UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("*LEGUM MAGISTER*")

Tesis de Magíster en Derecho

POSIBILIDAD DE CONTROLAR EL CUMPLIMIENTO DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA "MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE" A TRAVÉS DEL RECURSO DE NULIDAD

Autor: Gabriela María Araneda Cruz

Profesor Guía: Felipe Gorigoitía Abbott

Marzo, 2016

ÍNDICE…...……..….2

TABLA DE ABREVIATURAS…….……..…….…….5

RESUMEN……..……....……..5

PALABRAS CLAVE…….……..……..……..……..5

INTRODUCCIÓN……...……..…….…….....6

I. Estándar de prueba…….. ……..……..7

1. Finalidad de la prueba y estándar en el proceso……..…..……..7

2. Construcción de un estándar de prueba……..……...10

3. Estándar de prueba en materia penal…….……..……..12

3.1. Estándar de prueba más allá de toda duda razonable……..…….....14

3.1.1. Estándar de prueba más allá de toda duda razonable en el artículo 340 del Código Procesal Penal……..……16

3.1.1.1. Alcance del término “duda razonable”……...…….16

3.1.1.2. Correcta interpretación del término “convicción”…..…….18

3.1.2. Algunos criterios para precisar el contenido de prueba más allá de toda duda razonable……...20

I. Momentos del razonamiento del juzgador…….23

1. Aspectos generales……...……..23

2. Valoración de los medios de prueba……..……...24

2.1. Modelos racionales de valoración……...……...27

2.1.1. Modelos matemáticos estadísticos……...……...28

2.1.2. Modelos de probabilidad lógicos o inductivos…..……...……..30

2.1.3. Esquema valorativo de grado de confirmación..……...……...……...31

2.2. Límites de la valoración……...……...……...35

2.2.1. Reglas de la lógica…..……...……...……...37

2.2.1.1. Lógica monotónica..……...……...……...37

2.2.1.2. Lógica no monotónica……...……...……...40

2.2.2. Conocimientos científicamente afianzados….....……...……...41

2.2.3. Máximas de la experiencia……...……...…….....43

2.3. Resultado de la valoración de la prueba…….....……...……...46

3. Decisión…….....……...……...47

3.1. Aspectos generales…….....……...……...47

3.2. Toma de decisión…..…….....……...……...48

III. Control del cumplimiento de estándar de prueba a través del recurso de nulidad...…...51

1. Recurso de nulidad como mecanismo eficaz del control del estándar de prueba.....51

1.1. Control de los hechos a través de recurso de nulidad no es equiparable al recurso de apelación……52

1.2. Sobrevaloración del principio de inmediación ……..……56

1.3. Correcta interpretación del recurso de nulidad como mecanismo de control en el establecimiento de los hechos ……..……56

1.4. Criterios para un control que excluya la arbitrariedad y subjetivismo….…….….58

2. Soluciones posibles ante incumplimiento de estándar probatorio…….....59

2.1. Infracción al principio de inocencia…….....……...60

2.2. Incumplimiento principio de la razón suficiente…….....…….....61

2.3. Falta de fundamentación…….....……64

2.3.1. Necesidad de control del razonamiento del tribunal……..…….....64

2.3.2. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación…….....…...68

2.3.3. Extensión de los hechos que requieren ser motivados en la sentencia….....…...71

2.3.4. Distinción en la fundamentación de la premisa fáctica y la premisa normativa…...73

2.3.5. Motivación de las constataciones, conclusiones e hipótesis...…….....…..74

2.3.6. Alcance específico de la falta de fundamentación como casual del recurso de nulidad…. ……...76

CONCLUSIONES……...….……....89

BIBLIOGRAFÍA……..……92

TABLA DE ABREVIATURAS

art …… Artículo
CCA…… Conocimientos científicamente afianzados
CPP …….. Código procesal penal
ME ……Máximas de la experiencia
p ……... Página
PL…… Principios de la lógica
pp ……. Páginas

RESUMEN

El trabajo tiene por objeto responder a la pregunta si es posible controlar el cumplimiento del estándar probatorio exigido por ley a través del recurso de nulidad. Para ello se intenta explicar previamente en qué consiste un estándar probatorio, qué características debe cumplir para ser controlable y qué particularidades reviste el estándar probatorio en materia penal. Posteriormente se analizan los dos momentos que componen el razonamiento del juzgador, el primero de ellos, la valoración de la prueba y las reglas a las que debe ceñirse, y el segundo lugar, la decisión acerca de los hechos probados. Finalmente se estudian las distintas soluciones que se han barajado para impugnar el incumplimiento del estándar de prueba más allá de toda duda razonable a través del recurso de nulidad.

PALABRAS CLAVES

Estándar de prueba penal - duda razonable - valoración - motivación – suficiencia probatoria - recurso de nulidad.

INTRODUCCIÓN

Con la reforma procesal penal y la creación del recurso de nulidad una pregunta que se planteó con frecuencia consistía en determinar la extensión de éste, teniendo en consideración las características propias del juicio oral -inmediación, oralidad y contradicción-, en que la prueba ya no era legal o tasada, sino que pasaba a ser libre, no sólo en cuanto al tipo de medios que podían ofrecerse, sino también al valor probatorio que podía atribuírsele. De ahí el cuestionamiento acerca de la posibilidad de controlar el establecimiento de los hechos a través del recurso de nulidad en relación al cumplimiento del estándar de prueba determinado por ley, a saber, duda más allá de toda duda razonable.

La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores ha interpretado este recurso en forma absolutamente restrictiva, entendiendo que al carecer el tribunal *a quem* de inmediación y no haberse rendido prueba ante ellos, no puede pronunciarse acerca de la insuficiencia de la prueba, haciendo hincapié en que si aquello ocurriera se estaría decidiendo como si se tratara de una apelación.

Al respecto intentaremos explicar qué características debe revestir estándar de prueba para ser controlable -características que, por cierto, posee nuestro estándar consagrado en el artículo 340 del CPP, pese a la desafortunada incorporación del término convicción- cómo el recurso de nulidad es una herramienta idónea para controlar el cumplimiento de dicho estándar, sin que pueda confundirse con un recurso de apelación, mediante la distinción de los contextos en que se mueve uno y otro recurso – contexto del descubrimiento y contexto de la justificación-. Finalmente, expondremos las soluciones que se han manejado en cuanto a la causal escogida, inconvenientes que han presentado en la interposición de las mismas y desarrollo de la alternativa que estimamos más idónea para este control.

I. Estándar de prueba

1. Finalidad de la prueba y el estándar en el proceso

La determinación del rol del estándar de prueba en un proceso, cualquiera sea la naturaleza del mismo, requiere precisar previamente el objetivo de este último. Si bien es cierto, existen diferencias en la doctrina acerca del fin que debe tener el proceso, estimamos que al menos uno de ellos consiste en la reconstrucción verídica de los hechos de la causa, concibiendo el proceso como un método del descubrimiento de la verdad. En palabras de Taruffo, "el contexto procesal, de hecho, requiere que se busque la verdad de los hechos como condición de corrección, validez y aceptabilidad de la decisión que constituye el resultado final del proceso" (2005:p.1286). En el mismo sentido se pronuncia Jordi Ferrer, quien señala que "La premisa básica de la que se parte es simple y clara: la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido" (2010: p.3).

El concepto de verdad excede los márgenes de este trabajo. Es un tema en el que hay muchas discusiones filosóficas. Sin perjuicio de eso, en el contexto del estudio de la prueba, normalmente se distingue entre la verdad como correspondencia, la verdad como coherencia, la teoría pragmática de la verdad y, finalmente, la verdad como consenso.

De acuerdo a la teoría de la correspondencia cuando afirmamos que un determinado enunciado es verdadero, significa que aquello ha ocurrido en la realidad. La verdad sería, por tanto, una relación de correspondencia entre el lenguaje, por un lado, y los hechos o la realidad, por otro.

La teoría de la verdad como coherencia entiende que un enunciado es verdadero cuando es coherente con otro conjunto de enunciados, esto es, cuando éstos se apoyan y complementan mutuamente.

La teoría pragmática de la verdad a su vez, considera que un enunciado es verdadero en la medida que resulte útil y sea capaz de explicar ciertos fenómenos y predecirlos.

Por último, la teoría la teoría del consenso establece que para que un enunciado determinado sea verdadero, si existe un acuerdo real o potencial acerca de ella.

Más allá de que las teorías puedan resultar compatibles entre sí, entendemos que en el ámbito de la prueba la concepción más adecuada es la que sostiene que un enunciado

fáctico es verdadero cuando corresponde con la realidad, esto es, la teoría de la verdad como correspondencia.

El proceso, a diferencia de otros contextos de averiguación de la verdad, como la ciencia, tiene mayores limitaciones para efectos de reconstruir los hechos. Taruffo nos ilustra sosteniendo que "La ciencia opera a través de varios tránsitos, en tiempos largos, teóricamente con recursos ilimitados, y conoce variaciones, evoluciones y revoluciones. Además, al menos según el modelo más tradicional, la ciencia está orientada hacia el descubrimiento, la confirmación o falseabilidad de enunciados o leyes generales que se refieren a clases o categorías de eventos… Por el contrario, el proceso se refiere a conjuntos limitados de enunciados relativos a circunstancias de hecho particulares, seleccionadas y determinadas con base en criterios jurídicos, es decir, con referencia a las aplicables a un caso particular… Además, el proceso opera en tiempos relativamente restringidos, con recursos limitados, y está orientado a producir una decisión tendencialmente definitiva (que se convierte en tal a través del mecanismo de la cosa juzgada) sobre el específico objeto de la controversia" (2005: p.1286).

Dentro del proceso, el establecimiento de los hechos tiene lugar en condiciones de mayor incertidumbre. No es una actividad que se desarrolla libremente, no sólo por las limitaciones propias que esboza Taruffo, -en tiempos restringidos y con evidencias limitadas, ofrecidas y rendidas por las partes- sino además porque dicha actividad debe ceñirse a un sistema de reglas que dificultan muchas veces la consecución de ese objetivo. En efecto, el proceso judicial nunca podrá ser un instrumento adecuado para la adquisición de información completa que pueda justificar una decisión sobre los hechos que vaya más allá del carácter aproximativo (Ferrer, 2009: p.55). Por otro lado, la imposición de reglas obedece a un esfuerzo por garantizar la protección de otros valores distintos que podrían verse afectados en el proceso de averiguación de la verdad, y que la comunidad ha estimado como de mayor relevancia, casos en los cuales, el afán de búsqueda de la verdad cede ante estos valores que pasan a constituir límites en la reconstrucción de los hechos. Maier explica que "La averiguación de la verdad como base para la administración de justicia penal, constituye una meta general del procedimiento, pero ella cede, hasta tolerar la eventual ineficacia del procedimiento para alcanzarla, frente a ciertos resguardos para la

seguridad individual que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto de Estado de Derecho" (2002: p.664).

Así, por ejemplo, evidencias relevantes pueden no llegar a ser conocidas por el tribunal, al haber operado las reglas de exclusión de prueba, cuando dichas evidencias se hubieren obtenido con vulneración de garantías fundamentales. Ferrer señala que "… las reglas que persiguen la garantía de esos otros fines del proceso pueden imponer algún sacrificio epistemológico en el sentido de que pueden ser contraproducentes para el objetivo de averiguación de la verdad. Esto no significa que sea imposible alcanzar una determinación verdadera de los hechos ocurridos, sino más modestamente, que las probabilidades de que ello ocurra, debido al conjunto de elementos de juicio, serán más pobres, serán también más bajas. Y siendo consciente de ese coste, el legislador deberá decidir en cada caso del conflicto entre la maximización de los fines epistemológicos y de cualquier otro que se quiera proteger en qué medida se sacrifican unos y otros" (2007: p.78).

Una de las diferencias más significativas entre la actividad probatoria jurídica y la general, es que esta última está sometida principalmente a imperativos de carácter epistemológicos, teniendo escasas limitaciones para efectos de la averiguación de la verdad. Esta conclusión ha llevado a pensar a algunos autores incluso que el fin de proceso se encontraría lejos de este objetivo. Carnelutti sostiene que "Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada de tal modo que ésta no pueda ser conocida en todo caso y con cualquier medio, el resultado, sea más o menos riguroso el límite, es siempre el de que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos" (1955: p.25). Sin embargo, disentimos de dicha afirmación, por cuanto la incertidumbre no es un fenómeno exclusivo del ámbito jurídico, sino de toda actividad cognoscitiva que, en mayor o menor medida, está sujeta a límites, sean materiales, temporales o humanos. Por ende, la existencia de reglas que dificulten la reconstrucción verídica de los hechos, no desnaturaliza el objetivo del proceso -averiguación de la verdad- "ya que de él depende la capacidad motivadora del propio derecho" (Ferrer, 2009: p.73); además porque "…si parece claro ya que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial, también lo es que no es el único objetivo" (Ferrer, 2009:p.63).

Teniendo presente entonces que en la reconstrucción de los hechos en el proceso, las posibilidades de averiguación de la verdad son más limitadas que en el conocimiento científico, se vislumbra la utilidad del estándar de prueba, cuya función principal es la de fijar un baremo que delimite cuándo una proposición fáctica se debe tener por probada, o dicho de otro modo, cuándo las pruebas son suficientes para establecer la existencia de un hecho en el proceso. Según Marina Gascón los estándares de prueba son "los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea los criterios que indican cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe". (2005: p.129).

Ahora bien, Sebastián Reyes Molina sostiene que el estándar de prueba no sólo cumple con este objetivo principal, sino que se advierten además otros dos objetivos relacionados con éste: La distribución del error de la decisión probatoria, el que puede consistir en un falso positivo- tener por acreditado una hipótesis falsa- o un falso negativo – no dar por acreditado un supuesto verdadero, distribución que dependerá siempre de una decisión político-valorativa; y la función justificadora de la decisión probatoria. Esta última obliga al juez a explicitar en la motivación de la sentencia si se cumplen o no los presupuestos establecidos por el estándar probatorio para sobrepasar el umbral de suficiencia necesaria que permite declarar un hecho por probado (2012: pp. 239-240). Esta función será tratada con mayor detención dentro del segundo capítulo a propósito del recurso de nulidad.

2. Construcción de un estándar de prueba

Larroucau explica que "un estándar probatorio es la respuesta que ofrece la ley procesal ante la inquietud de cuándo una narración se encuentra acreditada (o descartada) al concluir el litigio" (2012: p.783). Asumida la función de un estándar de prueba, es necesario establecer ciertos criterios para su construcción, siendo imprescindible para estos efectos pronunciarse, primero, acerca del grado de certeza requerido para tener una hipótesis como probada; y, en segundo lugar, formular criterios que indiquen cuándo se ha alcanzado dicho grado de certeza.

Respecto del primer punto, esto es, el grado de certeza que se requiere para tener una hipótesis por probada, su determinación dependerá no sólo de consideraciones epistemológicas, sino también de decisiones político-valorativas.

Desde un punto de vista epistemológico, un estándar de prueba requiere de un grado mínimo de probabilidad o certeza, ya que de otro modo la decisión probatoria se tornaría irracional. Este grado mínimo de certeza se le denomina probabilidad prevalente y consiste en que la hipótesis que se tendrá por probada debe ser la más probable entre las alternativas y a su vez más probable que su negación. Este estándar es el que habitualmente es utilizado en el ámbito del proceso civil. Para Larroucau, la razón de la elección de este estándar probatorio en materia civil es simple, ya que "garantiza una distribución igualitaria de los riesgos de errores entre actor y demandado (vistos ellos no como sujetos aislados, sino como clases litigantes). En palabras ligeramente distintas, porque minimiza el número de veredictos erróneos de manera igualitaria entre las partes: los falsos positivos (aceptar la pretensión del actor cuando no corresponde) y los falsos negativos (no dar lugar a la pretensión cuando sí procedía) son igualmente indeseables" (2012: p. 789). Desde este piso, el grado de certeza puede ir incrementándose cada vez más y, en la medida en que éste sea más exigente, estará sujeto en mayor grado la decisión de tener un determinado hecho por probado a parámetros racionales. Sin embargo, lo anterior no implica la disminución en el error de la decisión probatoria, sino sólo su distribución. En efecto, un estándar de prueba exigente disminuye el margen de error para efectos de tener por acreditado una proposición fáctica falsa. Sin embargo, a la inversa, incrementa esta posibilidad de no tener por probado un hecho verdadero. Es por ello que un estándar probatorio muy exigente no tiene como objetivo primario la búsqueda de la verdad. Ferrer postula "… la finalidad fundamental del derecho procesal es la de 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. Y esto supone, evidentemente, la necesidad de lo que se declare probado en el proceso coincida con la verdad de lo ocurrido: esto es, que los enunciados declarados sean verdaderos y los enunciados falsos no se declaren probados" (2010: p.4).

Si bien Larroucau entiende que el estándar de prueba está lejos de ser una herramienta de política social, concluye que la distinción del estándar en el ámbito civil y

penal también está dada por la gravedad y consecuencias de establecer un hecho como verdadero. Entiende, por tanto, el estándar de prueba como "una expresión de principios de corte epistémico que se encuentra 'enraizado en una visión de la justicia en tanto cuidado empático', en donde lo que importa es el debido respecto del juez por las personas que deciden judicializar sus conflictos (…) El estándar de prueba (…) proporciona un 'estándar de prudencia' (*standard of caution*) al tribunal al pedirle una actitud proporcional concreta en atención a la gravedad y las consecuencias del juzgar un hecho como cierto. Bajo esta luz, el estándar garantiza una flexibilidad suficiente para adaptarse a todos los asuntos litigiosos que conocen los tribunales, mediante una actitud deliberativa del juez que se define por tratar de igual forma los relatos de las partes. En sede civil el juez se enfrenta a los relatos como inconsistentes o contradictorios en igual grado, a diferencia del ámbito penal donde reconocemos una 'protección' de la narración del acusado al presumirle su inocencia" (2012: p. 797).

En síntesis, la decisión sobre la distribución del error, y por ende, de la elección de un determinado estándar de prueba, es una cuestión netamente valorativa que dice relación con la intensidad con que deben ser protegidos los derechos o intereses de aquellos afectados por dicho error.

En relación a los criterios a utilizar, es necesario establecer criterios objetivos que indiquen cuándo se alcanza ese grado de probabilidad o certeza exigido, pues un estándar de prueba sólo tiene sentido en la medida en que puede expresarse mediante un criterio controlable (Gascón, 2005: p.129).

3. Estándar de prueba en materia penal

En el proceso penal, al igual que en todo proceso, se busca acreditar la efectividad de una proposición fáctica determinada, con la particularidad que ésta se le atribuye ser constitutiva de delito. Para ello, el ente acusador deberá aportar a juicio todos los antecedentes disponibles compatibles con la hipótesis que plantea, antecedentes que, como se señaló con anterioridad, están limitados en su obtención tanto al tiempo como a los recursos, y en su ofrecimiento a la legalidad de los mismos.

La comprobación del cumplimiento del respectivo estándar dependerá del sistema de valoración aplicado. En los sistemas de prueba legal o tasada se establece específicamente con qué medios de prueba se acredita un determinado hecho, y a su vez indica el valor que ha de atribuírsele a aquellos. Por su parte, en los sistemas de libertad de prueba, en los que la valoración de la misma se rige por las reglas de la sana crítica, dicha valoración no determina por sí misma si las pruebas son o no suficientes para dar una hipótesis por probada. Esta decisión requiere definir un nivel de suficiencia de las evidencias mediante un estándar de prueba. Como se señaló con anterioridad, el establecimiento de un determinado estándar de prueba implica necesariamente la distribución de errores judiciales en la declaración de los hechos probados, los que pueden consistir en un falso positivo- tener por acreditado una hipótesis falsa- o un falso negativo – no dar por acreditado un supuesto verdadero.

Para decidir acerca de la distribución de error y, por tanto, determinar un estándar específico, debemos preguntarnos qué errores como sociedad estamos dispuestos a aceptar. La decisión acerca de la distribución será siempre una elección político-valorativa en que se ponderarán los intereses o derechos afectados por cada error (Larroucau 2012: p.784). En el proceso penal dichos errores pueden traducirse en condenar a un inocente o bien, absolver a un culpable.

Como sociedad, hemos entendido que en materia penal, a diferencia de materia civil, en que se proporciona un trato indiferenciado a las partes, el costo de una condena errónea es significativamente superior al de absolver a un culpable, razón por la cual el estándar de prueba es particularmente exigente. Esto torna más racional la decisión que declara probado ese hecho, minimizando por tanto la posibilidad de error en ese sentido, y aumentando por consiguiente la posibilidad de acierto. A contrario *sensu*, si establecemos un estándar de prueba muy exigente, aumentan las probabilidades de incurrir en falsos negativos, esto es, absoluciones falsas, errores que como se señaló, son más aceptables.

Sobre el punto, Daniela Accatino señala que "… los costos de la condena penal errónea de un inocente, por la afectación que puede implicar de bienes fundamentales del sujeto como la libertad y la honra, justificarían que ese error se considere de mayor gravedad que el error de absolver a un culpable … Esta valoración diferenciada de la gravedad de los errores en que es posible incurrir al determinar los hechos en un proceso

penal justificaría, según esta concepción moral, que se intente evitar especialmente el riesgo de error al condenar, fijando un estándar de prueba especialmente exigente- más exigente, por cierto, que el de mera preponderancia de la prueba- para que puedan tenerse por probadas las proposiciones fácticas sostenidas por la acusación" (2011: pp. 488-489).

Menos sólido parece el argumento de que este criterio derive de la presunción de inocencia, ya que ésta, como todas las presunciones, no requiere para ser superada un grado particularmente alto de prueba contraria, es decir, de la prueba de la culpabilidad, ya que, en ausencia de diversos criterios formulados por las normas, bien podría ser superada por la probabilidad prevalente del respectivo enunciado (Taruffo, 2005: p.1306). Por tanto, la presunción de inocencia sólo implica que esta condición no requiere ser probada, y no se deriva de ella la exigencia de algún grado particular de corroboración para vencerla. Sin perjuicio de aquello, y aun cuando este criterio de prueba no puede entenderse como consecuencia necesaria de este principio, innegablemente la adopción del mismo da fuerza a dicha presunción, haciendo más complejo poder superarla para efectos de obtener una condena.

3.1. Estándar de prueba más allá de toda duda razonable

El estándar de la duda razonable tiene su origen en la teología cristiana pre-moderna, la cual -a diferencia de la actualidad- no buscaba proteger al imputado, sino más bien el alma de los miembros del jurado. En aquella época, en cada juicio no sólo se encontraba en juego el destino del imputado, sino también el del juzgador, ya que condenar a un inocente era considerado potencialmente un pecado capital. En consecuencia, el jurado no podía condenar a un imputado sin arriesgar su propia salvación, siempre y cuando las dudas sobre la responsabilidad no fueran razonables (Carnevalli, 2011:p.81).

Con posterioridad, este estándar de prueba se trasladó a los sistemas jurídicos del *Common Law*, rigiendo por más de 200 años, incorporándose finalmente como cláusula del debido proceso a partir de 1970 a través de la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "*In re Winship*" (Accatino, 2011: p.489). Este estándar de prueba es el normalmente utilizado en el ámbito penal, siendo, por cierto, más exigente que el de prueba preponderante, usado en materia civil. Sin embargo, y pese a que ha sido utilizado

por siglos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han mantenido un intenso debate en torno a cuál es el significado de la expresión "más allá de toda duda razonable".

