



Universidad de Chile

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Derecho Procesal**

**LA “VALORACIÓN NEGATIVA” Y LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. UNA CRÍTICA DESDE LA CONCEPCIÓN RACIONALISTA DE LA PRUEBA.**

**Memorista: Jorge Cortés-Monroy Fernández**  
**Profesor guía: Dr. Jonatan Valenzuela Saldías**

**Santiago de Chile, 2016.-**

## Abstract

El objetivo de esta memoria es examinar la práctica de la “valoración negativa” de la prueba en el proceso penal, desde la perspectiva de la concepción racionalista. Veremos que ella no es más que una forma rebuscada de exclusión de la prueba ilícita por parte del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en circunstancias que carece de dicha facultad. Pero ella no es la única objeción que se formula. La “valoración negativa” incrementa la tasa global de errores que el sistema produce en la determinación de los hechos. Examinaremos, entonces, el fundamento de la regla de exclusión y su coherencia con una concepción que entiende que una acertada determinación de los hechos es (junto a una correcta aplicación del derecho) la finalidad principal del proceso.

Para ello, en el primer capítulo se sostendrá a la averiguación de la verdad como la finalidad principal de la prueba. Así, el primer objetivo del diseño de las reglas procesales y probatorias será la reducción de la probabilidad de error. En el segundo capítulo se desarrollará la valoración racional como método para alcanzar dicho objetivo. En el tercer capítulo se abordará la distribución del error que el sistema inevitablemente producirá (dadas las condiciones de incertidumbre de la función adjudicativa) y su materialización a través de los estándares de prueba y otras reglas del proceso. La idea fundamental será que, una vez alcanzada una forma adecuada de distribución, ninguna regla o práctica que la altere estará justificada. En el cuarto capítulo se examinará la naturaleza de la práctica de la “valoración negativa”. Finalmente, en el capítulo quinto se tratará el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita, con el objeto de determinar si ella se justifica en valores superiores a la disminución del error y a la forma en que adecuadamente se distribuye.

## Tabla de contenidos

Introducción .....	1
Capítulo I: Prueba y verdad .....	3
1. Introducción .....	3
2. La función del proceso judicial .....	3
3. La verdad como el fin de la prueba .....	9
3.1. Reconocimiento de los límites al conocimiento empírico.....	11
4. Propositiones sobre hechos .....	13
4.1. Hechos brutos y hechos institucionales.....	14
4.2. Sentido de los enunciados que declaran hechos probados en el proceso.....	16
5. Características definitorias del contexto de la prueba en el Derecho.....	19
6. El modelo de la libre valoración de la prueba .....	21
6.1. La concepción subjetivista o persuasiva de la prueba.....	21
6.2. La concepción racionalista o cognoscitivista de la prueba.....	26
7. Modelo adoptado por el nuevo sistema procesal penal chileno.....	27
8. Diversidad de objetivos del proceso penal .....	32
8.1. Veredictos falsos.....	33
8.2. Veredictos inválidos .....	34
Capítulo II: La valoración racional de la prueba .....	37
1. El contexto de descubrimiento y la formulación de hipótesis.....	38
2. Los distintos momentos de la actividad probatoria en el Derecho .....	43
3. La conformación del conjunto de elementos de prueba.....	44
3.1. El principio de inclusión.....	45
3.2. La objeción al principio de inclusión .....	49
3.3. El requisito de admisibilidad .....	58
3.4. La práctica de la prueba.....	59
4. La valoración de la prueba .....	60
4.1. La probabilidad.....	61
4.2. Metodología de la inducción por eliminación. ....	72
5. La adopción de la decisión.....	73
6. Reconstrucción del modelo en el proceso penal chileno. ....	74

Capítulo III: La distribución del error en el proceso penal.....	77
1. El estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” .....	78
1.1. Interpretaciones de “más allá de toda duda razonable”.....	79
1.2. El problema de la subjetividad.....	85
1.3. “Más allá de toda duda razonable” en el proceso penal chileno. ....	86
2. La distribución del error en el proceso penal. ....	86
2.1. Los costos relativos de los errores. ....	91
2.2. El principio de indiferencia entre las absoluciones y las condenas.....	95
3. Necesidad de formulación objetiva del estándar de prueba.....	99
3.1. Modelo objetivo del estándar de prueba penal. ....	103
3.2. Interpretación objetiva de la “prueba más allá de toda duda razonable”.....	104
4. Las dimensiones reductiva y distributiva de las reglas procesales. ....	106
Capítulo IV: La “valoración negativa” de la prueba.....	112
1. Qué es la “valoración negativa”.....	112
2. La “valoración negativa” en la Corte Suprema.....	132
3. La exclusión de prueba por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal. ....	138
Capítulo V: La exclusión de la prueba ilícita.....	148
1. La exclusión de prueba ilícita. ....	149
2. El fundamento de la regla de exclusión. ....	150
2.1. El efecto disuasivo de la regla de exclusión. ....	151
2.2. El remedio a las personas afectadas.....	159
2.3. La preservación de la integridad judicial.....	160
2.4. El derecho del acusado a que no se adopte una decisión utilizando pruebas obtenidas con infracción de sus derechos. ....	165
3. Verdad y autodeterminación.....	168
Conclusiones .....	172
Bibliografía.....	173

