal*, Ed. Comares, Granada, 1995.

SÁNCHEZ-VERA, J. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

SENTÍS MELENDO, S. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ed. EJE, Buenos Aires, 1979.

STEIN, F. *El conocimiento privado del juez*, Ed. Temis, Bogotá, 1988.

TAPIA, I. *La implantación generalizada de la segunda instancia en el proceso penal. Presente y futuro*, Cuadernos Civitas, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

TARUFFO, M. “La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forense” en Carmen Vásquez (ed.) (traducción de Maximiliano Araburo), *Estándares de prueba y prueba científica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

Consideraciones sobre la prueba y motivación de la sentencia civil, Nicolás Vera (comp.) Ed. Metropolitana, Santiago, 2012.

La motivación de la sentencia civil, (traducción de Lorenzo Córdova), Ed. Trotta, Madrid, 2011.

Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos, (traducción de Daniela Accatino), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

“Consideraciones sobre prueba y motivación”, en María Isabel de la Iglesia (ed.) (traducción de Perfecto Ibáñez), *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.

La prueba, Artículos y conferencias, Nicolás Vera (comp.), Ed. Metropolitana, Santiago, 2009.

La prueba, (traducción de Jordi Ferrer y Laura Manríquez), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

“La prueba científica en el proceso civil”, en VVAA *Estudios sobre la prueba*, (traducción de Daniel González Lagier y Mercedes Fernández), Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil, (traducción de Juan Monroy Palacios y Juan Monroy Gálvez), Ed. Palestra, Lima, 2005.

“Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan”, (traducción de Jordi Ferrer), *Rev. Doxa*, N. 28, 2005,

<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01350520877793296313802/029105.pdf?incr=1> , (última visita 9 de febrero de 2016).

“Algunos comentarios sobre valoración de la prueba”, (traducción de Daniel González Lagier), *Rev. Doxa*, N° 3, (2003),

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_07.pdf, (última visita 25 de agosto de 2015).

“Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, *Rev. de Derecho UACH*, v.15. n. 2, diciembre de 2003.

La prueba de los hechos, (traducción de Jordi Ferrer), Ed. Trotta, Madrid, 2002.

TAVOLARI, R. *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

“Los recursos en el Nuevo Código Procesal Penal chileno”, *Rev. de Derecho Procesal. Facultad de Derecho U. de Chile*, Santiago, año 2005, N° 20.

TUZET, G. “Usos Jurídicos de la abducción” en Juan García Amado y Pablo Bonorino (Coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en derecho*, (traducción de María José García y Roger Campione), Ed. Comares, Granada, 2014.

VALENZUELA, J. “Inocencia y razonamiento probatorio”, *Revista de estudios de la justicia*, N° 18, año 1013.

VARELA, C. *Valoración de la prueba. Sistemas de apreciación de la prueba. Método evaluatorio. Prueba indiciaria. Documental. Confesional. Testimonial. Reconocimiento Judicial. Pericial. Doctrina. Jurisprudencia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990.

VARGAS, J. “La Nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica”, *Urvio, Revista Latinoamericana, de Seguridad ciudadana*, N° 3, Quito, enero de 2008.

VÁZQUEZ, C. *De la prueba científica a la prueba pericial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

“La prueba informática. Algunas consideraciones desde la concepción racional de la prueba” en Santiago Ortega (ed), *Proceso, prueba y estándar*, Ara editores, Lima, 2009.

VEGAS, J. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Ed. La ley, Madrid, 1993.

VERA, J. “El discurso probatorio de la dogmática penal”, *Revista de la Universidad de Los Andes*, Doctrina y jurisprudencia penal, Ed. Legal Publishing, Thomson Reuters, Santiago, año 5, N° 18, 2014.

WALTER, G. *Libre apreciación de la prueba*, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

ZUBRI DE SALINAS, F. “¿Que es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto”, *Rev. Jueces para la democracia*, N°50, julio 2004.