Los tribunales norteamericanos han intentado explicitar esta fórmula, siendo una de las más utilizadas la de certeza moral. Al respecto, Accatino sostiene que "… utilizaba la expresión "certeza moral" para designar el grado más alto de justificación al que podían aspirar las creencias sobre asuntos empíricos, en la medida en que si bien no cabía respecto de ellos la certeza matemática, asociada a la demostración rigurosa, sí era posible justificar, sobre la base de pruebas contundentes, creencias capaces de imponerse con fuerza cercana a la certeza" (2011:p.490). Sin embargo esta noción de certeza moral se ha rechazado, estimando que induce a los jurados a creer que su decisión puede basarse en sus juicios morales sobre la conducta del acusado (2011: p.491).

Se han hecho otros intentos por definir la duda razonable, equiparando ésta a "aquella que resulte tan convincente como para que una persona no vacile en confiar en ella y actuar sobre esa base en los asuntos importantes de su propia vida, o el que caracteriza a la duda razonable como aquella respecto de la cual pueden darse razones" (Accatino, 2011: p.491).

Ambas definiciones son deficitarias y adolecen de serios defectos. La primera definición equipara este grado de certeza al requerido para decidir acerca de asuntos propios, siendo posible que cosas importantes sean decididas sobre la base de creencias precarias, asumiendo dicho riesgo de error, el cual no parece justo trasladarlo al acusado. La segunda definición también es posible rechazarla, al menos en los sistemas del *Common Law*, ya que el jurado no está sujeto a la obligación de motivar sus veredictos.

Lo anterior nos lleva a entender dicho estándar como se hizo en un comienzo, estimando "autoevidente" su significado, ya que se "define a sí misma" (Accatino, 2011: p.492). En este sentido se pronuncia Taruffo, quien afirma que "… el significado central que se expresa a través de ese estándar es evidente: éste requiere un grado particularmente alto de confirmación probatoria de culpabilidad del imputado que se aproxima a la certeza, dado que sólo admite la presencia de dudas "irrazonables", con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente" (2010: p.249).

Otros autores, como Laudan, estiman que el estándar de prueba más allá de toda duda razonable es inaplicable, ya que no cumple con uno de los presupuestos esenciales

que debe tener un estándar, debido a que "la duda razonable está completamente indefinida o definida de manera tan imprecisa que resulta enteramente inútil" (2005: p.106). A entender de este autor, "el sistema no ofrece al jurado estándares de prueba neutrales y objetivos y establece que es la intensidad de su confianza subjetiva en la culpabilidad la que determina si debe condenar o absolver al acusado" (2005: p.106). Es por esta razón que este mismo autor afirma "que el umbral que se debe superar para condenar se definiría mejor en términos de las características del caso que son necesarios para condenar, antes que en términos del estado mental internos de los miembros del jurado, especialmente porque estos estados- si no están disciplinados por ciertas pautas sobre las conexiones lógicas apropiadas entre evidencia y veredicto-pueden ser infundados, irracionales o basarse en prejuicios por más fuerza que tengan para conducir a una creencia firme de la culpabilidad" (2011: p. 171).

3.1.1. Estándar de prueba más allá de toda duda razonable en el artículo 340 del Código procesal penal

Desde la entrada en vigencia del Código procesal penal, la interpretación del estándar de prueba contemplado en el art. 340 de dicho cuerpo legal suscitó dos problemas interpretativos serios: el primero dice relación con la imprecisión del término "duda razonable" que ya fue abordado en parte en el título anterior; el segundo se relaciona con los inconvenientes que conlleva una lectura subjetivista de este estándar de prueba.

3.1.1.1. Alcance del término "duda razonable"

Durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal, el estándar de condena se encontraba contemplado en el art. 456, el que disponía que "Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al reo una participación culpable y penada por ley". Parte de la doctrina estima que dicho artículo establece los principios de certeza legal condenatoria y certeza moral absolutoria (Núñez, 2003a: p.263).

Sin embargo, el principal problema que traía aparejado estos principios decía relación con que la certeza es un estado que no puede obtenerse a partir de un método de análisis inductivo. Al respecto es importante recordar que no sólo en proceso penal, sino en el marco de cualquier ciencia empírica, carecemos de certeza sobre la verdad de nuestras afirmaciones, entendiendo siempre la verdad como aproximada o probable. Al respecto Jordi Ferrer señala que "nunca una metodología inductiva nos habilitaría para adquirir certezas acerca de la verdad de una hipótesis" (2007: p.139), ya que esto nos conduciría, como señala Duce a "absolver en todos los casos en que el delito del imputado no sea flagrante, o que el imputado no confiese voluntariamente, o por último, que no se cuente con otra prueba indubitada, producida por alguna circunstancia excepcional" (2007: pp.496-497). Con el objeto de superar lo anterior, se importa desde el derecho anglosajón el estándar de prueba más allá de toda duda razonable al proceso penal chileno, estándar que evidenciaría que el grado de convicción requerido no es absoluto.

Nuestro legislador cuando incorporó el término de "prueba más allá de toda duda razonable" en el art. 340 del CPP, estimó que éste se encontraría "suficientemente decantado y eliminaría las discusiones respecto al grado de convicción requerido" (Historia de la Ley 19.696. 2000: p.2005). Sin embargo en la práctica se ha comprobado que este concepto adolece de una vaguedad extrema que dificulta un control de la decisión judicial como se expuso en el acápite anterior. Accatino postula que "la posibilidad de identificar criterios precisos de aplicación del mismo ha estado y sigue estando expuesta a intensas controversias, de modo que las condiciones de suficiencia de la prueba que impondría el estándar más allá de toda duda razonable parecen lejos de estar suficientemente decantadas" (2011: p.494).

Algunos autores han intentado darle contenido a la expresión duda razonable. Cristian Riego ha sostenido que "se trata de dudas que por su importancia y magnitud impiden la decisión de condena" (2003: p.14). De lo anterior es posible desprender la existencia de otro tipo de dudas que son aceptadas en el sistema y que no impiden una decisión condenatoria. Para poder entregar criterios operativos al juez, estos autores en oposición a la duda razonable elaboraron categorías de dudas que no impiden la decisión de condena, proponiendo como primera categoría los cabos sueltos, que los define como "aquellos 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" (2003: p.15). Otra categoría que expresa son las dudas imaginarias o puramente hipotéticas, definidas como "explicaciones alternativas a la prueba presentada, pero que no forman parte del debate, que nadie ha alegado ni intentado probar y que sólo surgen de una revisión hipotética de todas las posibilidades imaginables" (2003: p.15). Finalmente indica que "no es duda razonable la que es ilógica, esto es, la que para construirse requiere aceptar componentes absurdos o irracionales, contrarios a la razón" (2003: p.16).

De lo anterior es posible desprender que la duda razonable debe contener ciertos elementos específicos para considerarla tal. Primero, debe ser una duda articulada- en oposición a los cabos sueltos, esto es, "que sea capaz de estructurar los diversos elementos que no cierran en la versión de la acusación, y mostrar como todos ellos en conjunto constituyen una duda relevante". (2003.p.16). En segundo término, la duda debe surgir de la evidencia presentada- en oposición a la duda meramente hipotética-. Y finalmente, ella no puede ser contraria a la razón.

3.1.1.2. Correcta interpretación del término "convicción"

El segundo problema que podemos avizorar se relaciona con el término "convicción" por el que viene precedido la expresión "más allá de toda duda razonable". Éste favorece entender el estándar probatorio desde un punto de vista subjetivo, es decir, como una creencia, de lo que se deriva la soberanía e infalibilidad del juez respecto de la determinación de los hechos acreditados. Entender un estándar de prueba de este modo, hace incontrolable su aplicación, pudiendo afirmar que "en tal sentido podemos decir que no nos encontramos ante un estándar de prueba propiamente tal" (Reyes, 2012: p.242).

En el mismo sentido se pronuncia Laudan, quien por este motivo desestima el sistema de íntima convicción como estándar de prueba. Señala que considerar la íntima convicción como estándar de prueba, equivaldría a decirle a un matemático que "contarán con una prueba legítima de un teorema tan pronto como estén convencidos de la verdad de dicho teorema" (2005: p.104).

Como ya se señaló en el capítulo anterior, el art. 456 del Código de Procedimiento Penal establecía los principios de certeza legal condenatoria y certeza moral absolutoria. Lo

anterior se traduce en que para condenar, la decisión era tomada sobre la base de los medios de prueba legal, cuyo valor probatorio ya se encontraba previamente establecido. Sin embargo, el juez estaba autorizado a absolver aun cuando los hechos se encontraren acreditados a través de los mismos medios de prueba, en la medida en que éste no se encontrare completamente persuadido de la comisión del ilícito, esto es, no haya adquirido la íntima convicción.

Si bien es cierto la noción de certeza moral entendida como convicción íntima del juzgador tenía cierta utilidad para morigerar la irracionalidad a la que nos conducía un sistema de prueba legal o tasada en el ámbito penal, lo cierto es que dichas bondades no se aprecian en un sistema como el actual, en que existe libertad de prueba, las que deben ser valoradas racionalmente.

Entre los autores que señalan la necesidad de objetivar el estándar de prueba en materia penal se cuenta Núñez Vásquez, quien al referirse a lo planteado por Francois Gorphe, señala que "en una concepción racional de la justicia, y especialmente de las pruebas, -el convencimiento que implica la decisión- debe ser resultante lógica de un examen analítico de los hechos y una apreciación crítica de los medios de prueba. Pasa así del estado de simple creencia subjetiva al de un verdadero conocimiento objetivo, comunicable y fiscalizable" (2003b: p.327).

En el mismo sentido se pronuncia Jordi Ferrer, quien para considerar probada la hipótesis de culpabilidad estima necesario que se cumplan dos condiciones, primero, "la hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas", y segundo, "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*" (2007: p.147).

A mayor abundamiento, y siguiendo la misma línea argumental, un estándar de prueba que apele a las creencias del juzgador es incompatible con el fin de reconstrucción de los hechos que se busca en el proceso, ya que "aunque se acepte que existen criterios racionales para establecer la corroboración entre los elementos de prueba y los enunciados que buscan probar, la determinación de su suficiencia para tenerlos por probados queda abandonada a una suerte de revelación mística del juzgador" (Reyes, 2012: p.243).

Por otra parte, la íntima convicción no se condice con la obligación que tienen los jueces de motivar sus resoluciones de conformidad al art. 36 del CPP. La obligación de fundamentación de las resoluciones judiciales tiene como finalidad verificar la racionalidad de las mismas y por ello el tribunal debe plasmar en ellas tanto los fundamentos de hecho como los de derecho. Si la decisión se basa en una disposición subjetiva del juzgador, la cual además es infalible, lo cierto es que tal obligación carecería absolutamente de sentido. Finalmente, esta interpretación se opone a lo dispuesto en el art. 297 del CPP, el cual señala que la valoración de la prueba, debe hacerse de conformidad a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados. Accatino sostiene que "… si bien se reconoce la adhesión del Código a un modelo de valoración racional o de sana crítica, y se acepta entonces que hay criterios racionales para determinar el grado o fuerza con que los elementos de prueba corroboran las proposiciones sobre los hechos acerca de cuya prueba se discute, se deja abandonada al mismo tiempo la determinación de suficiencia para tenerlos por probados a una suerte de epifanía del juzgador, liberada de toda exigencia de justificación racional y de todo control" (2011: pp.497-498).

En consecuencia, una lectura subjetivista del estándar de prueba implica su absoluta inaplicabilidad, ya que no aporta ningún criterio para efectos de evaluar si la decisión sobre los hechos resulta justificada.

3.1.2. Algunos criterios para precisar el contenido de prueba más allá de toda duda razonable

Como ya hemos señalado, los problemas derivados de una interpretación subjetivista y de la falta de precisión del estándar contemplado en el art. 340 del CPP, hacen imperiosa la tarea de articular criterios para su aplicación que desvinculen la idea de suficiencia probatoria de la persuasión del juez. Para ello debe tenerse en vista, según Accatino "el sentido moral de la decisión subyacente sobre la distribución del riesgo de error en el proceso penal" (2011: p.499).

En primer término, para poder determinar el contenido del estándar de convicción referido, es necesario, como ya se advirtió, evitar una interpretación subjetiva del mismo por las perniciosas consecuencias que ello trae aparejado. Si bien es cierto y como se señaló

supra, el art. 340 del CPP al utilizar la expresión "convicción", sugiere una creencia exenta de dudas, pareciera que lo relevante no es la existencia o inexistencia de las mismas, sino que éstas sean efectivamente razonables, esto es, "la existencia en las pruebas de condiciones que justifiquen una duda" (Accatino, 2011: p.503) o dicho de otro modo, que las dudas que pueden aceptarse como condición para absolver no pueden ser hipotéticas, sino que ellas deben surgir a partir de la prueba disponible. En este sentido Riego postula que "la cláusula de duda razonable nos pone, entonces, en el escenario del conjunto de las dudas posibles por el hecho de la falta de pruebas indubitadas y pretende decirnos que hay dudas aceptables, es decir, con las cuales podemos condenar" (2003: pp. 13-14).

De lo anterior es posible afirmar entonces que la duda razonable acerca de la ocurrencia del hecho o la participación debe fundarse en defectos de las pruebas disponibles, lo que es coherente con un estándar altamente exigente para evitar así falsos positivos, lo que equivale a condenar a un inocente.

En segundo lugar, es necesario determinar qué requisitos debe satisfacer la prueba de cargo para superar el estándar de suficiencia. Accatino sostiene que las dudas pueden generarse ya sea por el carácter probabilístico de la prueba judicial o bien por el carácter fragmentario de la misma. En el primer caso, no constituiría duda razonable "que las cosas hayan podido ocurrir de otro modo", ya que ellas se basarían en posibilidades puramente hipotéticas, no sustentadas en pruebas que den una versión alternativa. Asimismo, en el segundo caso, quedarían excluidos los llamados "cabos sueltos", esto es, dudas que se refieran a aspectos secundarios en la reconstrucción de los hechos y que no integren el núcleo de las proposiciones principales (2011: pp.504-505; Riego; 2003, p.15).

Finalmente, Accatino sostiene la tesis de que "los defectos de las pruebas disponibles, respecto de una cierta proposición sobre los hechos del caso que justifican una duda e impiden tenerla por probada bajo el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, consiste en que ellas no logren eliminar o refutar alguna proposición fáctica alternativa plausible y compatible con la inocencia del imputado". (2011: p.507). Un concepto semejante otorga Taruffo quien indica que "existe una duda razonable cuando, frente a la descripción del hecho en que se funda la culpabilidad, es posible sin embargo afirmar una hipótesis alternativa razonable con respecto al mismo hecho" (Accatino, 2011: p.507).

En consecuencia, para arribar a una decisión condenatoria se hace necesario que el Ministerio Público haya refutado o bien eliminado todas las hipótesis plausibles, siempre y cuando ellas nazcan de los datos disponibles en el caso. De otro modo, nos enfrentaríamos a las llamadas “dudas hipotéticas”, las que, como se indicó, no constituyen duda razonable.

II. Momentos del razonamiento del juzgador

1. Aspectos generales

El razonamiento utilizado por el juzgador para tomar una decisión, ya sea de absolución o condena, puede dividirse en dos fases perfectamente diferenciables: (a) la valoración de los medios de prueba con sus consecuentes resultados, y (b) la decisión.

Respecto de la primera etapa, una vez determinado el conjunto de elementos de juicio que confirmarán o refutarán las distintas hipótesis que se planteen, tiene lugar la valoración de la prueba. Ella consiste básicamente en determinar el apoyo que tiene una determinada proposición fáctica en los antecedentes con que se cuentan, otorgándole un peso específico. La forma de valorar la prueba, es decir, de "pesarla", dependerá del esquema de valoración que se utilice en cada sistema, el que podrá corresponder al de prueba legal o tasada, o bien al de libertad de prueba o libre valoración. Ferrer indica que "esa valoración puede estar guiada jurídicamente y hasta puede el derecho imponer un determinado resultado probatorio. Estaremos, en ese caso, ante un sistema de prueba legal o tasada (que puede ser más o menos estricto). Ahora bien, si el sistema jurídico prevé para el caso la libre valoración de la prueba, entonces deberá valorarse 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" (2009:p.74).

Un segundo momento corresponde en la toma de decisión. Valorada la prueba, el tribunal debe decidir si la hipótesis propuesta puede o no tenerse por probada, lo que estará sujeto al grado de confirmación que esa hipótesis disponga. Ferrer indica que "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. Habrá que decidir ahora si la hipótesis h puede o no declararse probada con el grado de confirmación de que disponga. Esto depende del estándar de prueba que se utilice" (2009:p.76). En consecuencia, el grado de apoyo que requiere una hipótesis para tenerse por probada dependerá estrictamente del estándar de prueba utilizado. Si el estándar corresponde al sistema de prueba prevalente, regularmente utilizado en materia civil, se entenderá probada

la hipótesis cuyo grado de confirmación sea superior a la hipótesis contraria y a su negación. En cambio, si opera el estándar de prueba "más allá de toda duda razonable", comúnmente utilizado en materia penal, el grado de confirmación para tener por acreditada una determinada proposición fáctica será más elevado, aplicándose las reglas tratadas en el capítulo primero, al cual me remito.

2. Valoración de los medios de prueba

Valorar la prueba consiste en verificar mediante los medios de prueba rendidos, los enunciados fácticos incorporados en el proceso. Para Jordi Ferrer, es el "apoyo empírico que esos elementos aportan individual o conjuntamente a las diversas hipótesis fácticas disponibles sobre lo ocurrido" (2007:p.91). A través de la valoración de estos elementos, se otorga un determinado apoyo o grado de confirmación a la hipótesis que se pretende acreditar, lo que será utilizado por el juez para tomar finalmente su decisión de absolución o condena.

Para Marina Gascón "teniendo en cuenta que la fijación judicial de los hechos se produce a través de un procedimiento institucionalizado, es posible configurar dos distintos modelos de valoración, dependiendo de que ésta venga o no predeterminada jurídicamente: el modelo de prueba 'legal o tasada' y el modelo de prueba 'libre' " (2010: p. 141).

El modelo de valoración de la prueba legal o tasada, al que ya hemos aludido, es un sistema de valoración formal en que el peso de la prueba está determinado con anterioridad por el legislador, limitándose el juez a aplicar a la prueba los baremos ya establecidos. Este modelo ha sido objeto de amplias críticas, toda vez que por su rigidez, desdibuja el objetivo de búsqueda de la verdad propio de los sistemas cognoscitivistas. Coloma sostiene que "la prueba legal o tasada constituye una forma casi brutal de cerrar las puertas a explicaciones epistémicamente justificadas" (2012: p. 754)

A su turno, el modelo de libre valoración tiene sentido epistemológico sólo en la medida en que se asuma que los resultados de la prueba judicial de los hechos son sólo aproximativos, no existiendo certeza absoluta sobre los mismos. En ese contexto, la libre valoración debe entenderse como "un principio metodológico (negativo) que consiste simplemente en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la

decisión y que constituye por ello una auténtica garantía epistemológica y – en el ámbito penal- también derivadamente, una garantía de libertad" (Gascón, 2010:p.142). Este es el real alcance que debe otorgársele a este modelo, jamás vinculado a la convicción íntima. La íntima convicción como estándar probatorio se vincula con un sistema de valoración subjetivo y por ende irracional, arbitrario, y por sobre todo, incontrolable. En relación a este punto, Coloma afirma que "La sana crítica dota de credenciales legitimadoras a los jueces que la invocan, pues a lo largo del tiempo se han ido tendiendo puentes entre ella y la racionalidad. A contrario sensu suele sostenerse que la íntima convicción no es sino un reducto para la arbitrariedad…." (2012: p. 754).

La libre valoración de la prueba, como principio metodológico, implica una valoración discrecional de los medios de prueba, esto es, no vinculado a la ley, pero como ya se explicó, sin transformarse en valoración arbitraria o irracional. Ferrer indica que "la libre valoración de la prueba es libre sólo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración. La operación consistente en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una hipótesis está sujeta a los criterios generales de la lógica y la racionalidad" (2009: p.75).

En síntesis, la libre valoración no puede consistir en libertad para la arbitrariedad. Por esta razón, un modelo cognoscitivista debe incorporar en la valoración de la prueba y en la determinación de los hechos probados, criterios científicos y racionales, conforme a las reglas de la sana crítica, configurando una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Coloma indica que "El atractivo de la sana crítica proviene, entonces, de una mezcla de libertad y de sujeción en la valoración de las pruebas disponibles en un juicio, la cual se espera reduzca los falsos positivos y los falsos negativos que la aplicación de los sistemas de pura libertad o de pura sujeción tienden a favorecer" (2014:p.675).

En relación a lo anterior, nuestra legislación positiva impone algunos criterios de valoración. Uno de ellos se encuentra consagrado en el art. 412 que establece en su inciso segundo "La sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado", lo que significa que no puede condenarse con la sola confesión del imputado.

El artículo más relevante en esta materia es el 297 del CPP. En su inciso primero establece algunos criterios de valoración entregados por los principios de la lógica,

máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados. Por su parte, los incisos segundo y tercero imponen parámetros de razonabilidad que hacen posible un razonamiento probatorio desde el punto de vista justificativo, permitiendo en la fundamentación reproducir el razonamiento utilizado por el tribunal para arribar a las conclusiones a las que llegare en la sentencia[1].

Lo anterior se ajusta a lo que ha planteado la doctrina. "El proceso de valoración debe realizarse dentro de los cánones de racionalidad, científicos y cognoscitivos, los cuales deben expresarse, esto es, justificarse y motivarse señalando explícitamente las razones que se han tenido para arribar a una determinada conclusión probatoria, siendo esto lo que posibilita salir de la esfera de lo íntimo e inefable, permitiendo el control del razonamiento empleado" (Araya: 2011:p.84). La valoración de la prueba ha de concebirse por tanto como "una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos" (Gascón, 2010: p.144), pero cuyo resultado no implica por sí solo nada respecto de la decisión a adoptar, siendo necesario siempre la intermediación de algún estándar de prueba, siendo posible incluso que la hipótesis que haya resultado más confirmada no pueda darse por acreditada al no alcanzar el estándar exigido (Ferrer: 2009:p.77).

Una vez hecha la elección de la hipótesis más probable, lo que constituye estrictamente la labor de valorar, tiene lugar la decisión sobre los hechos probados. Esta decisión consiste en el juicio de aceptabilidad de la hipótesis planteada, que se considerará aceptable sólo en la medida que el grado de probabilidad se estime suficiente, y la suficiencia estará dada siempre, por el estándar de prueba que maneje cada sistema.

Es importante tener presente que cuando hablamos de aceptabilidad de la hipótesis, ésta dice relación estricta con elementos de juicio o medios de prueba disponibles. Ferrer postula que "una proposición se considera probada si, y sólo si, hay elementos de juicio a favor de la misma…" (2005: p.35). Al respecto es importante destacar que los enunciados declarativos acerca de los hechos probados son enunciados relacionales, lo que significa

---

[1] Art. 297. *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.
El Tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda 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 los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

que están vinculados a un determinado contexto o conjunto de elementos de juicio. Lo anterior implica que si varía el conjunto con la sustracción o adición de algún elemento, puede variar el resultado probatorio que ese conjunto aporte a favor o en contra de esa proposición. Esta concepción de aceptabilidad es compatible con diversas teorías acerca de la valoración de la prueba. "Así, por ejemplo, el modelo matemático-estadístico de la prueba judicial, que, en su versión más clásica, supone la aplicación del denominado teorema de Bayes para la determinación del valor probatorio de uno o más elementos de juicio para una hipótesis sobre los hechos. También es compatible entre otras, con las concepciones de la prueba como probabilidad inductiva o lógica" (Ferrer, 2005: p.36).