## Introducción

La entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal en Chile significó la inclusión en nuestra cultura jurídica de diversos subsistemas, principios e instituciones procesales, que históricamente nos eran extraños. Así, es ya un lugar común señalar que el sistema inquisitivo, cristalizado en un procedimiento escrito y secreto, fue remplazado por un sistema acusatorio, cuyo eje lo constituye el juicio oral y público; que la marcada oficialidad de la actividad procesal característica del antiguo procedimiento fue abandonada para dar predominancia a la actividad adversarial de los intervinientes; y que la exacerbada delegación de las funciones jurisdiccionales fue desterrada en aras de un principio de inmediación que caracteriza transversalmente al nuevo procedimiento. Todos estos sistemas y principios instaurados mediante la reforma procesal penal, demandaron, a su vez, la introducción de un sinnúmero de reglas e instituciones procesales para su correcta materialización, que, por ser ajenas a nuestra tradición jurídica y por la magnitud de los cambios producidos, han dado lugar a discusiones y controversias respecto de su alcance e interpretación<sup>1</sup>.

Uno de esos cambios fundamentales lo constituyó la instauración de un sistema de libre valoración de la prueba, que remplazó al sistema de prueba legal o tasada característico del antiguo procedimiento penal<sup>2</sup>. Así, desde que la reforma procesal penal comenzó a regir, los jueces penales han debido lidiar con la apreciación de las pruebas sin estar sujetos a normas jurídicas que predeterminen el resultado de dicha actividad. Y, sin embargo, lo que la libre valoración de la prueba implica, cuáles son sus alcances, y qué efectos tiene sobre el razonamiento probatorio si ha de servir a los demás fines del proceso, son cuestiones que aún no se encuentran completamente resueltas por nuestra cultura jurídica procesal.

Más aún, el abandono de un sistema de reglas que determinaba el valor de la prueba, ha dado lugar a prácticas sobre las cuales la doctrina procesal no ha reflexionado aún en

---

<sup>1</sup> Respecto de la importancia y magnitud de los cambios institucionales que introdujo la reforma procesal penal en Chile (y específicamente de las instituciones del proceso penal), puede verse Raúl Tavolari Oliveros, *Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 38–64.

<sup>2</sup> La importancia de esta modificación supera incluso los límites de la reforma procesal penal. Entre nosotros, Javier Maturana ha señalado que ella impulsó el abandono de los sistemas de prueba legal o tasada también en el resto de nuestro sistema procesal. Así en los procedimientos seguidos ante tribunales de familia, en los procedimientos laborales, y, próximamente, en el proceso civil. Javier Maturana Baeza, *Sana crítica: un sistema de valoración racional de la prueba*, 1a. ed. (Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2014), 7–8.

forma adecuada, ignorando, de esta forma, los efectos que ellas tienen sobre los fines del proceso penal y sobre los mismos objetivos que motivaron la reforma en este ámbito del Derecho.

Esta memoria tiene por objeto analizar el concepto de “valoración negativa de la prueba”, introducido en el proceso penal por la jurisprudencia de los tribunales de juicio oral en lo penal y de los tribunales superiores de justicia, desde una perspectiva racionalista de la prueba y del proceso. La tesis central del trabajo será que los tribunales de juicio oral en lo penal no sólo se encuentran obligados a valorar toda la prueba presentada y admitida al juicio (no pudiendo excluir ni “valorar negativamente” ningún elemento de juicio que deba servir de base para la decisión acerca de los hechos probados), sino que, además, esto es lo deseable si lo que nos interesa es maximizar la probabilidad de obtener decisiones justas.

Con dicho objetivo en mente, en los capítulos primero y segundo desarrollaré la manera en que la tradición racionalista típicamente ha descrito el concepto de prueba, la actividad probatoria y el razonamiento probatorio –en contraposición a la tradición subjetivista-, argumentando que dicha concepción es la que mejor sirve al fin del proceso de averiguar la verdad para la realización del derecho. Luego, en el tercer capítulo, examinaré el concepto de estándar de prueba y su función como mecanismo de distribución del error que los jueces pueden cometer en la determinación de los hechos, lo que permitirá apreciar de mejor forma la existencia de dos posibles efectos de toda regla procesal: el reductivo y el distributivo. En el capítulo cuarto se analizará la noción de “valoración negativa” de la prueba introducida por la jurisprudencia de los tribunales con competencia penal, desde la perspectiva de la tradición racionalista desarrollada en los capítulos precedentes. Se sostendrá la imposibilidad conceptual de dicha proposición, la obligación del tribunal de juicio oral en lo penal de valorar toda la prueba presentada y admitida al juicio, y la grave inconveniencia de mantener una práctica de esas características debido a los obstáculos que implica para el adecuado cumplimiento de las funciones del proceso. Para finalizar, en el capítulo quinto se tratará la regla de exclusión de la prueba ilícita y las justificaciones que la doctrina y la jurisprudencia han dado para su existencia. Se intentará dilucidar la coherencia de dicha justificación con el desarrollo técnico que la doctrina ha dado a la regla, y en especial, si es correcto entender que ella responde a objetivos del proceso que se oponen sólo a objetivos epistemológicos, o si, por el contrario, existen también valores políticos y morales que justificarían su eliminación.