De todo lo anteriormente expuesto es posible afirmar que el concepto "aceptabilidad" dice relación con criterios objetivos y por tanto racionales de valoración. Marina Gascón postula que "En otras palabras, descartada la confianza en la obtención de algún tipo de "verdad absoluta" en el proceso, pero descartada también la concepción de la valoración de la prueba como actividad subjetiva y/o esencialmente irracional, por incompatible con el objetivo de un modelo cognoscitivista-, la valoración de la prueba ha de concebirse como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos" (2010: p.144). En consecuencia, el juicio de aceptabilidad de una hipótesis dice relación con el contexto (elementos de juicio disponible), es voluntaria (consiste en la elección de la hipótesis más probables entre las existentes) y es racional. Todo esto contrasta con lo que ocurre con el concepto de íntima convicción, que no considera el contexto ni los elementos de juicio disponibles, sino que se limita a decidir únicamente en atención al parecer subjetivo del juez, decisión que no puede ser sino involuntaria e irracional.

2.1. Modelos racionales de valoración

Es necesario aclarar preliminarmente que no es posible predicar en materia de juicio la "verdad" de una hipótesis, por muy vasta y contundente que sea la prueba. Adquirir racionalmente certeza sobre la verdad de un enunciado fáctico es imposible, ya que el resultado de la inducción, a diferencia de la deducción que es tautológica, es siempre contingente y no lleva consigo la necesidad de su conclusión. Ferrer dice que "…la primera

observación que se impone realizar es que nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que éste sea, permitirá tener certezas racionales sobre la verdad de una hipótesis. No es posible obtener una conclusión general (positiva) válida o justificada a partir de casos individuales. Estamos ante el gran problema de la justificación del razonamiento inductivo, que vale tanto para la ciencia como para la prueba judicial" (2007: p.91-92). En virtud de lo anterior, sólo es posible otorgar a una determinada conclusión una probabilidad mayor o menor de que ésta sea verdadera. Por esta razón, los sistemas racionales de valoración son necesariamente modelos probabilísticos.

Es posible distinguir dos tipos de modelos probabilísticos. Aquéllos que entienden la probabilidad de un suceso en términos de frecuencia relativa -probabilidad matemática-; y los que conciben la probabilidad como grado de confirmación -modelos basados en esquemas de confirmación, lógico o inductivo. "Ambos modelos se corresponden con las dos nociones de probabilidad: la matemática o estadística, que entiende que la probabilidad se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa de la clase de eventos a la que pertenecen; y 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 verdad" (Gascón, 2005:p.132).

Jordi Ferrer realiza la misma distinción, entendiendo la probabilidad matemática como aquella que "mide la frecuencia con la que un evento se produce en una sucesión dada de acontecimientos, tendencialmente infinita. Estamos aquí ante la probabilidad frecuentista o estadística, que da origen a los cálculos matemáticos de la probabilidad" (2007:p.94). En cambio, define la probabilidad aplicada a proposiciones como aquella que "mide, de forma general, nuestro grado de conocimiento del mundo. Se trata en este caso de una noción epistemológica de la probabilidad, que gradúa las posibilidades de que una determinada proposición sea verdadera" (2007: p.94).

2.1.1. Modelos matemáticos estadísticos

Los modelos de valoración de probabilidad matemática o estadísticos adquieren gran relevancia por la necesidad que se generó en introducir elementos cuantitativos en la

valoración de la prueba con el objeto de evitar que elementos de carácter emocionales influenciaran al jurado, sobre todo en aquellos sistemas en que no se requiere motivar las decisiones, transformándose en un contrapeso al sistema de libre convicción. Sin embargo, en la práctica, estos sistemas son de difícil aplicación, ya que, por una parte resulta complejo para el juzgador poder cuantificar su valoración subjetiva previa, y por otra, se colocan en manos de los jurados instrumentos absolutamente incomprensible para ellos. Además, según Ferrer, "La mayoría de los teóricos de la prueba en el contexto del proceso judicial consideran muy claramente que la probabilidad frecuentista o estadística no es adecuada para dar cuenta del razonamiento probatorio en el derecho porque no dice nada acerca de lo que importa de forma general al proceso: los hechos individuales" (2007: p.98). En este mismo sentido se pronuncia Taruffo quien sostiene "…el teorema de Bayes, si se entiende correctamente, no es idóneo para cuantificar la aceptabilidad de la hipótesis fáctica sobre la base de los elementos de prueba que se refieren a la misma. Ese teorema explica, en efecto, cómo combinar dos ingredientes: la distribución precedente de un cierto fenómeno en una determinada clase (la denominada *pior probability o base rate information*) y algo denominado "función de probabilidad", para llegar a determinar la probable densidad o frecuencia de un evento dentro de una muestra determinada. Resulta entonces evidente que ese teorema pretende calcular la probabilidad estadística de un evento dentro de cierto campo de fenómenos, pero no dice nada acerca del caso concreto: en especial, no toma en consideración la posibilidad de pruebas que contradigan la prior probability y tampoco de fenómenos esenciales para valorar la fundamentación de esa hipótesis, como por ejemplo la amplitud y naturaleza del material probatorio, la falsedad de las pruebas o la supervivencia de otros elementos de prueba" (2009:p. 198-199).

Por otro lado, se cuestiona también la validez epistemológica de este modelo en el ámbito judicial, ya que podría conducir a resultados contra - intuitivos, produciéndose una sobrevaloración de la probabilidad inicial y una injustificada minusvaloración del peso que tienen los distintos elementos probatorios en el resultado de la probabilidad final. "El blanco central de las críticas lo constituye aquí el papel desempeñado por las *prior probabilities* en el cálculo de la probabilidad final del tema de prueba. Si el valor de la *prior probability* (es decir, la probabilidad inicial atribuida a la hipótesis antes de la introducción del nuevo material probatorio) fuera muy bajo, también sería muy bajo el resultado de la

valoración final, con independencia de que la probabilidad indicada por ese nuevo material probatorio fuese muy alta" (Gascón, 2010: p. 149-150). Para graficar lo anterior, si una determinada hipótesis se encuentra corroborada por una prueba A, a la cual se le otorgó un alto grado de confirmación, y pero la probabilidad inicial era muy baja e inferior a la primera, el grado de confirmación de la hipótesis será inferior al que tendría si sólo se hubiese rendido la prueba A sin tener en consideración esa probabilidad inicial. "En suma, el uso del teorema de Bayes como modelo normativo produce una sobrevaloración de la probabilidad inicial y una injustificada minusvaloración del peso que tienen los distintos elementos probatorios en el resultado de la probabilidad final" (Gascón, 2010: p. 150).

2.1.2. Modelos de probabilidad lógicos o inductivos

De acuerdo a este modelo, la probabilidad de una hipótesis se apoya en su conexión lógica a través de reglas causales generales y mide el grado de apoyo inductivo que las pruebas proporcionan a la hipótesis, entendiendo el término probabilidad como demostrabilidad.

Los modelos inductivos de valoración, a diferencia de los matemáticos estadísticos, son los que más se adecuan a la actividad judicial, ya que permiten formular esquemas racionales de valoración. Una de las falencias que presentan los modelos matemáticos estadísticos es que no distinguen adecuadamente entre dos tipos de probabilidad, por un lado, la probabilidad de una hipótesis singular, y segundo, el grado de apoyo inductivo que tiene la generalización. Lo anterior tiene relevancia, ya que las probabilidades matemáticas o generalizaciones no dan cuenta de hechos singulares. En relación a esto, Ferrer indica que "el hecho de 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. El grado de corroboración o de soporte inductivo de las distintas hipótesis en conflicto puede compararse, lo que permite hacer una ordenación de las hipótesis, pero no se puede cuantificar numéricamente la probabilidad de cada una de ellas" (2007: p.122). La probabilidad matemática entonces, aplicada en la valoración de la prueba, tiene como finalidad servir de base a la inferencia inductiva, sin ser infalibles. Ello implica que normalmente se cumplen, razón por la cual sirven de apoyo inductivo,

pudiendo sin embargo no ser así. Como consecuencia de ello, no sólo debe analizarse el grado de apoyo de la hipótesis, tanto en la prueba disponible como el apoyo inductivo que otorgue una generalización, sino que además es necesario comprobar que en el caso específico no concurra alguna circunstancia que excluya la aplicación de dicha generalización. De lo anterior puede desprenderse que la precariedad de antecedentes sobre los hechos que pretenden acreditarse debiera influir negativamente en el grado de probabilidad que se le otorgue a la hipótesis, ya que esa falta de información podría, si se dispusiera, negar la hipótesis, lo que eventualmente pudiese levantar lo que se denomina "duda razonable".

2.1.3. Esquema valorativo del grado de confirmación

Este esquema de valoración entiende la probabilidad ya no como frecuencia relativa de un hecho, sino más bien como el apoyo que prestan las pruebas a una hipótesis determinada, las que se encuentran conectadas a éstas a través de reglas causales. En consecuencia, la conexión que vincula los distintos niveles de narración construidos por el juez es de naturaleza inferencial. Como se explicó, este tipo de esquemas son los que mejor se adaptan a la labor realizada por el juez al momento de valorar la prueba y resolver los problemas probatorios que su actividad trae aparejados, pues es plenamente aplicable a la averiguación de la verdad que realiza el juez. Marina Gascón indica que "La racionalización de la valoración de la prueba a través del concepto de grado de confirmación se inserta en un proceso hipotético-deductivo (inductivo) de adquisición de conocimientos que se desarrolla a través de las sucesivas confirmaciones de las hipótesis y de su sometimiento a la refutación" (2010: p.159).

De la afirmación anterior, puede desprenderse que, como primer paso (recordemos que corroborada una determinada hipótesis, es necesario contrastarla con el estándar de prueba utilizado), para aceptar como verdadero un determinado enunciado fáctico, deben cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que la hipótesis no haya sido refutada con la prueba disponible.

b) Que las pruebas confirmen la hipótesis.

c) Que la hipótesis sea más probable que cualquier otra.

En relación al primer requisito, que una hipótesis no sea refutada significa que las pruebas disponibles o parte de ellas no se encuentren en contradicción a dicha hipótesis. "La fiabilidad de la inferencia aumentará en la medida que la hipótesis vaya superando controles probatorios diseñados para falsearlas y la superación de cada uno de ellos aumentará su probabilidad" (Ferrer, 2007: p.123).

El segundo requisito implica que la hipótesis debe encontrarse confirmada mediante las pruebas disponibles, esto es, la existencia de un nexo lógico o causal entre la prueba y la hipótesis. Para Marina Gascón, el requisito de la confirmación es "una inferencia mediante la cual, a partir de las pruebas y de una regla que conecta esas pruebas con la hipótesis, se concluye aceptando la veracidad de esta última" (2010: pp.159-160).

El grado de confirmación o probabilidad inductiva que pueda tener una determinada hipótesis dependerá de "a) el fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las generalizaciones (regularidades o "máximas de la experiencia") usadas, b) la "calidad" epistemológica de las pruebas que lo confirman, c) el "número de pasos inferenciales" que componen la cadena de confirmación, y d) la "cantidad" y "variedad" de prueba o confirmaciones" (Gascón, 2010: p.160).

(a) En relación a la primera variable, esto es, el grado de probabilidad de las regularidades que conectan la hipótesis con las pruebas que la confirman, puede ser mayor o menor, lo que dependerá evidentemente del fundamento de las mismas. Al respecto, Taruffo indica que "La inferencias que permiten conectar las informaciones disponibles, esto es, las pruebas, con las hipótesis que se trata de confirmar fundan su validez y su fiabilidad en los criterios que son utilizados para establecer esa conexión, cuyo resultado permitirá, eventualmente, decir que la hipótesis-conclusión fue confirmada" (2010: p.237). De lo anterior se desprende que el problema más complejo es la determinación de las fuentes de estos criterios y la valoración de su fiabilidad. "Así, por ejemplo, si con respecto a una hipótesis constituida por un enunciado de hecho se dispone de una sola prueba, pero el warrant que conecta esa prueba con el hecho descrito por el enunciado es una regla universal o cuasi general, el grado de confirmación que el enunciado recibe a través de la inferencia es particularmente elevado. Por el contrario, si se trata de una prueba que puede ser conectada con el hecho en cuestión sólo por medio de una regla que corresponde a una baja frecuencia estadística, o que posee en todo caso un valor cognoscitivo bajo, es evidente

que el enunciado recibe de esta prueba un grado de confirmación muy poco elevado, o incluso nulo en el caso – al que se acaba de hacer referencia- de que la regla de inferencia sea una generalización radicalmente espuria, y como tal carente de cualquier valor cognoscitivo" (Taruffo, 2010:p.239).

(b) Tratándose de la "calidad epistemológica" de la prueba, "La probabilidad de una hipótesis es tendencialmente mayor cuando viene confirmada por constataciones o conclusiones que cuando viene confirmada por hipótesis" (Gascón, 2010: p.161). Debe entenderse por "constatación" el resultado de una prueba directa; por "conclusión", aquella prueba obtenida a través de la deducción como es el caso de las pruebas científicas – a modo ejemplar, prueba de ADN-; y por "hipótesis", aquella obtenida a través de prueba indirecta o inductiva.

Las pruebas en sí mismas pueden tener mayor o menor calidad epistemológica, por ejemplo una prueba de ADN tiene mayor valor epistemológico para determinar que A es padre de B, que el testimonio de la madre de B. Por otro lado también debe tenerse presente que "el grado de soporte inductivo no se puede obtener por inducción enumerativa. La repetición de un experimento o reiteración de una prueba no aumentan el grado de soporte inductivo de una hipótesis" (Ferrer, 2007: p.124). Dicho de otro modo, ello no aumenta la calidad epistemológica de que goza dicha prueba, sino sólo aumenta su fiabilidad. En efecto, si declaran tres testigos presenciales contestes respecto de un determinado hecho, ello no implica que aumente la calidad epistemológica de dicha prueba, sino sólo que se otorga mayor fiabilidad a la misma. En el mismo sentido podemos pronunciarnos respecto de las pruebas científicas. Si bien ellas gozan de una alta calidad epistemológica, se habla siempre de "tendencialmente", ya que ello es así sólo en la medida en que no se cuestionen las conclusiones obtenidas a través del método deductivo. Por ejemplo, cuando la obtención de la muestra biológica que se pretende cotejar es dudosa.

(c) La tercera circunstancia que incide en la mayor o menor probabilidad de una determinada hipótesis viene dada por el "número de pasos inferenciales" que separan la hipótesis de la prueba que la confirma. Marina Gascón señala que "La probabilidad de una hipótesis es menor cuanto mayor sea el número de pasos que componen el procedimiento probatorio que conduce a su confirmación" (Gascón, 2010: p.162). El profesor Avilés señala que "si bien no existen reglas específicas y detalladas en la materia, no es difícil

concluir que mientras mayor sea la cadena de inferencia, menor será la posibilidad de obtener una inducción probatoria realmente fuerte" (2004: p182). Agrega Ibáñez que "En todo proceso, deben de tenerse en cuenta indicaciones. Así, cuanto mayor es la distancia y por tanto mayor es el número de inferencias que han sido necesarias para derivar de los hechos probatorios el *thema probandi*, menor es el grado de probabilidad de la inducción probatoria" (Andrés Ibáñez, 1992: p. 284).

(d) La cuarta variable que puede influir en la probabilidad de una hipótesis es la cantidad y variedad de las pruebas que la confirman. En la medida en que la hipótesis esté confirmada con un mayor número de pruebas, mayor será su probabilidad. Asimismo, la diversidad de la prueba, a saber, directa, indiciaria, científica, documental, entre otras, tiende a reforzar la hipótesis a probar desde diversas perspectivas. A mayor abundamiento, si varias hipótesis se ven confirmadas por un mismo medio de prueba, para efectos de robustecer una de ellas, es posible incorporar prueba tendiente a eliminar o debilitar las hipótesis alternativas.

Finalmente, el tercer y último paso en este modelo de valoración es eventual, y tendrá lugar en aquellos casos en que, luego de aplicados los filtros de la no refutación y confirmación, subsista más de una hipótesis probable. Para resolver este problema, Marina Gascón propone lo siguiente: "En estos casos tal vez otros criterios de otros criterios de verdad extraempíricos pudieran prestar ayuda; por ejemplo, el de la "simplicidad" o el de "coherencia narrativa"" (2010: p.165). El primero de estos criterios indica que la hipótesis más probable coincide con aquella que permite explicar el mayor número de hechos. Asimismo, en aplicación del criterio de coherencia, la hipótesis más probable será aquella que mejor explique los hechos. Respecto de este punto también se pronuncia Larry Laudan, quien a propósito de los elementos que debe contener la "inferencia a la mejor explicación" señala que "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*. Paul Thagard ha sugerido que una hipótesis se califica como la mejor explicación sólo si es capaz de explicar diferentes clases de hechos, si posees simplicidad (entendida como una reflexión acerca de la naturaleza y 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" (2011: p.97).

2.2. Límites de la valoración

Para Joel González, la actividad de valoración de la prueba es, "una de las áreas más intrincadas y movedizas dentro del vasto mundo probatorio, y acaso también la de más penoso transitar debido a la gran cantidad de elementos metajurídicos, por añadidura, inestables, que la rodean" (2006: p.94). Nuestro sistema procesal ha experimentado una profunda evolución en cuanto a modelos de valoración se refiere, lo que se manifiesta en que prácticamente todos los procedimientos han abandonado los sistemas basados en la prueba legal o tasada por dificultar el objetivo de búsqueda de verdad, adoptando un sistema de valoración libre, el que se identifica con el concepto de "sana crítica". Ello implica depositar la confianza en la judicatura, la que "…ha ido acompañada de fuertes exigencias de motivación de las sentencias…." (Hunter, 2012 p.249) como contrapartida. Para Coloma y Agüero "El retroceso experimentado por la prueba tasada e íntima convicción en varios de nuestros procedimientos, por una parte, y la irrupción de la sana crítica, por otra, obedece a una decisión legislativa que es consistente con la comprensión de que el problema social de fijar el pasado debe resolverse usando conocimientos públicos. La sana crítica se asocia a un conjunto de patrones de decisión- los PL, las ME y los CCA - que en distinta medida y modo resultan accesibles a un universo amplio de los miembros del grupo social" (2014: p.274). En el mismo sentido se pronuncia Johann Benfeld, quien plantea que "… la noción de "sana crítica" ha ido cobrando progresivamente mayor relevancia en el ámbito jurídico procesal nacional. Prueba de ello son los numerosos textos legislativos que el día de hoy establecen su concepto. Eso sin considerar que, además, todo indica que su incorporación como criterio de ponderación de la prueba, lejos de estar pronto

a desaparecer, parece estar llamado a convertirse, de no mediar algún imprevisto, en el sistema de valoración probatoria general en nuestro país" (2013: p.570).

En nuestro actual Código procesal penal, dichas reglas regulan la sana crítica se encuentran consagradas en el art. 297 inciso primero del citado cuerpo legal, como límites la valoración de la prueba. Para Couture, estas reglas pueden definirse como "las reglas del correcto entendimiento humano**;** contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar**;** pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia" (1979: p.195). La flexibilidad que presenta la sana crítica permite superar los inconvenientes de la prueba legal o tasada para lograr el objetivo de búsqueda de la verdad. Sin embargo, ello no implica que los jueces puedan tomar decisiones en el establecimiento de los hechos fundado en su mera subjetividad como lo sugiere el modelo de íntima convicción, sino que "obliga a los jueces a tomar decisiones usando generalizaciones validadas fuera del sistema jurídico en razón de sus propiedades epistémico-culturales" (Coloma y Agüero, 2014: p.674-675). A través del establecimiento de estos criterios se pretende alejar al tribunal de arbitrariedades. "En el ámbito penal, la libertad que otorga no puede convertirse en una relajación de la carga que tiene el Estado de probar los extremos de la acusación y satisfacer el estándar de convicción exigido para dictar sentencia de condena. Entenderlo de otro modo implicaría afectar en su esencia el estado jurídico de inocencia de todo imputado penal." (Cerda, 2008: pp.38-39).

En síntesis, la mayor ventaja del modelo de valoración de la sana crítica viene dado por la coexistencia de espacios de deber y libertad. De esta manera, el juez deberá someterse en su valoración a los principios lógicos, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y en aquellos espacios en que las generalizaciones disponibles no determinan lo que válidamente puede concluirse de la prueba, el juzgador podrá moverse con discrecionalidad. "Esta propiedad ha redundado en la comprensión de la sana crítica como modelo de valoración racional de la prueba" (Coloma y Agüero, 2014: p 698).

2.2.1. Reglas de la lógica

Si identificamos como uno de los límites de la valoración de la prueba conforme a la sana crítica son las reglas de la lógica, es importante previamente determinar su significado. El Diccionario de Lengua de la Real Academia Española, nos ha otorgado diversos acepciones, incluso algunas bastante disímiles, a saber, "Ciencia que expone las leyes, modos y formas de conocimiento científico", "La que admite una cierta incertidumbre entre la verdad o falsedad de sus proposiciones, a semejanza del raciocinio humano", en su acepción borrosa o difusa, o "Disposición natural para discurrir con acierto sin el auxilio de la ciencia", en su acepción natural. Esta última es la más cercana a lo que los jueces realizan en la práctica.[2]

El razonamiento judicial, al igual que cualquier otro, se define través de silogismos, de modo que la corrección de dichos procedimientos son los que derivan en razonamientos correctos. El método utilizado por el silogismo puede ser la inferencia o deducción que consiste en la combinación de dos proposiciones llamadas premisas que causan una determinada conclusión como consecuencia de este procedimiento. Es en consecuencia la lógica define el pensamiento formalmente correcto.

2.2.1.1. Lógica monotónica

La lógica formal corresponde al paradigma lógico deductivo, cuya característica más relevante es la monotonía. Que el razonamiento lógico formal sea monótono significa que la deducción será siempre irrefutable, ya que ésta no admite adición de información a sus premisas. Coloma y Agüero señalan que "La lógica no regula la introducción de información al proceso de análisis del caso, sino que vela por la corrección comunicativa de lo que puede ser pensado o imaginado dentro de una comunidad" (2014: p.682) En efecto, los principios de la lógica no son un límite a la libertad de justificación que condiciona el tipo de información sobre lo fáctico que resulta admisible expresar en la sentencia, sino sólo una restricción a la "forma" de conclusión de cada razonamiento. A partir de esta característica se desprende por tanto que en los sistemas monotónicos "a) infieren fuera del contexto, no hay presupuestos ni circunstancias que se tomen en cuenta para esta tarea. Por

[2] http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=l%C3%B3gica

eso es que las lógicas clásicas utilizan fragmentos de lenguaje desligados de sus circunstancias de emisión. b) tienen recursos ilimitados y omniscientes: el agente lógico es ideal y carece de límites para razonar o procesar información, a la vez que nunca contradice las consecuencias lógicas de sus creencias. c) son infalibles y consistentes sin necesidad de revisar sus premisas: se buscan solo inferencias infalibles, lo que permite no revisar creencias pasadas, dando garantías de que no existirán contradicciones si se parte de premisas consistentes" (Laso, 2009: p.149-150).

En consecuencia, las reglas de la lógica pueden ser entendidas como aquellas reglas del pensamiento lógico formal, permanentes e invariables.

Los principios básicos de la lógica formal son los siguientes:

1. **Principio de identidad**. En virtud de este principio "una cosa sólo puede ser igual a si misma" (Cerda, 2008: p.43). Si lo anterior se extrapola a la motivación de las resoluciones, implica en el desarrollo de una argumentación, si le he atribuido a un concepto un determinado contenido, debe mantenerse invariable durante todo el razonamiento.

2. **Principio de no contradicción**. Es aquél en virtud del cual "una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí" (Cerda, 2008: p.43). De este enunciado se desprende que no es posible que una cosa sea "x" y "no x" al mismo tiempo y bajo la misma relación. Por tanto si una determinada proposición es verdadera o falsa, siempre será válido que esa proposición y su negación no puedan ser al mismo tiempo y bajo la misma relación, verdaderas. Lo anterior es aplicable con independencia del contenido de las proposiciones. Dos juicios contradictorios no pueden ser verdaderos ambos, siendo aquello una regla absoluta. Por esta razón, cuando un juez motiva sus resoluciones, deberá hacerlo en forma coherente, lo que conlleva necesariamente a que toda su fundamentación sea compatible entre sí, ya que los argumentos contradictorios se excluyen mutuamente, siendo imposible desprender una conclusión válida entre ellos.

3. **Principio de tercero excluido**. Según este principio "si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes" (Cerda, 2008: p.43). De lo anterior deviene que entre dos cosas antagónicas no caben términos medios. Lo que distingue este

principio del anteriormente referido no está en la contradicción, sino más bien en la tercera proposición excluida como consecuencia del antagonismo de las primeras.

4. **Principio de razón suficiente**, según el cual "las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia" (Cerda, 2008: p.43). Este principio fue expresado por Leibniz en la siguiente premisa "Ningún hecho puede ser verdadero o existente, y ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo" (Ghirardi: 1992: p.83). Con posterioridad Schopenhauser reformula este principio, distinguiendo cuatro posibles formas de aplicación del mismo, los que el autor Boris Barrios los resume del siguiente modo:

"1.- El principio de razón suficiente se aplica al ser y, entonces, es el principio por el cual nosotros establecemos la razón de ser de las cosas.

2.- El principio de razón suficiente se aplica al devenir, es decir a la sucesión de los hechos en el tiempo y, entonces, se le llama principio de causa o causalidad.

3.- El principio de razón suficiente se aplica al conocimiento, es decir que por el principio de razón suficiente fundamos nuestro conocimiento.

4.- El principio de razón suficiente se aplica a la relación entre la voluntad y el acto, en cuyo caso se transforma en principio de motivación o en el principio del motivo" (2012: p. 101).

Aplicando lo anterior a la valoración de la prueba y motivación de las resoluciones implica que todo juicio necesita un fundamento suficiente para ser verdadero, lo que se reduce finalmente en que todo conocimiento debe estar suficientemente fundado.

La particularidad de este principio es que alude a la "verdad" de las proposiciones, siendo más bien un problema epistemológico que lógico. Tratándose de los principios de no contradicción, identidad y tercero excluido, es irrelevante la verdad de las proposiciones, ya que "no inquirimos sobre el contenido o fondo de las premisas, sino respecto a la corrección formal del razonamiento" (Cerda, 2008: p.48). De lo anterior deviene que a lo menos sea discutible considerar éste como principio lógico, ya que entendemos se refiere a planos de análisis diversos. Los principios anteriormente enunciados no se dirigen a cuestionar el contenido o fondo de las premisas, sino la forma en que el juzgador las fijó y extrajo sus conclusiones, lo que demuestra su validez universal, lo que no es aplicable al último principio precedentemente tratado.

La dificultad que se genera en torno a los principios lógicos dice relación con que es posible advertir la coexistencia de varios tipos de lógica. Coloma y Agüero postulan que "Probablemente, por el atractivo que para los juristas representan los sistemas de enunciados completos y coherentes ellos se declaran comprometidos con la lógica clásica para modelar el razonamiento jurídico, aunque su utilidad resulta mínima al decidir de un caso judicial" (2014: p. 679).

Normalmente el juzgador en la práctica identifica la falta de sujeción a los principios de la lógica con la débil conexión existente entre el enunciado fáctico que se pretende acreditar con la prueba disponible. Sin embargo, como se explicó con anterioridad, las categorías propias de la lógica clásica no controlan el contenido de los enunciados. Es decir, "los jueces aciertan cuando ven afectados los PL si la estructura informativa carece de consistencia, pero yerran cuando tratan de decidir problemas invocando la lógica clásica" (Coloma y Agüero, 2014: p.679).

Dicho lo anterior, es importante recordar que Couture al definir las reglas de la sana crítica, afirma que "son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar". "Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya". (Couture, 2005: pp.221-223). Este concepto de sana crítica tiene utilidad para una noción de lógica que el profesor Laso Cordero ha desarrollado y que denomina "Lógica no monotónica" (Laso, 2009: p.146).

2.2.1.2. Lógica no monotónica

Para Raymond Reiter "*We use de term "default reasoning" to denote the process of arriving at conclusions based upon patterns of inference of the form "In the absence of any information to the contrary, asume*" (Reiter, Raymond, 1978: p.210). El razonamiento por defecto por tanto, implica que a falta de otra información en contrario es posible concluir x. En consecuencia, si se produce adición de información relevante a las premisas, la conclusión puede ser siempre reformulada, retractada o derrotada. Laso afirma que el razonamiento monotónico consiste en que "aquello que se infiere es al menos razonable o consistente a falta de nueva evidencia que modifique la premisa" (2009: p.147-148). En

efecto, la noción de lógica no monotónica se presenta como contrapartida del concepto clásico de lógica, el que garantiza la verdad de su conclusión en la medida en que sus premisas no sean modificadas. Es por ello que esta noción de lógica se condice más con el razonamiento judicial. Como indica Laso "… la lógica no monotónica nos muestra que es posible un tipo de razonamiento que, siendo riguroso, formalizado pero no deductivo está más acorde con la realidad" (2009: p.150). Lo anterior se debe a que cuando razonamos lo hacemos siempre en presencia de un conocimiento incompleto, lo que se relaciona con el estándar de prueba en que no es posible exigir certezas, sino sólo estándares altos como los de "más allá de toda duda razonable".

Por tanto queda patente que el razonamiento judicial es más bien un razonamiento no monotónico que monotónico, y que sólo cuando los hechos se dan por establecidos, es deductivo o monotónico, aplicándose este último al final del razonamiento.

2.2.2. Los conocimientos científicamente afianzados

Los conocimientos elaborados por la comunidad científica son los que se denominan "conocimientos científicos" para diferenciarlos de otro tipo de saberes. El conocimiento científico, a diferencia del conocimiento ordinario, presenta algunas particularidades. En primer término, es un conocimiento crítico, esto es, que debe fundamentarse, debiendo darse fe de su veracidad. De lo anterior se desprende su segunda característica que consiste en ser un saber verificable, esto es, susceptible de ser corroborado empíricamente. Es también sistemático, lo que significa que tiene un orden lógico, el que se explica a través de teorías, leyes y modelos, siendo por tanto racional. Finalmente debe entenderse este conocimiento como provisorio, considerando la certeza como una adecuación transitoria del saber a la realidad, toda vez éste se encuentra evolucionando permanentemente y en constante revisión.

Una vez determinado el concepto de "conocimiento científico", es necesario dilucidar cuál de ellos además tiene la connotación de "afianzado". No todos los conocimientos tienen la categoría de afianzados, ya que alguno de ellos provienen de resultado de investigaciones frontera, siendo dicho conocimiento más bien provisional. Otros en cambio, se encuentran consolidados, sustentándose en ellos avances tecnológicos

que se aplican en la sociedad. “El estatus de indiscutibilidad es una consecuencia del consenso y supone, por regla general, el sometimiento a un método de trabajo es funcional a evitar el error que implica el uso de procesos informales de procesamiento de datos” (Coloma y Agüero, 2014: p.686).

De lo anterior se desprende que los conocimientos científicamente afianzados comprenden saberes de carácter científico y técnico más o menos generalizados, compartidos como verdaderos por la mayoría de las personas que profesan una determinada disciplina. Para Cerda el conocimiento científico “es un saber racional, objetivo, fundado, crítico, conjetural, dinámico, sistematizado, metódico y verificable sobre la realidad. Constituye una verdad descubierta a través del método científico” (2008: p.39).

Como se afirmó en párrafos anteriores, se entiende que un conocimiento se encuentra afianzado cuando éste es utilizado por la tecnología para la vida cotidiana. Para Coloma y Agüero, este afianzamiento puede entenderse como “un proceso de tecnologización de la ciencia. Continua, “Si así fuese entendido, un CCA es un saber que encontrando su origen en descubrimientos científicos ha sido operacionalizado de forma tal que contamos las reglas (la tecnología) que nos permiten regular qué acciones debemos realizar para conseguir resultados consistentes en el tiempo” (2014: p.687).

Sobre este punto Cerda plantea que “Desde la perspectiva falsacionista de Popper al refutar una teoría mediante un contraejemplo y resultar ésta airosa después del contraste, puede ser científicamente aceptada, pero de un modo provisional; luego, si después de sucesivas refutaciones se mantiene, el conocimiento que expresa puede estimarse afianzado, por ahora. Por el contrario, si la teoría es refutada debe abandonar el cuerpo de las teorías científicas” (2008: p.41).

Es necesario, sin embargo, distinguir entre peritajes cuyos resultados son producidos por artefactos o instrumentos, como lo serían por ejemplo un examen de ADN, y aquellos cuyos resultados dependen de la intervención del agente humano, a saber, el perito, como lo sería un protocolo de autopsia. Estos últimos son los que se identifican con las ciencias sociales y humanas, cuyos resultados no se encuentran intermediados por el uso de instrumentos o aparatos. El sustento de validez de las primeras parece ser más fuerte que las segundas, ya que los resultados son obtenidos usando la mejor tecnología disponible, en cambio tratándose del segundo tipo de peritajes, la carga de justificación se desplaza desde

la máquina a la persona del perito. Es por ello que en cada caso deben atenderse a factores diversos. El primer caso se tienen en consideración los siguientes factores "i) la capacidad de repetir el test en igualdad de condiciones, ii) la baja tasa de error de resultados, iii) la intervención de aparatos, artefactos e instrumentos de última generación diseñados especialmente para ejecutar el examen y, iv) la existencia de mecanismos de control de calidad en la ejecución del procedimiento" (Coloma y Agüero, 2014: p.688). En cambio tratándose de peritajes cuyos resultados dependen del factor humano se consideran: "i) el desempeño precedente del perito, ii) la experiencia y actualización de sus conocimientos tecnológicos, iii) la densidad interpretativa de los resultados, iv) la ética de trabajo previo y, v) el reconocimiento académico del trabajo previo" (Coloma y Agüero, 2014: p.688).

Finalmente indicar que tanto las ciencias sociales como humanas son de aquellos saberes cuyos resultados se obtienen sin la intermediación de un instrumento o artefacto. Este es el caso de la sociología, literatura o antropología. El problema de estas ciencias es que no es posible entenderlas únicamente a partir de los resultados que proporciona su tecnología, ya que todas ellas estudian el comportamiento humano y por tanto sus resultados pueden considerarse afianzados sólo "i) si logran densidad interpretativa; ii) adoptan una tecnología que garantiza representación estadística o, iii) combinan ambos estándares. Logra densidad interpretativa la investigación que consigue que los participantes de una práctica social perciban que los resultados del trabajo científico representan o describen adecuadamente lo que ellos hacen" (Coloma y Agüero, 2014: p.689). En otras palabras, la densidad se determina por el grado de autoidentificación que tenga el participante del grupo cuya práctica se estudia con el resultado obtenido.

2.2.3. Máximas de la experiencia

Las máximas de la experiencia, a diferencia de los conocimientos científicamente afianzados, no tienen pretensiones de universalidad, sino que corresponden a generalizaciones que surgen justamente de la experiencia de una determinada localidad. De esta manera, podemos decir que sabemos que las personas se comportan regularmente de un modo determinado y por ende, siguen una serie de patrones a los que denominamos

cultura. En consecuencia un comportamiento diverso al acostumbrado debe ser explicado para ser justificado.

Couture define las máximas de la experiencia como "normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie" (1966: p.192). Asimismo para Erich Döhring son "reglas de la vida y de la cultura general formadas por la inducción, mediante la observación repetida de hechos anteriores a los que son materia de juzgamiento, que no guardan ningún vínculo con la controversia, pero de los que pueden extraerse puntos de apoyo sobre cómo sucedió el hecho que se investiga" (1972: pp.323-324). Finalmente Friedrich Stein otorga también un concepto de máximas de la experiencia, señalando que "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" (1999: p.22).

De las definiciones anteriormente otorgadas podemos colegir que las máximas de la experiencia operan como una previsión, lo que implica que bajo determinadas condiciones, es posible representarse la repetición de los mismos fenómenos. Son, por tanto, criterios de probabilidad objetiva, pero contingentes y, por ende, variables. Sin perjuicio de lo anterior, es relevante precisar que la repetición de determinados fenómenos en ciertas y determinadas circunstancias no constituye en sí misma una máxima de la experiencia, sino que sólo lo será en la medida en que pensemos en estos casos como la aplicación de una regla y que por tanto es posible esperar que en los demás casos similares ello también ocurrirá. Es por ello que las máximas de la experiencia deben responder a criterios de racionalidad para su aplicación, "por un lado, tienen que utilizarse únicamente las máximas sobre las que se disponga de un amplio consenso en la cultura media del lugar y del momento en el que se formula la decisión, resultando por ello aceptables como criterios de inferencia; por otro lado, la inferencia tiene que tomar en cuenta la naturaleza específica de la máxima que se utiliza, de modo que, por ejemplo, no se pueden efectuar inferencias ciertas sobre máximas no generales, ni inferencias "cognoscitivas" mediante máximas que expresen únicamente valoraciones" (Taruffo, 2009: pp.424-425). Finalmente debe tenerse

presente que las máximas de la experiencia carecen de certeza lógica, son sólo valores aproximativos de verdad, siendo éstas por tanto contingentes, no necesarias.

Para una correcta comprensión de lo que son las máximas de la experiencia se requiere distinguir entre experiencias individuales o colectivas y entre conocimientos públicos y privados. La primera corresponde a la experiencia por un sujeto o un número reducido de personas, respecto de las cuales no es posible prever que bajo las mismas condiciones se genere el mismo aprendizaje. Las experiencias colectivas son aquellas vividas por un número elevado de sujetos dentro de una comunidad y que por este motivo es posible representarse que ente las mismas condiciones, otros sujetos que vivan la misma experiencia, incorporen el mismo o similar aprendizaje. La individualidad y colectividad no son términos binarios, por lo que es posible una graduación. Por otro lado los conocimientos son públicos cuando el aprendizaje que surge de una determinada experiencia se encuentra difundido entre los miembros de la comunidad. Por el contrario, será privado cuando la difusión de dicho aprendizaje es escasa o no sea posible expresarla públicamente. En un extremo se encuentran las máximas de experiencia que en *stricto sensu* son aquellas experiencias colectivas de conocimiento público, ello por cuanto la colectividad permite estimar que son pautas de inferencia que no se agotan en los casos individuales y por tanto es posible prever su repetición. Asimismo la publicidad implica invocar "un grado de inercia argumentativa" (Coloma y Agüero, 2014: p.691) que permite el uso de la generalización sin la necesidad de tener que justificarla. En el otro extremo se encuentra el conocimiento personal y privado que no cuenta con credenciales para ser utilizado en juicio. Respecto de las dos otras categorías, es más dudosa su utilidad. Por un lado, la experiencia pública individual puede asimilarse a lo que denominamos sentido común, así como el conocimiento privado que se genera de una experiencia común, cuenta con el apoyo de ser una experiencia que se repite, aun cuando no se consolide aprendizaje.

La utilidad de las máximas de la experiencia en el ámbito judicial radica en la aplicación de éstas en la valoración de la prueba de conformidad al art. 297 del CPP. Rodrigo Cerda afirma que estas máximas tienen las siguientes "funciones procesales":

a) En la apreciación de los medios de prueba.
b) En la apreciación de los indicios y sus conclusiones.

c) En la reducción de la prueba, respecto de los hechos notorios o más bien reglas de vida de general conocimiento. Determinación de la imposibilidad de un hecho y exclusión de una prueba inútil.
d) En la estructura de las presunciones legales, que generan efecto de desplazar la carga de la prueba.
e) En el proceso de subsunción de los hechos a la regla jurídica, facilitando la conclusión (2008:p.65).

En el mismo sentido se pronuncia Luis Avilés quien sostiene que "Las máximas de la experiencia son aquello que une la cadena inferencial del razonamiento probatorio para ir asentando los hechos que se tienen por probados, en otras palabras, el juez siempre irá incluyendo en sus premisas explicativas estas generalizaciones empíricas (máximas)" (2004: p.185). Por tanto, las máximas de la experiencia juegan un importante rol en el razonamiento probatorio. Al tratarse de un razonamiento inductivo, tiene lugar justamente mediante la aplicación de una máxima de la experiencia a una hipótesis, resultando de esta aplicación la corroboración o no de enunciado, precisando que nunca se obtendrán resultados ciertos de la misma, sino tan solo probables.

2.3. Resultado de la valoración de la prueba

Luego de valorar la prueba bajo este riguroso esquema, sin infringir, como se advirtió en el apartado anterior, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se cierra la fase probatoria, habilitando al juez para otorgar diversos grados de corroboración o probabilidad inductiva a la hipótesis planteada por el ente persecutor. Ferrer precisa que "el resultado de la valoración de la prueba es siempre contextual, esto es, referido a un determinado conjunto de elementos de juicio. Si cambia el conjunto por adición o sustracción de algún elemento, el resultado puede perfectamente ser otro" (2009: p.75).

Los resultados que pueden obtenerse luego de dicha valoración son los siguientes:

a) La hipótesis no fue confirmada por la prueba disponible.
b) La hipótesis fue confirmada, pero refutada a su vez con la prueba disponible.
c) La hipótesis fue confirmada y no refutada con la prueba disponible.

A partir de estos resultados, el tribunal deberá finalmente tomar su decisión ya sea de absolución o condena.

3. Decisión

3.1. Aspectos generales

El proceso es un mecanismo intrínsecamente dirigido a producir una decisión (Taruffo, 2010: p.219), siendo ésta su momento culmine. El juez siempre deberá decidir entre varias soluciones posibles. En relación al establecimiento de los hechos, primeramente debe reconstruir los hechos de la causa, remontándose de lo conocido a lo desconocido. Los hechos a reconstruir son aquellos que se estiman jurídicamente relevantes, los que no sólo comprenden los hechos principales, esto es, los calificados jurídicamente, sino también aquellos denominados hechos secundarios, cuya relevancia se manifiesta en la medida en que a partir de éstos puedan realizarse premisas de inferencias relacionadas con los hechos principales. La identificación de estos hechos es bastante compleja, toda vez que cada hecho se identifica con una variedad de circunstancias, las que además pueden ser percibidas y, por tanto, narradas de una infinidad de formas. El juez no toma contacto personal con los hechos, sino a través de las proposiciones relativas a éstos, las cuales vienen dadas por el lenguaje que implica una carga de relativismo que es necesario superar. Andrés Ibáñez explica que "Esto es importante porque las mismas peculiaridades ("ambigüedad", "textura abierta", "zonas de penumbra") que se predican de los enunciados deónticos suelen encontrarse también presentes en los enunciados que se expresan en el lenguaje observacional; por más que éstos hayan de tener normalmente como referente entidades connotadas por un menor nivel de abstracción" (1992: p.264). El juez, por consiguiente, debe elegir una narración que pueda ser asumida como fundamento de una decisión, indicando la narración más adecuada para la decisión que debe resolver la controversia.

Al respecto debe tenerse presente que de los hechos que se pretenden establecer, jamás existirá una descripción completa, esto es, que abarque todas las particularidades,

toda vez que, como se refirió, de los mismos pueden existir varias descripciones. Sin embargo es posible determinar los hechos en sus aspectos más significativos aún de detalle. Taruffo afirma que "El juez debe "construir" (o reconstruir) los hechos sobre la base de los elementos de los que dispone, es decir a) las alegaciones relativas a los hechos principales y secundarios realizadas por las partes; b) las informaciones que resultan de las actuaciones procesales, y en particular de las pruebas (de las declaraciones de los testigos, de los dictámenes periciales, de los documentos típicos y atípicos), y c) las nociones proporcionadas por la experiencia y por el sentido común" (2010: p.230).

3.2. Toma de decisión

El tribunal con los resultados obtenidos de la valoración de la prueba, esto es, habiéndole otorgado un peso específico o un determinado grado de confirmación a la hipótesis a probar, deberá cotejar el mismo con el estándar de prueba utilizado, en el caso en comento, la convicción "más allá de toda duda razonable". "Sólo una vez que se concluya el análisis de cada medio de prueba en sí mismo y en relación con los demás, se estará en condiciones de apreciar si los hechos (enunciados o proposiciones fácticas) han sido suficientemente corroborados por datos empíricos que fueron debidamente llevados a juicio y con posibilidad de contrastación o refutación" (Avilés, 2004: p.182). Debe dejarse en claro que el resultado de la valoración de la prueba que se obtenga, no implica por sí solo nada respecto de la decisión a tomar, ya que para ello se requiere que medie un estándar de prueba.

El primer resultado a que puede arribar, como se explicó precedentemente, es que la hipótesis no haya sido confirmada con la prueba disponible. En este caso, no cabe duda que la hipótesis no podrán tenerse por acreditada, cualquiera sea el estándar de prueba a aplicar, ya que dicho enunciado a lo menos debe gozar de un grado de probabilidad o confirmación superior a la negación de la misma, estándar mínimo que se denomina "preponderancia de la prueba", el cual es utilizado regularmente en materia civil y que, como sostiene Ferrer, "los pascalianos situarían en la superación del 0,5" (2007: p. 143).

En segundo lugar, el tribunal puede concluir que si bien la hipótesis acusatoria fue corroborada o confirmada con la prueba disponible, parte de ella entra en contradicción con

dicha hipótesis, invalidándola. En este caso tampoco es posible tener por acreditada la hipótesis acusatoria, ya que un requisito fundamental es que ella no haya sido refutada. La no refutación es uno de los filtros necesarios y esenciales que debe vencer la hipótesis para darse por establecida. En este sentido se pronuncia Marina Gascón, quien postula que "El sometimiento a la refutación de las hipótesis es la "prueba de fuego" para poder aceptarlas" (2010: p.164).

El tercer escenario con el que puede enfrentarse el juez, consiste en que la hipótesis sea confirmada con la prueba disponible y no refutada. En este momento es conveniente advertir que estos resultados por sí mismos, a diferencia de los casos anteriores en que es irrelevante el estándar de prueba a aplicar, no permiten adoptar de inmediato al juez una decisión de condena. Luego de este proceso, es necesario cotejar el resultado obtenido o el peso específico que adquirió la hipótesis confirmada (no refutada) con el estándar de prueba exigido. Sólo en la medida en que el grado de confirmación de dicha hipótesis sobrepase el estándar utilizado, se podrán tener por acreditado los hechos, estándar que en nuestro sistema corresponde al de "más allá de toda duda razonable".

Para que la hipótesis acusatoria pueda darse por acreditada debe cumplir adicionalmente con ciertos requisitos; en primer lugar "La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de los nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.", y en segundo término, "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 2007: p.147). En este mismo sentido se pronuncia también Ferrajoli, quien sostiene: "…para ser aceptada como verdadera, la hipótesis acusatoria no sólo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por ninguna contraprueba, sino que también debe prevalecer sobre todas las posibles hipótesis en conflicto con ella… 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 verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella" (1995: p.151).

Sobre lo anterior es conveniente hacer algunas aclaraciones. En primer término, vale la pena recordar lo señalado por Laudan en torno a la "inferencia a la mejor explicación" y su relación con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable. Si bien los autores otorgan una serie de parámetros para determinar cuál de todas las explicaciones plausibles es la que se presenta como "mejor", ello no significa necesariamente que por este hecho se supere el estándar de duda razonable. Esto se debe a que una hipótesis puede ser la mejor explicación conocida de los hechos, incluso luego de una concienzuda búsqueda de alternativas, sin que ello la certifique como verdadera más allá de toda duda razonable. Puede que esta hipótesis sea probablemente verdadera sin que ello implique que sea lo suficientemente creíble como para eliminar toda duda razonable. Lo anterior se explica porque los requerimientos de la inferencia a la mejor explicación son más débiles que los del estándar más allá de toda duda razonable en cuanto a lo que el Estado debe probar. Por tanto, sólo es posible identificar la inferencia a la mejor explicación con el estándar de duda razonable en la medida en que a este modelo se le agreguen ciertos constreñimientos periféricos, por ejemplo, que la inferencia a la mejor explicación tenga lugar sólo en la medida que no exista otra hipótesis plausible compatible con la inocencia del acusado. (Laudan, 2011: p.114).

Por otro lado es necesario precisar que, tratándose del segundo requisito referido por Ferrer, esto es, que deben refutarse todas la hipótesis compatibles con la inocencia del imputado, el vocablo "todas" no contempla aquellas hipótesis no plausibles, aquellas que no sean compatibles con los datos existentes y las llamadas hipótesis *ad hoc*. Estas últimas corresponden a aquellas diseñadas a posteriori para abarcar todo el conjunto de antecedentes, siendo el caso más emblemático, el del complot contra el acusado. Lo anterior tiene como fundamento el hecho que ante una formulación *ad hoc*, no es posible contrastarla empíricamente, ya que siempre podrá abarcar un nuevo elementos de juicio que aparezca en su contra.

III. Control del cumplimiento de estándar de prueba a través del recurso de nulidad

1. Recurso de nulidad como mecanismo eficaz del control del estándar de prueba

El recurso de nulidad, según algunos, posee una naturaleza híbrida que no es asimilable a una casación, pero que tampoco constituye instancia (Rojas, 2002: p. 271). Si bien es un recurso extraordinario, característica que comparte con el recurso de casación, desde que contempla causales determinadas para su procedencia, puede concebirse como un instrumento eficaz para la revisión integral de lo debatido, y en particular para controlar los hechos judicialmente fijados.

Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia han interpretado dicho recurso en este sentido. Tavolari ha señalado como predicamento de la apelación que "provoca un nuevo contralor del elemento fáctico y jurídico, circunstancia totalmente excluida en un recurso de nulidad… o uno de casación en el fondo" (Tavolari, 2005: p.201).

En efecto, la interpretación mayoritaria sostenida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia consiste en que los hechos fijados por el tribunal del fondo son intangibles, debido a que éste fue el órgano que percibió directamente la prueba y, en consecuencia, es el único que está en condiciones de pronunciarse acerca de los elementos fácticos. De lo contrario, el recurso de nulidad terminaría transformándose en una apelación. Para ellos, es el principio de inmediación el que impide que el tribunal que conoce del recurso de nulidad pueda pronunciarse acerca de los hechos establecidos soberanamente por el tribunal de instancia. "Admitir que el tribunal *ad quem* valore las pruebas sería permitir que dicte sentencia un tribunal distinto de aquel que asistió al juicio oral" (Cortez, 2006: p.324).Para aclarar el verdadero alcance que puede tener el recurso de nulidad respecto de la sentencia dictada por el tribunal de instancia, es necesario previamente hacer algunas precisiones. En primer término, el principio de intangibilidad de los hechos vía nulidad, entendido como la incapacidad del tribunal superior de cuestionar los hechos que fueron establecidos por el tribunal del fondo, es una creación jurisprudencial que carece de base legal. Es perfectamente posible fiscalizar la acreditación que ha realizado el sentenciador de los mismos sin que el tribunal superior se transforme necesariamente en una instancia. En rigor, este principio se cumple aun cuando el tribunal cuestione el establecimiento de los

mismos, ya que en este caso no los modifica, sino que simplemente anula el juicio. Como segundo punto, además cabe advertir que si bien la inmediación es un instrumento útil que supone un mejor grado de conocimiento por parte del tribunal de instancia acerca de los hechos, no debe exacerbarse la eficacia que se le atribuye al mismo.

1.1. Control de los hechos a través de recurso de nulidad no es equiparable al recurso de apelación

Como hemos señalado con anterioridad, el primer argumento que suele invocarse para justificar la exclusión del control dirigido a verificar la suficiencia de la prueba son las características del recurso de nulidad y en particular, de tratarse de un recurso de derecho estricto y que este recurso no constituye instancia. La Ilustrísima Corte de Concepción ha sostenido que "carece de competencia para introducir modificaciones al establecimiento de los hechos que se hubieren dado por probados", en consecuencia "está impedida para declarar que no está probado lo que el tribunal a quo declaró estar probado" (19 de julio 2004, Rol 232-2004 y 22 de noviembre de 2008, Rol 407-2008, respectivamente).

Si bien es cierto que, en virtud del principio de intangibilidad, vía recurso de nulidad el tribunal superior no puede introducir modificaciones a los hechos que fueron establecidos por el Tribunal *a quo*, de ello no se sigue que ella no pueda fundar en la parte considerativa de la sentencia la declaración de nulidad que formula en la parte dispositiva por la falta de justificación de elementos de juicio disponibles para tener por probado un cierto enunciado (Accatino, 2009: p. 354).El hecho de tratarse de un recurso extraordinario y de no constituir instancia no excluye esta posibilidad, ya que precisamente es unos de los motivos de impugnación expresamente señalados en la ley, concretamente la omisión de alguno de los requisitos relativos a la fundamentación de los enunciados probatorios.

Por otro lado que el recurso de nulidad no constituya instancia, significa únicamente que el tribunal superior no puede valorar prueba que no ha sido rendida ante él, y por tanto tomar una segunda decisión en base a la misma prueba, sin embargo consideramos que constituye un mecanismo idóneo de fiscalización del establecimiento de los hechos que hace el tribunal *a quo*. En efecto, para determinar cuál es el correcto alcance del recurso de nulidad es necesario distinguir dos planos distintos, a saber, el contexto del descubrimiento

por un lado y el contexto de la justificación por otro. Teniendo claro la distinción entre ambos contextos, es posible distinguir el control que se ejerce a través de la nulidad y la apelación.

El contexto de descubrimiento alude a cuestiones relacionadas con la forma en que generamos una hipótesis; mientras que el contexto de justificación tiene que ver con el tipo de criterios que dicha hipótesis debe satisfacer para ser aceptada. En el caso del contexto de descubrimiento, se trata de exhibir los procesos mentales que han conducido a una persona a formular como verdadera una determinada hipótesis. Lo anterior corresponde a lo que Marina Gascón identifica como "motivación-actividad". Relacionando lo anterior con el régimen recursivo, la apelación habilita al tribunal superior para valorar nuevamente la prueba, pudiendo modificar la decisión adoptada por el tribunal *a quo*, vinculándose por tanto con el contexto del descubrimiento, siendo el insumo de este recurso ordinario precisamente la prueba. En el contexto de la justificación, en cambio, se ignoran los procesos psicológicos o sociales involucrados en el proceso de la génesis de hipótesis y se centra en mostrar los parámetros lógicos y epistémicos que dicha hipótesis debe cumplir para ser considerada como probada. En consecuencia, el recurso de nulidad, que se relaciona justamente con el contexto de la justificación, pretende revisar el procedimiento inferencial efectuado por el tribunal del fondo que ha llevado a tener por acreditada una determinada conclusión probatoria, sin tener que evaluar el mérito de la cuestión debatida.

Lo que se revisa a través del recurso de nulidad es el razonamiento del tribunal, sin efectuarse un re-examen del hecho ni de las pruebas que tuvieron a la vista para establecerlo. Por lo tanto, este recurso consiste en un control ex post sobre la forma en que el tribunal ha motivado la sentencia, es decir, su análisis se inicia de forma inversa al recurso de apelación, ya que parte de la premisa que el hecho es cierto. En el recurso de nulidad, nos movemos en el plano de la justificación, "Porque, como escribe Ferrajoli, debe distinguirse el juicio sobre el hecho y el juicio sobre el juicio" (Andrés Ibáñez: 1992: p. 297).

Esta distinción de contextos, como se dijo, es importante a la hora de determinar los medios de impugnación procedentes. Marina Gascón se pronuncia al respecto e indica que "por lo demás, la distinción entre el descubrimiento y la justificación resulta también relevante para el establecimiento de mecanismos de control (a través de recursos) cuando

no se desea atribuir a la instancia fiscalizadora la competencia para adoptar una nueva decisión: el control sobre la motivación sólo enjuicia si las argumentaciones esgrimidas a favor de una decisión permiten sostener ésta, de manera que si la motivación no resulta adecuada no se le abre al órgano de control (por ejemplo un tribunal de casación) la vía para valorar el mismo la prueba- y, por tanto, adoptar una nueva decisión – sino sólo la posibilidad de poner de manifiesto el vicio de motivación" (2010: p.187).

En la misma línea se pronuncia Taruffo quien, en relación a la nulidad dice que "el control no tiene como objeto las pruebas, su valoración ni su eficacia heurística, sino únicamente el razonamiento justificativo, fundado sobre las pruebas, que la sentencia de mérito aduce como fundamento de la decisión sobre el hecho. En efecto, el control no recorre el *íter* del razonamiento decisorio que el juez de mérito desarrollo para decidir (cosa que, de otra manera, sería de *facto* imposible, dado que este razonamiento permanece en la mente del juez y es, por tanto, incognoscible); sino que se realiza de manera inversa a la argumentación justificativa (que es todo aquello que se conoce del juicio de hecho) contenida en la motivación" (2005: pp.180-181). Es por ello que "este control podría cuadrar perfectamente con la preconizada frase de ser un juicio sobre el juicio y no un juicio sobre el hecho, como sería, en cambio, la apelación" (Araya, 2011: p.183).

1.2. Sobrevaloración del principio de inmediación:

El segundo argumento utilizado frecuentemente para excluir el control sobre la justificación de la suficiencia de la prueba consiste en que el tribunal que no ha tenido acceso personal y directo a las pruebas no puede revisar el juicio sobre la suficiencia de ellas para tener algún hecho por probado.

El principio de inmediación es considerado como un instrumento útil a la hora de apreciar la prueba, ya que en virtud éste el tribunal *a quo* adquiere un mejor grado de conocimiento al momento de decidir sobre los hechos; ante este tribunal se rinde directamente la prueba. Sin embargo, la eficacia de este principio no es predicable respecto de todos los medios de prueba. Tanto la prueba documental como los mecanismos de reproducción de imágenes y sonido pueden ser perfectamente apreciables por el tribunal superior. "Respecto de estos medios de prueba, en algún momento los jueces deberán entrar

en contacto directo con el documento o informe escrito, pero se trata de objetos inanimados que, en sí mismos, no contienen elementos subjetivos que merezcan ser examinados en audiencia pública o, más bien, ésta no añade ningún ingrediente a la eficacia de la prueba" (Cortez, 2006: p.325). De lo anterior se desprende que la inmediación es útil exclusivamente tratándose de diligencias probatoria personales como lo serían la declaración de testigos, víctimas e imputados y constitución del tribunal. Sin embargo, aún en estos casos, es posible mitigar su eficacia a través de la utilización de mecanismos de reproducción de imagen y sonido.

La inmediación, oralidad y contradicción sólo constituyen una técnica de formación de prueba, y el contenido específico de la inmediación consiste en requerir la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales, a fin de excluir la delegación en la recepción de la prueba y asegurar el principio de contradicción en lo que dice relación con el ámbito de interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos y peritos (Accatino, 2009: p. 355). El tribunal superior a consecuencia del principio de oralidad e inmediación, no puede sustituir al tribunal de instancia en aquello que éste ha percibido directamente por los sentidos, lo que claramente es intangible para el superior, lo que no obsta a que este último esté perfectamente facultado para **controlar aquello que se desprende o infiere de dicha percepción**, y de la suficiencia de estas relaciones de corroboración para tener por justificada una determinada hipótesis, pasando del ámbito sensitivo al racional, es decir, el tribunal superior puede revisar y cuestionar las inferencias que de aquellas percepciones surjan. En efecto, controlar la motivación de la sentencia no implica una usurpación de las atribuciones exclusivas del de instancia, y en este sentido Marcela Araya postula que "la inmediación no torna en incontrolable el establecimiento de la *quaestio facti*, pues no es un método valorativo autónomo, sino que solamente constituye una técnica de formación de la prueba que excluye que el tribunal de nulidad sustituya al del juicio oral en lo que éste ha visto u oído" (2011: p. 187). Finalmente, Accatino sostiene que "si asumimos la distinción antes delineada entre decidir sobre la suficiencia de la prueba y revisar la justificación de la suficiencia, la inmediación sólo podría representar un obstáculo para esta segunda actividad si ella fuera entendida como un método de decisión, según el cual la decisión sobre la suficiencia de la prueba acontecería en contacto inmediato con ésta, como una epifanía

inefable respecto del cual no cabría en definitiva justificación ni tampoco, por supuesto, control" (2009: pp. 354-355), interpretación claramente inaceptable.

Todo lo anterior da cuenta que el recurso de nulidad es un mecanismo apto para revisar las conclusiones probatorias a las que llega el tribunal de instancia, en otras palabras, del cumplimiento del estándar probatorio del art. 340 del CPP a través de la justificación que el sentenciador realice de los hechos acreditados.

1.3. Correcta interpretación del recurso de nulidad como mecanismo de control en el establecimiento de los hechos

Estimamos que la interpretación que debe dársele al recurso de nulidad es la desarrollada en los acápites precedentes, esto es, como mecanismo de control de los hechos a través de la revisión del razonamiento justificativo desarrollado por el tribunal. Entendemos que esta interpretación es la adecuada, ya que la valoración de la prueba no puede entenderse desligada del control de los hechos. La motivación consiste justamente en la explicitación de la racionalidad de aquella valoración, y no sólo eso, sino además del cumplimiento de estándar de prueba requerido por el legislador para fijar esos hechos**.** En este sentido Gascón explica que si bien es cierto la motivación no es directamente una garantía epistemológica sí lo es indirectamente en la medida en que permite un control en el establecimiento de los hechos, transformándose en una garantía de cierre del sistema cognoscitivista (2010: p.177).

Esta lectura del recurso se condice con aquello que se tuvo en vista al momento de crear este medio de impugnación para distinguirlo precisamente de la casación, la que se constriñe a cuestiones de derecho. El recurso de nulidad se distancia de la casación ya que se centra en el control de la legalidad, distinto al objetivo que históricamente marcó la casación que consiste preservar la unidad y supremacía de la ley. En consecuencia la casación sólo podía tener acceso a la violación y falsa aplicación de la norma.

Marcela Araya sostiene que el recurso de nulidad fue creado "para lograr la satisfacción de las exigencias del debido proceso y, sobre todo, del derecho de defensa y del principio de contradicción, los que no existen, no son sino letra muerta, si el tribunal de nulidad no tiene la posibilidad de revisar cómo han sido establecido los hechos, pero no en

la forma y perspectiva de una apelación, sino que determinando el correcto razonamiento que derivó en las conclusiones probatorias que deciden el juicio. Cada vez que el tribunal de nulidad resuelve que no puede inmiscuirse en la cuestión fáctica, da muerte al espíritu de la ley, para mantener viva sólo su forma vacía de contenido" (2011: p.175). En consecuencia, debe ser entendido como un medio de control integral que permite el cumplimiento por el Estado de Chile de los compromisos internacionales adquiridos a través de las suscripción de diversos tratados internacionales en que se consagran garantías de naturaleza procesal como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político que contemplan justamente el derecho al recurso. A mayor abundamiento, al discutirse la implementación del recurso de nulidad en el Senado, **"**se tuvo en cuenta que, si bien la exigencia del artículo 8° del Pacto San José de Costa Rica con respecto al derecho de revisión del fallo condenatorio por un tribunal superior no supone necesariamente una revisión de los hechos, requiere desde el punto de vista del condenado un recurso amplio, sin muchas formalidades, que facilite la revisión por parte del tribunal superior**"** (Pfeffer, 2001: p.371).

Lo anterior es relevante, ya que entender la nulidad de la forma restringida en que lo ha hecho hasta ahora la jurisprudencia podría significar mermar de contenido al derecho al recurso. "Si se entiende el recurso de nulidad como un derecho del condenado en el proceso penal ninguna fundamentación puede quedar exenta de fiscalización, así como tampoco ninguna convicción puede quedar libre de motivación por producirse ésta de manera automática mediante el contacto con la prueba" (Araya, 2011: p.195). Cabe recordar además que el recurso de nulidad es el único que se contempla respecto de las condenas por delitos de mayor gravedad y, en este sentido, de subsistir la interpretación minimalista del mismo, se produciría el contrasentido que, tratándose de delitos que pudiesen conocerse a través de un procedimiento abreviado, por ende de menor gravedad, tendría contemplado un medio de impugnación amplio como es el recurso de apelación, sin embargo tratándose de delitos cuyas penas excedan los 5 años y un día, es decir, delitos que merezcan pena de crimen, la impugnación de la sentencia sería muy compleja, ya que la nulidad ha sido interpretada en un sentido extremadamente restrictiva, limitándose el derecho al recurso justamente en los casos de mayor relevancia. Lo anterior constituye claramente una paradoja.

Es necesario recordar que en el antiguo sistema criminal, el recurso de casación contemplaba como una de sus causales, la infracción de leyes reguladoras de la prueba, ya que nos encontrábamos frente a un sistema de prueba legal o tasada. Hoy en día en cambio, rige un sistema de libertad de prueba y por tanto su valoración debe ceñirse a las reglas de la sana crítica. En el sistema que nos rige, la única forma de controlar la racionalidad dicha valoración y por ende lo que se desprende de la misma, es a través del recurso de nulidad "por lo que resultaría un contrasentido afirmar que los hechos judicialmente fijados no pueden ser controlados, en un sistema que propende a la salvaguarda del debido proceso y de las garantías de naturaleza procesal presentes en el juzgamiento, en circunstancias que la fundamentación es una garantía para el justiciable" (Araya, 2011: p. 178).

Finalmente indicar que, si la decisión sobre la prueba no es fiscalizable, no tendría sentido dotar a la actividad probatoria de límites de acuerdo lo dispone el art. 297 del CPP, si luego de la ponderación del material probatorio, no es posible controlar el resultado.

1.4. Criterios para un control que excluya la arbitrariedad y subjetivismo

Como ya hemos anunciado, es perfectamente posible sostener que los tribunales de nulidad están facultados para controlar el establecimiento de las conclusiones probatorias a las que llegue el tribunal del fondo, siendo esto compatible no sólo con el sistema de valoración que nos rige – sana crítica- sino además con la existencia de la inmediación y por sobre todo con el nuevo orden en materia recursiva. La principal consecuencia práctica que tiene concebir el recurso de nulidad de esta manera es erradicar la arbitrariedad y el subjetivismo en la toma de decisiones.

Como indicamos anteriormente, no es aceptable que en un Estado de Derecho las sentencias penales no puedan ser revisadas por un tribunal distinto al que las dictó, como tampoco que la suficiencia de la prueba varíe dependiendo del tribunal que deba juzgar la cuestión controvertida. Es necesario encaminarse a un control los más objetivo y racional posible. Si se entiende el recurso de nulidad como un derecho del condenado en el proceso penal, ninguna fundamentación puede quedar exenta de fiscalización, así como tampoco ninguna convicción puede no ser motivada por haberse producido ésta en contacto directo con la prueba. Tratándose de un sistema de corte racional y cognoscitivista, no es posible

afirmar que existen espacios en que los jueces del fondo son soberanos para resolver y apreciar la prueba, quedando aquello fuera del control del tribunal *ad quem*. Lo anterior debido a que las conclusiones probatorias a las que arribe el tribunal del fondo deben encontrarse suficientemente justificadas en base a los elementos de prueba aportados en juicio, sobre todo si estimamos que los hechos debe ser fijados racionalmente. El esquema lógico fundamental al que debe reconducirse la valoración del juez es el sistema inferencial probabilístico de naturaleza inductiva, lo que se traduce en conectar las proposiciones relativas a hechos conocidos con proposiciones relativas a los hechos desconocidos, los que justamente deben acreditarse mediante la referencia a criterios o reglas cognoscitivas que atribuyen un cierto valor de probabilidad a la inferencia, y por ende a su conclusión.

En consecuencia el juez deberá explicitar racionalmente todas las inferencias que ha realizado para llegar a una determinada conclusión sobre los hechos, exigencia presente en todo trabajo valorativo. Este procedimiento debe llevarse a cabo tratándose de prueba directa o indirecta. La única diferencia entre ambas dice relación con los pasos inferenciales a justificar. Nada resulta por tanto no fiscalizable. "Por ello la interpretación del recurso de nulidad que se viene sosteniendo resulta idónea para censurar aquellas decisiones que se adopten haciendo caso omiso a la exigencia de racionalidad, que escondan impresiones o emociones o que se escuden en la convicción directa e inmediata que proporcionaría la mal entendida inmediación" (Araya, 2011: p.195).

2. Soluciones posibles ante incumplimiento de estándar probatorio

Para dar adecuada respuesta a esta interrogante, es preciso recordar que no existe, al menos en forma expresa, causal de nulidad por incumplimiento al estándar de prueba más allá de toda duda razonable.

El recurso de nulidad no es un recurso de mérito, lo que significa que no es posible valorar nuevamente la prueba que se rindió ante el tribunal del fondo, sin embargo es necesario controlar la justicia de las resoluciones judiciales, sobre todo si éstas inciden en la libertad de una persona. El tribunal puede valorar la prueba con libertad, pero ello no lo habilita a tomar decisiones arbitrarias. Al respecto se han barajado diversas soluciones las que pasamos a exponer.

2.1. Infracción al principio de inocencia

A principios de la reforma se intentó denunciar este vicio invocando vulneración de garantías fundamentales, concretamente el principio o presunción de inocencia, deduciendo este recurso ante la Excelentísima Corte Suprema a través de la causal del artículo 373 letra a) del CPP. Un ejemplo emblemático de aquello es el denominado caso Tocornal en causa Rol: 6112-2006 de fecha 17 de enero de 2007, en cuyo considerando segundo da cuenta "Que tal razonamiento se constituye en base a la tesis según la cual el tribunal pone de cargo de la defensa acreditar la data de las lesiones sufridas por uno de los menores, lo que importa en su concepto alterar el peso de la prueba, en términos que la falta de acreditación originó la condena de su representado. Asimismo, sostiene que la deficiente investigación del Ministerio Público -apartada de las normas legales y con omisión de diligencias importantes, especialmente en relación con la incriminación de los hechos respecto de terceros no indagados- afectó la garantía señalada, la que asimismo resulta vulnerada como consecuencia del rechazo del incidente formulado por su parte con ocasión de la liberación por el Ministerio Público de una testigo de relevancia. Todo lo anterior, estima, incide en el estándar de convicción que deben adquirir los sentenciadores, desde que este principio de inocencia es el que hace operativo el límite de convicción que está dado por la duda". En síntesis el recurrente alega a través de esta causal insuficiencia probatoria, esto es, no cumplimiento del estándar legal.

En aquella oportunidad se rechaza el recurso en base a lo siguiente: "Cabe tener presente al efecto, que tan acontecer no ha importado liberar al órgano persecutor de acreditar sus pretensiones, como tampoco imponer a la defensa la prueba de cargo, ya que el establecimiento de los presupuestos que introdujo esta última a juicio, y que pudieren haber sido de mérito para generar alguna duda razonable en los sentenciadores en términos que los determinara a resolver de una manera diferente a como lo han hecho, no importa la vulneración que por esta causal ha sido formulada, considerando que la valoración emana, por cierto, de la prueba aportada al juicio". Es decir, la Corte Suprema rechaza el recurso argumentando que si bien es el Ministerio Público quien tiene la carga de la prueba, si la

defensa tiene una tesis alternativa a la del ente persecutor, sobre él pesa la carga de la prueba.

Si bien el razonamiento del tribunal es acertado, estimamos que formalmente esta no es la vía más idónea, ya que si bien el principio de inocencia puede protegerse a través de la causal del artículo 373 a), cuando infracción adquiere una forma concreta -incumplimiento del estándar- y puede subsumirse en otra causal, debe conducirse a la misma. El incumplimiento de estándar probatorio dice relación con un momento determinado que está constituido por la decisión del Tribunal, es decir, el vicio se produce al momento de comparar el peso de la prueba y el estándar legal requerido. Entendemos que el artículo 374 e) incorpora esta específica forma de trasgresión del principio de inocencia. Así lo ha entendido la Excelentísima Corte Suprema, existiendo registro sólo de una sentencia en la que la Excelentísima Corte Suprema ha accedido a controlar la suficiencia de la prueba a través del recurso de nulidad a través de la causal de vulneración de garantías, concretamente por infracción a la presunción de inocencia, concretamente en sentencia de 25 de abril de 2005, Rol: 740-2005.

2.2. Incumplimiento principio de la razón suficiente

Parte de la jurisprudencia ha entendido que el incumplimiento del estándar probatorio exigido por el legislador importa siempre una infracción a los principios de la lógica, concretamente, el principio de razón suficiente, por tanto este vicio se subsumiría en la infracción del inciso primero del art. 297 del CPP. Como se desarrolló en el capítulo anterior, es Leibniz quien desarrolla y perfecciona este principio indicando que “ningún hecho puede ser verdadero o existente, y ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo” (Ghirardi, 1992: p.83) Como se explicó en el capítulo anterior, Schopenhauser reformuló este principio y distinguió cuatro posibles formas de aplicación, concretamente al ser, al devenir, al conocimiento como a la voluntad y el acto. Esta última acepción, esto es, como principio de motivación o principio del motivo es el que la jurisprudencia lo ha utilizado. Según esta postura, todo juicio necesita un fundamento suficiente para ser verdadero, dicho de otro modo, todo juicio debe estar suficientemente fundado. De este principio se deriva la exigencia de que las

inferencias realizadas por un tribunal sean necesarias e inequívocas. Lo anterior implica que cada decisión tomada por un tribunal debe apoyarse en argumentos que la justifiquen suficientemente, ya que es la única manera que éstas puedan ser entendidas y controladas por la comunidad. El profesor Rodrigo Cerda indica que: "La denominada teoría de la justificación constituye un desarrollo y aplicación del principio de razón suficiente en el Derecho" (2008: p.49).

La jurisprudencia no pocas veces se ha amparado en el incumplimiento del principio de razón suficiente para denunciar el incumplimiento del estándar de prueba requerido por el art. 340 del CPP. Un ejemplo es el siguiente: "Que, el examen de la prueba rendida durante el juicio oral, según resumen efectuado en el fallo y los argumentos que dan pábulo a la defensa para recurrir de nulidad, conduce esta Corte a establecer que los sentenciadores no vertieron los argumentos necesarios para dirimir, a lo menos, cinco aspectos relevantes concernientes a la participación e identificación de quien habría sido el autor de los disparos (…) Que, las omisiones destacadas en el razonamiento anterior, atentan al principio de la lógica "de la razón suficiente", el que se enuncia como "todo objeto debe tener una razón suficiente que lo explique" o en forma negativa "ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente que sea así y no de otro modo" (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1 de junio de 2012, Rol N° 539-2012).

Estimamos que esta es una solución errónea al problema por varias razones, a saber:1. Si analizamos el art. 297 del CPP dispone que la valoración de la prueba debe ajustarse a los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados. Entendiendo la razón suficiente como un principio lógico, esta infracción sólo se podría producir en el momento de la valoración de los medios de prueba. Esto tiene relevancia, ya que es importante distinguir claramente dos momentos, el primero que consiste en valorar la prueba, esto es, analizar la misma, valorarla positiva o negativamente, y en el evento de valorarla positivamente, otorgarle un peso específico. Y un segundo momento que dice relación con constatar si esa prueba a la que se le otorgó un determinado valor, supera el estándar de prueba consagrado en el art. 340 del CPP. En consecuencia, la infracción de este principio se produce en un momento distinto.2. En segundo término, tratándose de principios de la lógica aristotélica, no se inquiere sobre el contenido o fondo de las premisas, sino respecto a la corrección formal del razonamiento. El principio de

razón suficiente, a diferencia del principio de no contradicción, identidad y tercero excluido, alude a la "verdad" de las proposiciones, por tanto, se transforma más bien en un problema epistemológico que lógico.3. No es posible entender la suficiencia dentro de este principio como el cumplimiento de un determinado estándar de prueba, ya que, como sabemos, el estándar probatorio constituye una decisión política más que un problema lógico o incluso epistemológico. Ferrer sostiene que "No hay, según creo, razones epistemológicas sino políticas para asumir este estándar de prueba u otro más o menos exigente. Cada sociedad deberá tomar, pues las decisiones al respecto que considere más oportunas en cada momento" (Ferrer, 2007: p.152). 4. No es posible entender el principio de razón suficiente como equivalente a un determinado estándar de prueba, ya que como se dijo, su contenido es más bien una decisión política dependiendo de los bienes jurídicos que se encuentren en juego. 5. Es posible no vulnerar el principio de razón suficiente y de todos modos no cumplir con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable. Coloma ha señalado que "En rigor el problema abordado se relaciona con un uso inadecuado del estándar de prueba exigible- en este caso- en materia penal. La prueba disponible apuntaba a hacerse cargo del problema que representaba la identificación del autor de los disparos, pero la ambigüedad de las declaraciones llevaba a que hubiese dudas razonables acerca de quién era este. Al declarar el tribunal que en este caso concreto estaba probado que el acusado había sido el autor de la conducta reprochada, a pesar que la prueba era ambigua, no se vulnera en *strictu sensu* el principio de razón suficiente" (2014: p.679). En este caso no se infringe estrictamente el principio de razón suficiente, sin perjuicio que debido a la ambigüedad de la prueba esta se estime insuficiente para arribar a una decisión de condena. Para ilustrar lo anterior podemos señalar que el principio de razón suficiente podría haberse visto afectado si por ejemplo en el caso analizado –persona fallece producto de unos balazos- en la sentencia el tribunal hubiera señalado que las balas que se alojaron en el cuerpo de la víctima aparecieron por generación espontánea, sin que se hubiere realizado ningún proceso del exterior destinado a que ello aconteciera.

2.3. Falta de fundamentación

Si bien estimamos que esta solución como modo de control de cumplimiento del estándar de prueba no es la más adecuada, entendemos que el art. 297 no se agota en su inciso primero. Como se analizó anteriormente, el tribunal puede incurrir en una serie de vicios además de la errónea valoración, por lo que es perfectamente posible en aplicación del mismo artículo, pero de otros incisos, controlar el cumplimiento del art. 340 del CPP, siendo la falta de fundamentación el vicio que necesariamente denunciaría un incumplimiento del estándar probatorio.

No cabe duda que cada uno de los pasos inferenciales que componen el razonamiento del tribunal, así como su resultado final, debe ser racionalmente justificado en la sentencia. Sin embargo, para establecer si la decisión en base a la prueba se encuentra suficientemente justificada, se requiere necesariamente fijar un estándar probatorio, que en este caso constituye la "duda razonable".

Para que el cumplimiento del estándar pueda ser fiscalizado a través de este recurso, debe fundamentarse en la razonabilidad de la duda. De esta manera, la nulidad se transformaría en un medio de control eficaz que, por lo demás, permite un acercamiento del cumplimiento de nuestro país de lo establecido en tratados internacionales que consagran el derecho al recurso como garantía de todo condenado en materia penal, "si se le interpreta como vía procesalmente adecuada para denunciar la incompleta y defectuosa motivación, con toda su gama de matices intermedios, es decir, cuando el conjunto de elementos de prueba no sea suficiente para justificar la conclusión sobre el hecho o cuando es insuficiente el apoyo que proporcionan los elementos de prueba a la hipótesis, obviamente podremos obtener condenas más justas y democráticamente impuestas, lo que constituye la aspiración ineludible de todo Estado de Derecho y es, además, lo que está ínsito en las exigencias de los referidos tratados internacionales" (Araya, 2011: p.192).

2.3.1 Necesidad de control del razonamiento del tribunal

La motivación de las sentencias, como se adelantó en el punto anterior, es uno de los instrumentos más eficaces para controlar la racionalidad de los pronunciamientos

jurisdiccionales y evitar así decisiones arbitrarias, concibiéndola ya no como una exigencia técnica, sino como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces (Gascón, 2010: p.171). En la mayor parte de los ordenamientos procesales modernos, se exige a los órganos que ejercen jurisdicción motivar sus resoluciones, la que es frecuente se consagre a nivel constitucional. Así, en la Constitución Italiana, se consagra en el art. 111 inciso sexto, en la Constitución Política del Perú en el art. 135, y en art. 120.3 de la Constitución Española. En Inglaterra, si bien no existe una obligación expresa de motivar, sí contempla una práctica jurisprudencial consolidada al respecto. En Chile no existe norma Constitucional expresa que se refiera a la fundamentación de las sentencias, sin embargo se entiende esta obligación como parte de la garantía del debido proceso. Para José Luis Cea ello constituye un imperativo constitucional del ejercicio de la jurisdicción y agrega que "…la fundamentación de las sentencias en la legalidad positiva vigente o, subsidiariamente, en el espíritu general de la legislación o la equidad natural… figura consagrada sobre todo en el Art. 73 inciso 2° de la Carta, el Art. 24 del Código Civil, el Art. 10 inciso 2 del COT y los Arts. 160, 170 y 785 del CPC, reglamentados en el Auto Acordado dictado por la Corte Suprema el 30 de Septiembre de 1920" (1988: p.309). En esta misma línea se pronuncia Hugo Pereira, quien considera la motivación como un "acto integrante del procedimiento racional requerido por el Constituyente, racionalidad que impone cierta exigencia que el pueblo siente como un bien o un valor…" (1992: p.11). Finalmente Avilés afirma que la fundamentación de las sentencias es "…una obligación constitucional "sin texto expreso" para el hermeneuta final del tramo operativo del discurso procesal…" (2004: p.190).

La motivación es, por tanto, expresión del debido proceso, principio que en esta arista también tiene consagración legal en el artículo 1º y 36 del CPP. La fundamentación como instrumento para evitar arbitrariedades adquiere, por tanto, relevancia en un Estado de Derecho, ya que la función de los tribunales de justicia se legitima justamente en la protección de los derechos de los individuos, adquiriendo la motivación "una dimensión político jurídica garantista, de tutela de los derechos" (Gascón, 2010: p.171).

La Excma. Corte Suprema también se ha pronunciado sobre el referido punto y ha reconocido el cumplimiento de esta obligación como algo relevante a nivel constitucional, señalando en lo pertinente lo siguiente: " De todo lo relacionado resulta claro que el nuevo proceso penal obliga a los jueces, en la sentencia definitiva que dicten, a indicar todos y

cada uno de los medios probatorios atinentes a fijar los hechos y circunstancias propuestos por los intervinientes, expresar sus contenidos y en base a ellos razonar conforme a las normas de la dialéctica a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir uno del otro o para darle preeminencia o si resultan coincidentes, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad para apreciarla y llegaron a dar por acreditados los hechos y circunstancias que serán inamovibles posteriormente….. Y estas exigencias no están desprovistas del correspondiente respaldo constitucional. En efecto, por una parte el inciso quinto del N°3 del Art. 19 de la Constitución Política de la República, declara que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y el Art. 73 de la misma veda la intervención de los demás órganos superiores del Estado a revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones que emane de los tribunales establecidos por la ley" (12 de mayo de 2003, Rol: 964-2003).

La sentencia, al representar el ejercicio de un poder público, ha de ser controlado, y la motivación al consistir en la exteriorización del razonamiento del tribunal para tomar una determinada decisión, permite justamente este control. Para Juan Montero Aroca las reglas de la sana crítica son máximas de las experiencias judiciales que no pueden estar codificadas, pero que sí deben constar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de los hechos probados (2006: p.103). La misma línea argumentativa sigue Avilés, quien sostiene que la ausencia pautas objetivas en la reconstrucción de los hechos, hará absolutamente ilusorio el ejercicio de un control sobre la motivación de la decisión (2004: p.177).

La motivación de las sentencias tiene dos aristas, una extraprocesal o político-jurídica vinculada al control democrático o externo de la decisión, y otra endoprocesal o técnico-jurídico burocrática, vinculada al control procesal o interno de la decisión (Gascón, 2010: p.178). Fundamentar en razones objetivables, intersubjetivamente válidas, excluye la arbitrariedad por definición. Puede que el juez sea libre frente al legislador en la valoración de la prueba, pero no lo es según lo demostrado en juicio y de los criterios de racionalidad que operan en la cultura jurídica dentro de la causal se enmarca el proceso, distinguiendo dos niveles de justificación, el interno, referido a la relación de coherencia entre las

premisas que constituyen la sentencia y el externo que mira la forma de asegurar la racionalidad probatoria al establecer las premisas. La motivación permite no sólo el control a que tiene derecho el imputado, tanto en la interpretación del derecho como en el establecimiento de los hechos, sino el control de la sociedad toda (Avilés, 2004: p.194). "…por modesto que fuere el alcance dado al deber de motivar, el simple hecho de ampliar el campo de lo observable de la decisión, no sólo para los destinatarios directos de la misma, sino al mismo tiempo e inevitablemente para terceros, comporta para el autor de aquélla la exigencia de un principio o un plus de justificación del acto; y una mayor exposición de éste a la opinión" (Andrés Ibáñez, 1992: p.257-258).

La fundamentación de las sentencias tiene una dimensión pedagógica, ya que intenta explicar la justicia de su decisión, y su publicidad garantiza un control democrático y de responsabilidad externa del poder judicial. "Se trata, pues, de una función respecto del pueblo en general y de las partes en el proceso en particular, a quienes el razonamiento podría convencer de la corrección de la sentencia, alimentando así su confianza en la justicia" (Gascón, 2010: p.178).

Esta primera función sin embargo, no garantiza por sí sola la racionalidad de las decisiones. Ella de poco serviría, si no se instauraran mecanismos jurídicos de control. Esta segunda función es la que Marina Gascón denomina endoprocesal o técnico-jurídica. "Se trata, pues, una función respecto de los tribunales superiores (tanto de apelación como de casación), que sin duda resolverán con mayor acierto los recursos si conocen las razones del juicio de hecho. Pero se trata también 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….; o podría incluso convencer de su corrección, evitando quizá ulteriores recursos" (2010: p.179). Esta función lleva aparejada un efecto respecto del juez, ya que éste al encontrarse consciente de su obligación de motivar, estará más atento en descubrir los errores de su propio razonamiento, sometiendo sus argumentaciones a controles racionales y jurídicos.

El Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado al respecto, refiriendo que el deber de motivación "no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pueden tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas

resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla" (2 de junio de 1998, Rol:116-1998).

Para Larroucau, "El auditorio de los fallos debe poder identificar con sencillez cómo se generaron esas explicaciones-mediante una lógica de abducción en sentido débil (contexto de descubrimiento)-, y comprender las razones utilizadas para seleccionar la narración definitiva-por la vía de la abducción en un sentido fuerte o inferencia a la mejor explicación (contexto de justificación)-. Ambos aspectos integran el núcleo de la motivación de la sentencia" (2012: p.799). El auditorio no sólo debe comprender las razones que tuvo el tribunal para optar por la denominada inferencia a la mejor explicación, sino que además debe fundamentar porque ella supera el estándar de prueba requerido. Ello también forma parte del contexto de justificación.

2.3.2. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación

La teoría de la argumentación jurídica parte de la base de la distinción entre el contexto del descubrimiento y el contexto de la justificación de las decisiones judiciales (Atienza, 2009: p.99).

Para Marina Gascón la motivación puede entenderse en dos sentidos, como "actividad o como el resultado de la misma" (2010: p.184). Como actividad la define como "el procedimiento mental que ha conducido al juez a formular como verdadero un enunciado sobre los hechos del caso. La motivación-actividad versa, pues, sobre el contexto del descubrimiento" (2010: p.184). En cambio, tratándose del resultado de la misma indica que: "Es el conjunto de enunciados del discurso judicial (o el documento en que se plasman) en los que se aportan razones que permiten aceptar otros enunciados fácticos como verdaderos. La motivación-documento versa, pues, sobre el contexto de justificación" (2010: p.184).

Al respecto, cabe preguntarse si la motivación entendida como actividad debe necesariamente coincidir con el documento o bien puede la actividad mental no guardar relación alguna con éste.

La primera posición entiende que la correspondencia de la actividad con el resultado no es necesaria. “La motivación es entendida aquí como una facción o, a lo sumo, como una racionalización a posteriori de la decisión…” (Gascón, 2010: p.185).

La segunda posición considera que el documento en que se plasma la justificación, debe ser fiel reflejo de la actividad. En consecuencia, el documento no hace más que explicitar el proceso mental que ha conducido al juez a adoptar una determinada decisión.

Respecto de la primera posición, ésta no resulta aceptable, desde que entendemos que es una tesis ideológicamente insostenible ya que “supone la apertura a un irracionalismo extremo en la adopción de la decisión” (Gascón, 2010: p.185), olvidando que quien toma una decisión a sabiendas que debe justificarla con posterioridad -posición en que se encuentra el juez- está de alguna manera constreñido a adoptar su decisión tomando en consideración ese deber.

Por otro lado, tampoco puede existir una correspondencia absoluta entre la motivación actividad y motivación documento, ya que aquello implicaría no distinguir entre el contexto del descubrimiento y el contexto de la justificación. Si concebimos la motivación actividad como un proceso racional, efectivamente la justificación puede entenderse como una descripción de un correcto proceso de descubrimiento y sólo en esa medida es posible asimilarlo a la motivación documento o resultado de esa actividad. Sin embargo, sostener aquello es algo dificultoso toda vez que en el ámbito del descubrimiento pueden aparecer irremediablemente elementos no racionales, sin perjuicio que éstos queden absolutamente excluidos en el contexto de la justificación.

Si bien la racionalidad es una, los contextos son dos. La motivación que se plasma en el texto de la sentencia normalmente no coincide estrictamente con el descubrimiento, ya que surgen inevitablemente algunos elementos irracionales. Tampoco se pretende que la sentencia contenga todo el proceso sicológico ni el *iter* mental que ha llevado a entender probado los hechos. Taruffo postula que “contrariamente a lo que muchos piensan- no es un recuento del llamado *iter* lógico –psicológico que el juez ha seguido para llegar a la formulación final de su decisión. Fuera de que esto sería, por razones obvias, imposible, a nadie le interesa la dinámica de las sinapsis que se han producido entre las neuronas del juez, como tampoco son relevantes sus humores, sus sentimientos, y cualquier otra cosa que haya podido suceder *in interiore homine*” (2010: p. 267). Lo que interesa en este punto, es

que el juez motive los enunciados fácticos, justificándolos en la sentencia y no reflejar el *iter* decisional. En esta misma línea se pronuncia Ferrer quien afirma que "El contenido de la motivación que el juez o tribunal deberá aportar no será ya una explicación del proceso psicológico que le ha llevado al convencimiento, 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" (2007: p.150). La motivación constituye en consecuencia, el signo más importante y típico de la racionalización de la función judicial (Calamandrei, 1960: p.115).

Por tanto, como afirma Gascón: "…ni absoluto divorcio ni total identificación" (2010: p.186). En síntesis, es posible concluir que en el modelo cognoscitivista, la motivación plasmada en el documento debe coincidir con la actividad de descubrimiento, depurada de los elementos que no sean susceptibles de justificación racional. Lo anterior permite descartar por tanto la motivación como un discurso retórico persuasivo, ya que "debe señalar las razones por las que el juez ha considerado que los hechos resultan probados según criterios objetivos y racionalmente controlables" (Taruffo, 2010: p.269). Esta distinción tiene relevancia para efectos de la procedencia de recursos como lo analizaremos más adelante.

Otros alcances que pueden hacerse respecto del concepto motivación, es el formal y material. La motivación formal implica la existencia de una explicación de cómo se establecieron los hechos. La motivación material, en cambio, va más allá de la simple explicación, ya que requiere que ésta sea además completa y coherente. Por consiguiente, el razonamiento debe ser "apto para mostrar que esos enunciados se pueden considerar como verdaderos sobre la base de las pruebas que lo confirman. La falta formal de motivación de los hechos puede considerarse como un caso límite, pero es frecuente su posible falta material" (Taruffo, 2010: p.270). Sobre el particular, Iván Hunter Ampuero sostiene que no basta con cualquier motivación para satisfacer las exigencias constitucionales, ésta debe completa y abarcar todos los aspectos fácticos y jurídicos de la decisión. El razonamiento, para determinar la verdad de un enunciado fáctico, debe encontrarse suficientemente justificado con las pruebas producidas en el proceso, siendo apto para demostrar que los enunciados declarados verdaderos tienen sustento en el material probatorio (2012: p.251).

Casos de motivación meramente formal pueden apreciarse en situaciones de motivación ficta o implícita. La motivación ficta tiene lugar cuando el juez dice algo, pero aquello que dice no constituye una justificación de la decisión tomada. Una situación análoga se produce en la denominada motivación implícita. Ella se presenta cuando la determinación de un hecho o la valoración de una prueba a la que el juez no se refiere, es incompatible con la valoración de una prueba o la determinación de un hecho a la que el tribunal sí se refiere en su motivación. Lo cierto es que la motivación implícita consiste justamente en la no motivación "ya que la determinación de un hecho incompatible o la valoración de una prueba contraria, no implican que esté justificada la exclusión" (Taruffo, 2010: p.270). Este tipo de motivación se encuentra expresamente prohibida en nuestro Código procesal penal, constituyendo un vicio de nulidad flagrante, ya que el art. 297 inciso segundo dispone que "El tribunal deberá hacerse cargo de toda la prueba producido, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo".

La obligación de motivar por tanto se extiende no sólo a los hechos que da por establecidos, sino también a aquellos que no acredita, lo que se traduce en que debe valorar toda la prueba, no sólo aquella mediante la cual establece los hechos, sino también aquella que desestima. Si el juez estima que los enunciados han obtenido confirmaciones probatorias débiles, o que no han obtenido confirmación probatoria alguna, debe explicar las razones por la que las pruebas son insuficientes. "En resumen, el juez debe explicar porqué razones ha considerado fiables determinadas pruebas…, y también cuáles son las razones por las que no ha considerado fiables otra pruebas. Análogamente, deben explicitarse y justificarse todas las inferencias presuntivas que el juez haya formulado para derivar conclusiones relativas a la verdad de los enunciados sobre los hechos principales del caso" (Taruffo, 2010: p.272).

2.3.3. Extensión de los hechos que requieren ser motivados en las sentencias

La motivación a ha de extenderse a todas las pruebas, sin perjuicio que cada caso plantee exigencias diversas. Sin perjuicio de lo anterior, existen ciertos hechos que no requieren de ser probados y por ende tampoco motivados.

En primer término, podemos encontrar los hechos notorios, definidos como "aquellos hechos cuya existencia, aun no habiendo sido percibida por el juez directamente, está plenamente acreditada y el de público dominio" (Gascón, 2010: p.181). No deben confundirse los hechos notorios, con la notoriedad del conocimiento privado del juez, estos últimos deben siempre ser acreditados por las partes. "Para que el juez pueda fundar válidamente su convicción sobre estos hechos, no sólo deben ser adquiridos al proceso a través de las formal legales previstas, sino también justificados, pues si el juez no se viera obligado a ello estaría dando cobertura al más puro decisionismo…Pero el contexto de justificación exige razones, y el conocimiento privado del juez sobre ciertos hechos, en sí mismos, no puede considerarse una razón que justifique su veracidad…. Sobre los hechos que el juez conoce privadamente pesa la misma exigencia de justificación que sobre el resto" (Gascón, 2010: pp.181-182).

En segundo lugar se encuentran los hechos admitidos, los que en materia penal reciben el nombre de convenciones probatorias. Respecto de éstos, la exención de motivación nace de un acuerdo entre las partes. Tratándose del proceso civil, deriva de la propia institucionalización del proceso que deja a la disposición de las partes la fijación de los hechos, en consecuencia, sólo se exige prueba respecto de los hechos controvertidos. En materia penal en cambio, los hechos admitidos y que no requieren ser probados son bastante más limitados que en materia civil, lo que se explica por los bienes jurídicos involucrados. Mientras en materia civil los acuerdos pueden versar sobre una amplia gama de hechos en la medida en que no sean controvertidos, en materia criminal el legislador limitó esta facultad de acuerdo a lo dispuesto en el art. 412 inciso segundo del CPP que reza: "La sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado."

Teniendo claro los hechos que no requieren de motivación, nos abocaremos a la justificación de constataciones, prueba directa y prueba indiciaria, para lo cual es necesario previamente distinguir entre premisa fáctica y premisa normativa, lo que se tratará a continuación. Respecto de la prueba directa o indiciaria, ambas requieren ciertamente de motivación, sólo que tratándose de la justificación prueba indiciaria, ésta será más compleja debido a la cantidad de pasos inferenciales de que consta. Sin embargo nada exime al tribunal de la exigencia de motivación y como dice Marina Gascón: "En resumen, la

exigencia de motivación se extiende a todas las pruebas. Ésta es la regla es la regla general, y en su cumplimiento encuentra el juez la legitimidad de su actuación" (2010: p.183).

2.3.4. Distinción en la fundamentación de la premisa fáctica y la premisa normativa

Antes de aplicar el derecho, es condición necesaria que los hechos se encuentren previamente fijados. Son éstos los que posteriormente deben subsumirse en la norma jurídica. La circunstancia que el derecho defina lo que constituye un hecho de relevancia jurídica no implica ni permite confusiones entre hecho y derecho, y mucho menos autoriza a privar de autonomía al hecho para diluirlo y anularlo en la genérica dimensión jurídica de la controversia (Taruffo, 2009: p.92). En consecuencia, es posible trazar una distinción conceptual entre el juicio jurídico y el juicio de hecho, entendiendo que se trata de conceptos diversos. Reflejo de lo anterior es la estructura de la sentencia que distingue claramente la justificación de los hechos y la fundamentación jurídica. Argumentar acerca un enunciado normativo implica justificar su validez, en tanto, motivar la premisa fáctica significa otorgar argumentos de porqué la misma es verdadera o probable, remitiendo por tanto la justificación externa de la premisa fáctica a un modelo cogniscitivista. Es relevante en este punto recordar que, para estimar la premisa fáctica verdadera o probable, debe tenerse siempre a la vista el estándar de prueba exigido. Los criterios de probabilidad o aceptabilidad ciertamente están dados por el baremo que haya de utilizarse.

En este modelo, los enunciados fácticos serán verdaderos en la medida en que los hechos que describen hayan ocurrido, siendo el principal criterio de verdad la comprobación empírica. Sin embargo, como la premisa fáctica no siempre puede comprobarse empíricamente, es necesario acreditarla de otras formas. Normalmente los hechos que pretenden acreditarse son hechos pasados y, por tanto, han sido establecidos a partir de otros enunciados a través de un proceso inferencial. A lo anterior debe añadirse que en escasas ocasiones el proceso inferencial es deductivo -en cuyo caso el resultado consiste en una conclusión- debiendo únicamente justificar la corrección del argumentar. La mayoría de los casos consisten en procesos inferenciales inductivos, en consecuencia, el resultado de la inferencia constituye una hipótesis, siendo su justificación bastante más compleja que en el caso de las conclusiones. Para que una hipótesis se entienda justificada

por las pruebas, implica no sólo que ésta no haya sido refutada, sino por sobre todo, que sea confirmada con las pruebas disponibles. Por tanto, sólo en esas circunstancias puede entenderse que dicha hipótesis es probable, mas nunca será infalible. Ahora, para dar por acreditada dicha hipótesis que estimamos probable, debe además, superar el estándar de prueba requerido.

2.3.5. Motivación de las constataciones, conclusiones e hipótesis

Respecto de las constataciones, no es una tesis correcta sostener que éstas no requieren de motivación o de razones que justifiquen su veracidad, sino que ella se ve cumplida con la simple manifestación. Lo anterior implica que la motivación se satisface verificando el juez la misma directamente a través de sus sentidos. Las constataciones consisten en enunciados de percepción, lo que significa que son hechos establecidos por el juez tras la percepción sensorial. En estricto rigor, las constataciones no requieren ser justificadas o explicadas, colmándose la motivación de las mismas dándose cuenta que los hechos que se describen fueron efectivamente observados (Gascón, 2010: p.194).

Las conclusiones por otra parte, son el resultado de una inferencia de tipo deductivo, por ende, para que ella se entienda justificada se requieren tres cosas: Por un lado, que se exponga y justifique el enunciado probatorio singular del que se parte, la que consiste en la premisa menor del silogismo deductivo. Luego, debe exponerse y justificarse la premisa mayor del silogismo, que consiste en la regla universal de la que se es parte. Y en tercer término, es necesario mostrar que la premisa menor constituye una instancia particular de la regla universal y que dicho razonamiento es una inferencia deductiva válida. Respecto de la premisa menor, esta puede ser constituida por una constatación, una conclusión o una hipótesis. Ahora, si la premisa menor está constituida por una constatación o una conclusión, el valor epistemológico de dicha conclusión es tendencialmente mayor que si se tratara de una hipótesis.

Finalmente, una hipótesis es el resultado de una inferencia inductiva y por ende, se tendrá por justificada en la medida en que ella, no haya sido refutada, sea confirmada por las pruebas disponibles y además sea más probable que cualquier otra hipótesis ya sea planteada por las partes o bien planteables de acuerdo a la prueba disponible. Es importante

tener presente además que, para tener por establecida dicha hipótesis, esto es, justificada, es necesario además alcanzar el estándar de prueba exigido en cada caso.

Que la hipótesis no sea refutada significa que las pruebas disponibles no entren en contradicción con ella. Para demostrar que la hipótesis no ha sido refutada es necesario evidenciar que no ha habido contrapruebas o que las que existen, han sido destruidas. Por otro lado, que la hipótesis sea confirmada significa que ésta pueda explicarse a partir de las pruebas disponibles, por la existencia de un nexo causal entre ésta y aquéllas, que hace que la hipótesis sea plausible. Ahora bien, para entender que una hipótesis se encuentra confirmada se requiere, primero, que se expongan y justifiquen las pruebas o indicios de que se parte, las que como se expuso *supra*, pueden consistir en constataciones, conclusiones e hipótesis, cuya justificación será diversa dependiendo del caso concreto; segundo, debe exponerse y justificarse la ley general de la que se parte, esto es, el nexo causal que las vincula. Además, debe demostrarse que las pruebas o indicios constituyen una instancia particular de esa regla general. Finalmente, para dar por establecida la hipótesis, es necesario que ésta tenga además un grado mayor de confirmación que cualquier otra hipótesis planteada o planteable de acuerdo a la prueba disponible, desmintiéndolas con adecuadas contrapruebas. Para ello es necesario explicar por qué la hipótesis planteada resulta más aceptable que las otras. Para ello debe recurrirse a otro tipo de criterios como lo es el de la coherencia narrativa. Según ella, la probabilidad relativa de hipótesis incompatibles a propósito de los mismos hechos está en función del número de eventos que deban presuponerse para permitir la coherencia. La narración más coherente es aquella que comporta la improbabilidad más baja. No debe olvidarse que la justificación de la hipótesis dice estricta relación con el estándar de prueba requerido para cada caso. La mayor confirmación sobre cualquier otra hipótesis acerca de los mismos hechos es una cuestión de grado. Cosa distinta son las exigencias institucionales que puedan existir en este punto, que pueden imponer requisitos más o menos severos para aceptar una hipótesis. La mayor o menor severidad de estos requisitos dependerá de los objetivos que se persigan y/o de los valores que estén en juego. Mientras en los procesos civiles suele bastar con el resultado de la prueba sea probabilidad preponderante, en los procesos penales suele exigirse un resultado (probabilístico) más allá de toda duda razonable (Gascón, 2010: pp.198-199). Esta mayor exigencia probatoria debe verse reflejada en la motivación de la

sentencia. Lo anterior implica que la decisión de condena se tendrá por suficientemente justificada si, además de apoyar la hipótesis acusatoria con una pluralidad de confirmaciones no contradichas por ninguna contraprueba, también está en condiciones de desmentir con adecuadas contrapruebas todas las contrahipótesis planteadas y planteables (Ferrajoli, 1995: p.152). La inferencia a la mejor explicación no implica en sí misma el cumplimiento del estándar de prueba, sino que para ello se requiere además desechar las contrahipótesis planteadas y planteables con prueba idónea, ya que si subsiste alguna de ellas, aún con probabilidad menor, implica que el estándar de prueba más allá de toda duda razonable no ha sido satisfecho.

2.3.6. Alcance específico de la falta de fundamentación como casual del recurso de nulidad

El estándar de prueba es una cuestión que dice relación estrecha con la valoración de la prueba, por tanto, la única casual que en principio podríamos invocar es la contemplada en la letra e) del art. 374 del CPP. Este motivo de nulidad establece:

"Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados:…..
e) Cuando, en la sentencia, se hubieren omitido alguno de los requisitos previstos en el Art. 342 letras c), d), o e);"

A su vez, el art. 342 dispone en las mencionadas letras lo siguiente:

"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 a lo dispuesto en el artículo 297;
d) Las razones legales y doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo;
e) La resolución que condenare o absolviere a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronunciare sobre la

responsabilidad civil de los mismo y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar;"

Finalmente, el art. 297 al cual se remite la norma anteriormente citada, otorga algunas directrices en cuanto a los límites de la valoración de la prueba y forma de motivación de la sentencia de manera que, cualquier infracción que se verifique de las mismas, darán origen al vicio denunciado, pudiéndose anular tanto el juicio como la sentencia en la que recayó. El mismo reza del siguiente modo:

"Art. 297. 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 o los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo de toda 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 los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditado cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia."

Si bien este último artículo otorga algunos lineamientos que el juzgador debe seguir a la hora de valorar la prueba y motivar su sentencia, se hace necesario graficar en qué casos el tribunal incurre en una inadecuada fundamentación. Pero para ello debe partirse de la base que si lo que se pretende es controlar la razonabilidad de la motivación del tribunal a partir de los criterios establecidos en el art. 297 del CPP, se controla también el estándar de prueba exigido. "Señalamos categóricamente: no puede existir un control de racionalidad- que es lo que se persigue a través del recurso en la interpretación que se viene sosteniendo en el presente trabajo- de las inferencias que constituyen la justificación, es decir, de los criterios del art. 297: lógica, máximas de la experiencia y conocimientos

científicos, que no suponga al mismo tiempo poner en duda la suficiencia de los elementos de juicio para tener por probado un cierto enunciado" (Araya. 2011: p.196).

Partiendo de esa base, los vicios en que puede incurrir el tribunal son los siguientes:

a. **Ausencia de fundamentación:** Este vicio tiene lugar cuando el tribunal no identifica o expresa cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, o bien cuando no identifica los medios de prueba o elementos de juicio en virtud de los cuales justifica el enunciado fáctico que da por acreditado. Estas exigencias se encuentran expresamente establecidas en el art. 342 c) del CPP al que hace remisión la causal de nulidad contemplada en el art. 374 e) del CPP.

b. **Fundamentación incompleta:** Este vicio tiene dos variantes, primero como falta de fundamentación y la segunda, como insuficiencia interna.

b.1 La falta de fundamentación tiene lugar en aquellos casos en que el tribunal omite considerar un determinado medio de prueba, esto es, pese a haberse rendido, el tribunal no lo valora positiva ni negativamente. Lo anterior debe vincularse con lo dispuesto en el art. 297 inciso segundo del CPP, que impone al tribunal la obligación de hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que se hubiere desestimado. Este vicio también tiene lugar en aquellos casos en que la justificación es insuficiente en torno al valor atribuido a algún medio de prueba a la luz de una contradicción efectiva. Recordemos que en relación a los esquemas de valoración propuestos de grado de confirmación, para que una determinada proposición fáctica resulte probada no sólo debe ser confirmada a través de elementos de juicio, sino también debe no ser refutada. Es decir, el tribunal incurre en este vicio si la defensa aporta prueba que desvirtúa la hipótesis acusatoria, o bien con la prueba disponible subsiste una hipótesis compatible con la inocencia del imputado, no habiendo el tribunal descartado la prueba de la defensa o no habiéndose pronunciado acerca de la tesis alternativa, desechándola.

b.2 Hay insuficiencia interna en aquellos casos en que el tribunal olvida expresar la relación de corroboración que existe entre la prueba y la hipótesis.

c. **Fundamentación defectuosa:** La fundamentación defectuosa supone tres hipótesis diversas, a saber, aquella que adolece de defectos lógicos, aquella en que el uso de las máximas de la experiencia es errado y finalmente defectos relativos a los conocimientos científicamente afianzados.

c.1 Los ***defectos lógicos*** pueden adquirir dos fórmulas, la primera consistente en la contradicción lógica entre las afirmaciones contenidas en la sentencia, y la segunda, inconsistencias entre las premisas y conclusiones.

c.1.1 En relación a la primera forma -contradicción lógica-, ésta se produce cuando se infringe algún principio lógico en la valoración de la prueba y que se manifiestan por tanto en las afirmaciones contenidas en la sentencia. Al respecto y haciendo eco de lo señalado al tratarse dichos principios, lo cierto es que éstos son utilizados al estructurar la argumentación más que para valorar la prueba. En consecuencia, puede colegirse que si en el razonamiento desarrollado por el juez se infringe el principio de no contradicción, identidad o tercero excluido, incurriría en el vicio referido. En relación al principio de razón suficiente se pasará a tratar más adelante en un acápite distinto.

c.1.2 En relación a la segunda fórmula -inconsistencia entre premisas y conclusiones- puede a su vez tener lugar cuando no hay suficientes elementos de juicio para dar por acreditado en determinado hecho, lo que ocurría si hay contrapruebas que no han sido suficientemente desestimadas, o si los elementos de juicio existentes son compatibles con la inocencia del acusado.

c.2 El ***error en el uso de las máximas de la experiencia*** puede tener lugar en tres casos:

c.2.1 En primer término cuando existe una contradicción entre la relación de corroboración establecida en la sentencia y la máxima de la experiencia, es decir, se concluye algo inverso a lo que la máxima de la experiencia dispone.

c.2.2 Cuando se infiera un hecho a partir de alguna máxima de la experiencia inexistente o no suficientemente consolidada, por no reunir los caracteres de conocimiento colectivo y público.

c.2.3 Cuando se infiere un determinado hecho a partir de una máxima de la experiencia sin haber descartado las circunstancias que la harían inaplicable.

c.3 Los ***defectos relativos a los conocimientos científicamente afianzados*** tiene lugar cuando se usan generalizaciones que contrastan con conocimientos científicamente afianzados.

Aclarado lo anterior, cabe preguntarse lo siguiente, ¿qué sucede si el tribunal condena por estimar que toda la prueba ofrecida en juicio es conteste y coherente, por tanto valora toda la prueba de cargo positivamente sin infringir los principios de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicamente afianzados, pero pese a ello no se alcanza el estándar de prueba más allá de toda duda razonable?

Esta pregunta es relevante, toda vez que nuestro Código procesal penal no establece expresamente como causal de nulidad el incumplimiento del estándar de prueba consagrado en su art. 340. A mayor abundamiento y como se ha explicado precedentemente, el recurso de nulidad es un recurso extraordinario, por tanto es sólo procede en las causales específicamente establecidas por la ley, no bastando haberse acreditado el perjuicio.

El vicio de falta de fundamentación es una especie de fundamentación incompleta que tiene lugar en aquellos casos en que el tribunal omite considerar un determinado medio de prueba, lo que significa que no lo valora positiva ni negativamente, o bien cuando la justificación es insuficiente en torno al valor atribuido a algún medio de prueba. Por tanto, el tribunal incurre en este vicio en aquellos casos en que la defensa aporta prueba que desvirtúa la hipótesis acusatoria, o bien cuando la prueba disponible deja subsistente alguna hipótesis compatible con la inocencia del imputado, no habiendo el tribunal descartado la prueba de la defensa o desechado la tesis alternativa. La duda razonable tiene lugar precisamente cuando no se logra eliminar o refutar alguna proposición fáctica alternativa plausible y compatible con la inocencia del acusado.

En efecto, es posible que las pruebas que avalan la tesis acusatoria se valoren positivamente sin infringir el art. 297 inciso primero, pero que pese a ello, no se alcance el estándar probatorio del art. 340 del CPP. En ese contexto, podrá siempre anularse por falta de fundamentación, ya que si la prueba es insuficiente, siempre habrá alguna proposición fáctica alternativa plausible compatible con la inocencia del acusado respecto de la cual el tribunal no podrá hacerse cargo razonablemente, o rechazarla sin infringir el art. 297 del CPP, justamente debido a la falta de evidencias. El estándar del art. 340 del citado Código

se cumple sólo si se eliminan progresivamente las explicaciones consistentes con la inocencia del acusado, hasta que la culpabilidad sea la única explicación posible de las pruebas. Sólo en este caso entendemos que se ha superado en estándar de prueba más allá de toda duda razonable.

Desgraciadamente esta solución ha sido rechazada por las actuales prácticas jurisprudenciales lo que se debe, erradamente a nuestro juicio, a dos motivos que fueron ya tratados supra, en primer término, una lectura subjetivista del estándar de prueba y en segundo lugar, a la errada creencia que el control de los hechos a través del recurso de nulidad implica necesariamente, transformar este medio de impugnación en una instancia por carecer el tribunal superior de inmediación.

En cuanto al primer punto, la jurisprudencia ha excluido la posibilidad de revisar la justificación de la suficiencia de las pruebas, porque la convicción del tribunal más allá de toda duda razonable "es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimentes 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 Corte Suprema de 13 de enero de 2005, Rol 5154-2004). En la misma línea se ha pronunciado la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, en cuyo fallo sostiene que "desde los inicios de la reforma procesal penal ha estado claro en la jurisprudencia que por medio del recurso de nulidad no es posible revisar los hechos establecidos por la sentencia del tribunal penal *a quo*, como si de una apelación se tratase. Lo anterior ocurre porque el Código procesal penal otorga a dicho tribunal la libertad en la valoración de la prueba, no resultando posible discutir la apreciación que de manera libre la ley entrega. Si se apreció bien o se apreció mal esta prueba, no es un aspecto que esté sujeto al control de un tribunal *a quem.* Al conocer del recurso de nulidad, la Corte de Apelaciones respectiva no puede ponderar las razones aportadas para la justificación de la decisión sobre los hechos, ni revisar si los razonamientos de los jueces penales resultan suficientemente convincentes o si un determinado elemento de prueba tiene por sí mismo fuerza suficiente como para formar una convicción condenatoria". (24 de octubre de 2014, Rol 1499-2014).

Relacionado con lo anterior, la doctrina ha distinguido entre el control formal del razonamiento y el control sustancial de la valoración. En cuanto al alcance del control formal del razonamiento, la tendencia jurisprudencia ha admitido exclusivamente la revisión de la existencia de razones justificativas claramente expresadas en la sentencia y la ausencia de contradicciones entre ellas, haciendo una interpretación estricta de lo dispuesto en el art. 342 c) en relación con lo dispuesto en el art. 297 del CPP. Es decir, permite una revisión de la existencia de justificación y de la concordancia entre el razonamiento justificativo del tribunal y los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Sin embargo, el control sustancial de la valoración se encontraría absolutamente vedado para el tribunal superior, no pudiendo ponderar éste las razones aportadas para la justificación, ni revisar si los razonamientos de los jueces resultan suficientemente convincentes, o si un determinado medio de prueba tiene por sí mismo la fuerza suficiente como para formar en el tribunal una convicción condenatoria (Accatino: 2009: p. 349-353).

Como podemos advertir, la jurisprudencia distingue dos momentos absolutamente diferenciables, la valoración propiamente tal, y la decisión. En relación a la primera, la práctica jurisprudencial ha aceptado algún grado de control, sin embargo respecto del segundo momento -el más importante por ser la culminación del proceso-, no puede ser fiscalizable, de lo que se desprende que la jurisprudencia no permite el control del cumplimiento del artículo 340 del CPP, lo que claramente constituye un absurdo.

La aplicación del estándar no puede agotarse en la pura afirmación de la existencia de convicción, sin que se realice una reflexiva justificación de la suficiencia de la prueba. Desde esa perspectiva, es perfectamente posible ejercer un control que a través del recurso de nulidad sobre la fundamentación del juicio sobre los hechos. Lo anterior es relevante, ya que la obligación de motivar las resoluciones judiciales sólo tiene sentido en la medida en que la decisión del tribunal pueda ser controlable por el superior jerárquico, y porque además es este razonamiento el que legitima la decisión. “La comunicación de la justificación posibilita satisfacer las expectativas del auditorio sobre el resultado del proceso de valoración de la prueba. El auditorio espera que la decisión se exprese de un modo que permita cumplir ciertos estándares epistémico-culturales y lingüístico–interpretativos” (Coloma, 2014: p.680).

Alguna jurisprudencia minoritaria se ha pronunciado en este sentido, estableciendo el carácter objetivo del estándar de prueba, lo que permite ciertamente su fiscalización a través de la justificación de la decisión. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso en fallo Rol 968-2015 de 27 de julio de 2015, recoge esta postura en el considerando sexto en el siguiente tenor: "¿Es posible interpretar el estándar de prueba contenido en el artículo 340 del Código procesal penal desde una perspectiva objetiva? La respuesta no puede ser sino positiva. Es cierto que el uso, en el artículo 340 del Código procesal penal, de la expresión "convicción" parece sugerir que lo relevante es la presencia de hecho en el adjudicador de creencia libre de dudas; sin embargo, la referencia a dudas "razonables" admite un sentido normativo que podría indicarse 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. Esta interpretación puede defenderse 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 Código Procesal Penal".

Para Perfecto Andrés Ibáñez, motivar consiste "en dejar constancia de los actos de prueba producidos, de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración. Todo ello con la necesaria precisión analítica, previa a una evaluación del material probatorio en su conjunto" (1994: p.87). Sólo a través de un estilo de motivación analítico, es posible una verdadera fiscalización de las decisiones del juzgador, ya que permiten por un lado, controlar la entrada en la sentencia de pruebas inaceptables o insuficientemente justificadas y por otro, verificar todas las inferencias que componen la cadena de justificación.

En relación al estilo de motivación analítico, Marina Gascón hace dos previsiones***:*** "La primera tiene que ver con el papel de la valoración conjunta en este estilo de motivación… la valoración conjunta, tan vinculada a la técnica del relato, no constituye, por sí sola, justificación alguna; antes al contrario, es una práctica que eventualmente camufla decisiones injustificables o en cualquier caso injustificadas. Ahora bien, la técnica analítica no desprecia o prescinde de la valoración conjunta; tan sólo la priva de valor justificatorio si no va precedida de la exposición y valoración individualizada de las

pruebas practicadas que, después, se valoran conjuntamente la valoración de cada prueba …..En suma, en el estilo analítico la "valoración conjunta" cumple su papel cuando ya se ha justificado individualmente la valoración de cada prueba relevante practicada y traduce en realidad la exigencia de ponderar, de cara a la justificación final, el valor probatorio de todas esas pruebas conjuntamente consideradas" (2010: p.201-202). La segunda precisión que hace Marina Gascón consiste en que este tipo de fundamentación debe contemplar la exposición y valoración individual de todas y cada una de las pruebas practicadas, "Por tanto no sólo de aquellas que versan directamente sobre un hecho principal, sino también de las que tienen que ver con la comprobación de un hecho secundario cuando éste constituya una premisa para establecer la verdad de un hecho principal. Y sobre todo no sólo de aquéllas que se estimen conducentes a la decisión, sino también de aquellas otras que, de ser valoradas positivamente, conducirían a una decisión distinta" (2010: p.202).

El tribunal debe, en consecuencia, realizar una valoración individual de todos y cada uno de los medios de prueba y posterior a ello una valoración conjunta, lo que evidentemente debe reflejarse en la fundamentación con el objeto que ésta sea completa. Ahora bien, que la motivación sea completa no significa que ésta sea extensa y difícil de comprender, "la concesión y la completud de la argumentación no son en realidad exigencias contrastantes, y, por lo demás, la justificación que sigue rigurosos cánones de racionalidad es más completa, pero también más simple y lineal" (Taruffo, 2005: p.212).

Para Marcela Araya "valorar significa justificar, esto es, determinar si los elementos de prueba prestan corroboración a una determinada hipótesis sobre un hecho, e igualmente cuánto lo corroboran, es decir, si está suficientemente justificada determinada conclusión probatoria en base a los criterios fijados por el estándar de prueba y dentro de un determinado proceso" (2011: p.186).

En relación a la afirmación anterior, estimamos que es correcta y coincidimos plenamente en que valorar significa justificar. Sin embargo, entendemos que la motivación no se agota en la sola valoración, sino que se extiende también al cumplimiento o incumplimiento del estándar de prueba exigido por el legislador y a la decisión de absolución o condena, ya que como se explicó, el razonamiento del sentenciador consta de varios momentos, y la valoración corresponde tan solo al primero de ellos. Luego de valorar, y por ende de justificar esa valoración tanto individual como conjuntamente, el

tribunal debe explicar la razón por la que el peso específico otorgado a la prueba en su conjunto alcanza el estándar de prueba requerido para condenar, o por el contrario, porqué éste es insuficiente.

La segunda razón por la que la jurisprudencia ha rechazado esta solución como forma de controlar los hechos fijados judicialmente, dice relación con asimilar el vicio de la falta de motivación con una apelación.

Como se explicó latamente, hay que distinguir claramente lo que es la valoración –ejercicio propio en el recurso de apelación- y el control sobre la motivación, finalidad del recurso de nulidad. Tratándose del recurso de apelación, el insumo que tiene el superior jerárquico consiste justamente en las pruebas o antecedentes, las que el propio tribunal pasa a analizar y a otorgarle un determinado valor, estando facultado incluso para cambiar la decisión tomada por el tribunal inferior. En el caso del recurso de nulidad, específicamente por la causal de falta de motivación, lo que se revisa ya no son las pruebas, sino el razonamiento del tribunal del fondo. Ese es el insumo con el que cuenta el superior jerárquico. Tan evidente es la distinción entre valorar y controlar la motivación, que en el segundo caso el tribunal superior no se encuentra habilitado para tomar una nueva decisión, sino sólo denunciar el vicio. Por tanto, si la motivación no resulta adecuada no se le abre al órgano de control la vía para valorar él mismo la prueba- y por tanto adoptar una nueva decisión-, sino sólo la posibilidad de poner de manifiesto el vicio de motivación. Cuando se identifica justificar con descubrir, en cambio, la constatación del vicio de motivación termina conduciendo al órgano de control a revisar la propia decisión.

La jurisprudencia española ha distinguido entre la motivación de sentencias absolutorias y condenatorias, sosteniendo que tratándose de las primeras, basta la mera expresión de la existencia de dudas, no requiriéndose mayor justificación. La S.T.S de 11 de septiembre es un claro ejemplo de dicha tendencia, sosteniendo que: “la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia”.

La S.T.S. 1005/06, expone también, con cita de otras muchas sentencias, que "no puede dejarse de lado que las sentencias absolutorias no necesitan motivar la valoración de pruebas que enerven una presunción existente a favor del acusado, contraria a su

culpabilidad. Antes al contrario, cuentan con dicha presunción, de modo que en principio, para considerar suficientemente justificada una absolución debería bastar con la expresión de la duda acerca de si los hechos ocurrieron como sostiene la acusación. O, si se quiere, para ser más exactos, de una forma que resulte comprendida en el relato acusatorio. Pues de no ser así, no sería posible la condena por esos hechos. Esta idea ha sido expresada en otras ocasiones por esta Sala. Así, se decía en la STS núm. 2051/2002, que «las sentencias absolutorias también han de cumplir con la exigencia constitucional y legal de ser motivadas (art. 120.3 CE, 248.3º de la LOPJ y 142 de la LECrim), aunque no se puede requerir la misma especie de motivación para razonar y fundar un juicio de culpabilidad que para razonar y fundar su contrario. El juicio de no culpabilidad o de inocencia es suficiente, por regla general, cuando se funda en la falta de convicción del Tribunal sobre el hecho o la participación del acusado. Como se dijo en la S. 186/1998, recordada por la 1045/1998, y la 1258/2001, "la necesidad de razonar la certeza incriminatoria a que haya llegado el Tribunal es una consecuencia no sólo del deber de motivación sino del derecho a la presunción de inocencia. No existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado participase en el hecho que se relata, porque esto sólo significa que la duda inicial no ha sido sustituida por la necesaria certeza. Y es claro que basta la subsistencia de la duda para que no sea posible la emisión de un juicio de culpabilidad y sea forzosa, en consecuencia, la absolución"». Y también en la STS núm. 1232/2004, se puede leer que «de otra parte, su exigencia [la de motivar] será, obviamente, distinta si la sentencia es condenatoria o absolutoria. En este supuesto, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria. En la sentencia condenatoria la motivación, además de este contenido, debe expresar las razones por los que entiende que el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido enervado por una actividad probatoria tenida por prueba de cargo. En otras palabras, la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia»"

Es decir, no existe forma de vislumbrar siquiera la razonabilidad de la duda que se pretende haber o no superado. Estimamos errada esta interpretación desde que la exigencia de motivación se requiere sea cual sea la decisión que tome el Tribunal, ya que como se explicó con antelación, la motivación no solo cumple la función de ser garantía para el imputado, sino que además es manifestación del debido proceso y por sobre todo, tiene como objeto evitar arbitrariedades. Si entendemos que el tribunal no está obligado a fundamentar su decisión de absolución, estamos legitimando la comisión de arbitrariedades en aquél espacio. Finalmente no debemos olvidar que, como sostuvo Avilés, la motivación permite no sólo el control por parte del imputado, sino el de la sociedad toda (2004: p.194).

Sin perjuicio de lo anterior es necesario aclarar que, si bien es cierto tanto la decisión de condena como de absolución deben ser motivadas, justificando porqué razón se alcanzó o no el requerido estándar probatorio, debe reconocerse que tratándose de una sentencia condenatoria la tarea que debe realizar el tribunal es bastante más ardua que en el caso de justificar una decisión absolutoria. Esto no significa que la motivación tratándose de una absolución pueda ser más desprolija -como afirmamos al interpretar objetivamente el estándar de prueba debe justificarse la razonabilidad de la duda-, sino que tratándose de una sentencia condenatoria, no basta con justificar que la prueba de cargo es suficiente para acreditar la tesis acusatoria, sino que debe además descartar toda otra hipótesis probable –aún en menor medida- y compatible con la prueba disponible y la inocencia del acusado. El tribunal por tanto debe cerrar todas y cada una de las puertas que nos lleven a una decisión absolutoria, aun cuando dichas hipótesis tengan un grado de probabilidad menor que a tesis acusatoria. En palabras de Juan Igartua Salaverría "la motivación de una decisión condenatoria debe afrontar un doble reto: de un lado justificar que la hipótesis factual retenida es congruente con los elementos probatorios disponibles y además coherente; de otro lado, desmontar la hipótesis adversa por los datos que deja sin explicar y/o porque la historia (reconstrucción) resultante es inverosímil.

Y –a la recíproca- si la sentencia es absolutoria…tras justificar el valor reconocido a cada uno de los elementos probatorios aportados por las partes, tendrá que forjar una hipotética construcción de los hechos, alternativa a la propuesta en la acusación, que sea consistente con los resultados probatorios ya acreditados y posea un mínimo de plausibilidad" (2001: p.479). Lo anterior se condice con lo dispuesto en nuestra legislación,

concretamente el inciso final del artículo 297 del CPP que dispone que "Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

Este mismo autor hace una reflexión acerca de la tendencia jurisprudencial española, comentando que "El respeto a esta exigencia es, por desgracia, insólito en nuestra jurisprudencia; la cual parece olvidar que la "presunción de inocencia" juega a favor del imputado (que no está sujeto a probar nada) pero no en beneficio del tribunal (que está obligado a motivar todo, tanto la condena como la absolución) 2001: p.479).

CONCLUSIONES

1. El cumplimiento del artículo 340 del CPP es controlable, sólo en la medida que entendamos el estándar de prueba de manera objetiva. Esta discusión ha sido una de las que ha traído aparejadas las mayores dificultades para cualquier forma de control que se plantee, ya que la tendencia jurisprudencial, invocando el desafortunado término "convicción" que reza en el mentado artículo y luego el principio de inmediación, ha impedido fiscalizar la forma en que el tribunal *a quo* ha establecido los hechos.

2. Dentro del razonamiento del juzgador, pueden distinguirse claramente dos momentos perfectamente diferenciables; el primero constituido por la valoración de la prueba que consiste en determinar si éstas confirman o no la hipótesis acusatoria, y en el evento de confirmarla, asignarle de un peso específico; y un segundo momento consistente en la decisión del tribunal, en el cual se verifica si el peso asignado a la prueba valorada supera o no el estándar de prueba legal, en este caso, convicción más allá de toda duda razonable. Es este segundo momento el que adquiere relevancia, ya que justamente en él puede producirse la infracción al artículo 340 del CPP, y por ende requiere ser controlado.

3. Partiendo de la base de la existencia de un estándar de prueba objetivo y el momento en que el tribunal analiza la suficiencia de la prueba en relación al estándar requerido, debe analizarse si el recurso de nulidad es una herramienta idónea para fiscalizar el cumplimiento del artículo 340 del CPP en el establecimiento de los hechos. El recurso de nulidad es un recurso extraordinario, esto es, puede deducirse únicamente por las causales que taxativamente dispone el legislador, en el caso particular en los artículos 373 y 374 del CPP. Cabe hacer presente que no existe remisión expresa de dichas causales a la infracción del artículo 340 del CPP.

4. La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores ha tendido a limitar la extensión de este recurso en torno a los aspectos que son revisables a través de este medio de impugnación, aceptando en general una revisión acerca de la existencia de razones justificativas en la sentencia y la ausencia de contradicciones entre ellas, pero excluyendo absolutamente un control sustancial, vedando la posibilidad de ponderar las razones aportadas para la justificación, revisar si los razonamientos de los jueces resultan

suficientemente convincentes, o si un determinado medio de prueba por sí mismo tiene la fuerza suficiente como para formar en el tribunal una convicción condenatoria. Estimamos que una interpretación en este sentido lesiona el libre ejercicio del derecho al recurso, desnaturalizando la finalidad para la cual se ha establecido este medio de impugnación. Ciertamente no tiene sentido que el tribunal esté facultado para revisar la existencia de motivación mas no pueda entrar a ponderar su contenido, o que puedan analizarse las justificaciones otorgadas a nivel de valoración, pero no al momento de decidir, momento culmine del proceso penal. En consecuencia, éste debe ser entendido como un medio de control integral que permita el cumplimiento por parte del Estado de Chile de los compromisos internacionales adquiridos a través de las suscripción de diversos tratados internacionales en que se consagran garantías de naturaleza procesal como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político que contemplan justamente el derecho al recurso.

5. Teniendo en consideración lo anterior y entendiendo el recurso de nulidad como un medio de control integral de la sentencia, es necesario determinar por qué causal puede denunciarse este vicio. Varias son las alternativas que se han analizado, desde la infracción de garantías ante la Excelentísima Corte Suprema, concretamente por vulneración al principio de inocencia, infracción a las reglas de la lógica, en específico el principio de razón suficiente y finalmente la falta de fundamentación.

5. Respecto de la primera alternativa, estimamos no es la forma más adecuada de denunciar este vicio toda vez que la infracción del principio de inocencia puede revestir múltiples formas de vulneración. Si la forma concreta de vulneración se encuentra contemplada en alguno de los motivos absolutos de nulidad, debe reconducirse a esta causal. La Excelentísima Corte Suprema no ha admitido recurrir por este vicio, reconduciendo normalmente el recurso a alguna de las causales del artículo 374 del CPP, haciendo presente además que sólo se registra una causa en la que este Tribunal ha accedido a controlar la suficiencia de la prueba por infracción al principio de presunción de inocencia.

6. Otra forma usual de denunciar este vicio es invocando la causal del artículo 374 e) en relación al artículo 342 c) en relación a su vez al artículo 297 inciso primero del CPP por infracción a los principio de la lógica concretamente al principio de razón suficiente. Como ya señalamos, además de considerar dudosa la incorporación del mismo como principio

lógico, estimamos que el inciso primero de la citada disposición se refiere a un momento distinto del razonamiento del tribunal, a saber la valoración, y este vicio se produce después, concretamente al momento de decidir sobre los hechos probados, habiendo más bien una interpretación forzada de dicha norma.

7. Finalmente señalar que la solución más adecuada para denunciar el incumplimiento del estándar probatorio, como ya se ha expuesto, es la falta de motivación, no solo porque entendemos que la justificación de los hechos probados es un imperativo constitucional como manifestación del debido proceso, sino que además porque es la única forma de poder evidenciar la existencia de duda razonable, que constituye justamente el incumplimiento del estándar del 340 del CPP. Efectivamente, si la prueba de cargo es insuficiente para dar por establecido los hechos de la acusación, necesariamente subsistirá una hipótesis compatible con la inocencia del imputado que el tribunal no podrá descartar, o cuyo descarte no podrá justificar suficientemente. En caso inverso, es decir, de haberse alcanzado dicho estándar, el tribunal se verá compelido a justificar la razonabilidad de la duda, ya que como se explicó, la existencia de dudas no obsta una decisión condenatoria, sino que es la razonabilidad de la misma la que impide tal decisión. En consecuencia, si efectivamente se cumplió el estándar probatorio, el tribunal estará imposibilitado de justificar o al menos justificar suficientemente la razonabilidad de la duda. Por lo demás el inciso final del artículo 297 del CPP nos permite lo anterior desde que "Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare en la sentencia".

BIBLIOGRAFÍA:

1. Accatino, Daniela (2011): "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* Vol. XXXVII, pp. 483-511.
2. Accatino, Daniela (2009): "Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXII, pp. 347-362.
3. Andrés Ibáñez, Perfecto (1992): "Acerca de Motivación de los Hechos en la Sentencia Penal", en *Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Nº 12, Doxa, pp. 257-299.
4. Andrés Ibáñez, Perfecto (1994): "De nuevo sobre motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza", en *Jueces para la democracia* N° 22, pp. 87-92.
5. Araya, Marcela (2011): "*Los hechos en el recurso de nulidad en materia penal*", 1º Edición, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Santiago.
6. Atienza, Manuel (2009): *El Derecho como argumentación*, 4° Edición, Editorial Ariel, Barcelona.
7. Avilés, Luis (2004): "Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional", en *Revista de Estudios de la Justicia,* Nº 4, pp. 177-195.
8. Barrios, Boris (2012): *La Argumentación de la Sentencia Judicial*, 1º Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., Costa Rica.
9. Beltrán, Ramón (2012): "Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile", en *Política criminal,* Volumen 7, Nº14, Art.6, pp. 454-479, disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N12A6.pdf
10. Benfeld, Johann (2013): "Los orígenes del concepto "sana crítica""en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* Sección de los Dogmas Jurídicos, XXXV, Valparaíso, Chile, pp. 569-585.
11. Calamandrei, Piero (1960): "Proceso y democracia", Editorial Ejea, Buenos Aires. (traducción de Héctor Fix Zamudio).

12. Carnelutti, Francesco (1955): *La prueba civil*, Traducción de la 2º Edición italiana, Ediciones Arayú, Editorial Depalma, Buenos Aires.
13. Carnevali, Raúl, Castillo, Ignacio (2011): "Estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente", en *Revista Ius et Praxis*, Año 17, Nº 2, pp. 77-118.
14. Cea Egaña, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980*, Tomo I, Características generales y garantías constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
15. Cerda, Rodrigo (2008): *Valoración de la prueba. Sana crítica*, 1° Edición, Librotecnia, Santiago, Chile.
16. Coloma, Rodrigo (2012): "¿Realmente importa la sana crítica?", en *Revista Chile de Derecho*, Vol. 39 Nº 3, pp. 753-781.
17. Coloma, Rodrigo, Agüero, Claudio (2014): "Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N°2, pp. 673-703.
18. Cortez, Gonzalo (2006): *El recurso de nulidad, doctrina y jurisprudencia*, 2° Edición, Editorial Lexis Nexis.
19. Couture, Eduardo (1990): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3º Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
20. Couture, Eduardo (1979): *Estudios del Derecho Procesal Civil*, 3º Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
21. Döhring, Erich (1972): *La Prueba, su Práctica y Apreciación*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires.
22. Duce, Mauricio; Riego R, Cristian (2007): Proceso Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
23. Etcheberry, Alfredo (2008): "Consideraciones sobre el criterio de condena en el código procesal penal", *Delito, Pena y Proceso*. Libro Homenaje a la Memoria del Profesor Tito Solari, Rodríguez (Coord.), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 659-678.
24. Ferrajoli, Luigi (1995): *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid.

25. Ferrer, Jordi, (2010): “La prueba es libertad pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi Benthamiana”, en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Daniela Accatino (coord.), Legal Publishing, Santiago, pp. 3-19.
26. Ferrer, Jordi (2009): “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”, en *Proceso, prueba y estándar*, Santiago Ortega Gomero (ed.) Ara Editores E.I.R.L., Lima, pp. 55-84.
27. Ferrer, Jordi (2007): *Valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
28. Ferrer, Jordi (2005): *Prueba y verdad en el derecho*, 2° Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid.
29. Gascón, Marina (2005): “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 28, Doxa, pp. 127-139.
30. Gascón, Marina (2010): *Los hechos en el derecho, Bases argumentales de la prueba*, 3° Edición, Marcial Pons, Madrid.
31. Ghirardi, Olsen (1992): *Lógica del Proceso Judicial,* Editora Córdoba, Córdoba, Argentina.
32. González, Joel (2006): “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, pp. 93-107.
33. Historia de la ley 19.696, disponible en http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf.
34. Hunter Ampuero, Iván (2012): “Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema)”, en *Revista de Derecho,* Vol. XXV, Nº 1, pp. 243-251.
35. Igartua Salaverría, Juan (2001): “Motivación de las sentencias, presunción de inocencia “in dubio pro reo””, en *Anuario de Derechos Humanos,* Universidad Complutense de Madrid, N°2, pp. 459-480.
36. Larroucau, Jorge (2012): “Hacia un estándar de prueba civil”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 39 N°3, pp. 783-808.
37. Laso, Jaime (2009): “Lógica y sana crítica”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36 N°1, pp. 143-164.
38. Laudan, Larry (2005): “Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de prueba”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 28, Doxa, pp. 95-113.

39. Laudan, Larry (2011): *El estándar de prueba y garantías en el proceso penal*, 1° Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
40. Maier, Julio (2002): *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2° Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires.
41. Núñez, J. Cristóbal (2003a): *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
42. Núñez, J. Cristóbal (2003b): *Tratado de derecho penal y del juicio oral*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
43. Pfeffer, Emilio (2001): *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
44. Pereira Anabalón, Hugo (1992): "Motivación y fundamentación de las sentencias y el debido proceso", en *Gaceta Jurídica* N° 142, Santiago, pp. 7-20.
45. Reiter, Raymond (1978): "On reasoning by default" en *Proceedings of TINLAP-2, Theoretical Issues in Natural Language Processing -2*, Universidad de Illinois, pp. 210-218.
46. Reyes, Sebastián (2012): "Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno", en *Revista de Derecho*, Vol. XXV-Nº 2, Valdivia, pp. 229-247.
47. Riego, Cristian (2003): "Nuevo estándar de convicción", en *Colección Informes de Investigación*, Nº 17.
48. Rojas, M. (2002): "El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal", en *Reforma Procesal Penal, Doctrina y jurisprudiencia*, Vol. II, Universidad de Concepción.
49. Stein, Friedrich (1999): *El conocimiento privado del juez*, Editorial Temis, 2° Edición, Santa Fe de Bogotá.
50. Taruffo, Michele (2005): *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, 1º Edición, Palestra Ediciones, Lima.
51. Taruffo, Michele (2005): "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, núm. 114, pp. 1285-1312 (traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar).
52. Taruffo. Michele (2009): *La prueba de los hechos",* Editorial Trotta S.A., 3° Edición, Madrid.

53. Taruffo, Michele (2010): *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid (traducción de Daniela Accatino Scaliotti).
54. Tavolari, Raúl (2005): *Instituciones del nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica, Santiago.