## Capítulo I: Prueba y verdad

### 1. Introducción

Mucho se ha discutido sobre la relación entre prueba y verdad en el Derecho. Las preguntas que rodean dicho debate no sólo adoptan una perspectiva descriptiva (i.e. ¿tiene la verdad alguna función en la manera en que los jueces adoptan –y entendemos que adoptan- sus decisiones sobre los hechos?), sino también prescriptiva (i.e. ¿debe el razonamiento probatorio estar orientado a obtener determinaciones correctas sobre los hechos?). En este capítulo examinaremos las dos principales funciones asociadas al proceso judicial, y su relación con los fines asignados a la prueba en el Derecho. Una adecuada comprensión de estas cuestiones será necesaria para abordar el desarrollo de la concepción racionalista de la prueba.

### 2. La función del proceso judicial

Desde un punto de vista pragmático, es usual describir dos tipos de sistemas procesales que responden -en último término- a dos interpretaciones distintas de la relación entre el Estado y la sociedad, y que, en consecuencia, están orientados a la persecución de dos fines diversos. En primer lugar –se dice-, existen sistemas en que su objetivo principal lo constituye la resolución de conflictos. Esta concepción se encuentra ligada estrechamente a la ideología del Estado de *laissez faire*, en la que el principio básico que ordena la interacción social es la no implicación o intervención estatal<sup>1</sup>. En ella, el Estado debe limitarse a propiciar las condiciones que permitan a los ciudadanos perseguir los fines u objetivos que se definan para sí mismos. Excluida la posibilidad de que el Estado determine los objetivos de los ciudadanos, la intervención estatal sólo será legítima cuando (la persecución de) los fines de un individuo o grupo de la sociedad civil entren en conflicto con (la persecución de) los fines de otros. De esta manera (i.e. en un Estado que adopta esta disposición; i.e. que tiende a retirarse en la mayor cantidad posible de asuntos sociales), toda forma de actividad estatal puede -y debe- ser entendida como un tipo de resolución de disputas, y así también el proceso judicial: en una concepción minimalista del Estado sería natural –según esta ideología- situar a la resolución de conflictos como la función principal

---

<sup>1</sup> Damaska denomina a este tipo de disposición como “Estado reactivo”, por oposición al “Estado activista”. Véase Mirjan R. Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000), 128–32.

del proceso<sup>1</sup>. Sólo dicha finalidad aseguraría la neutralidad del Estado necesaria para la autodefinición del ciudadano.

Esta idea tiene ciertas implicaciones. En primer lugar, dado que la intervención del Estado sólo es legítima ahí donde existe un conflicto entre dos o más ciudadanos, si este puede ser solucionado en virtud de su autonomía (a través de acuerdos, pactos o contratos) no habrá razón para ejercer la función judicial, o incluso, para que lo resuelto por los jueces los obligue. Pero más importante, dado que el Estado debe ser neutral ante la persecución de los particulares de sus propios objetivos, esta concepción se materializaría preferentemente en una noción de justicia procedimental, para la cual “la decisión que deriva de un procedimiento calificable como justo, sobre la base de criterios procedimentales de valoración, se asume en todo caso, a priori y por definición, como justa y, por consiguiente, como aceptable en mayor medida”<sup>2</sup>. Así, no importará el sentido de la decisión judicial, sino sólo que ella sea el resultado de un procedimiento en el que las partes, en igualdad de posibilidades, hayan competido para la realización de sus intereses<sup>3</sup>. Este sería el ideal de justicia adecuado en un Estado de *laissez faire*.

En contraposición a estos sistemas procesales, se presentan aquellos cuyo objetivo principal lo constituye la implementación de políticas públicas<sup>4</sup>. Esta segunda concepción se vincula con la ideología del Estado de bienestar, que promueve la intervención estatal para la consecución de fines públicos (distintos de los fines de los individuos y de la sociedad civil), con el objeto de lograr la “mejora material y moral de los ciudadanos”<sup>5</sup>. Dado que los fines individuales se subordinan a los objetivos comunes, se entiende la interacción social en un contexto de cooperación y no de conflicto, por lo que la actividad estatal será legítima (a pesar de no resolver disputa alguna) en tanto constituya un medio para llevar a cabo una decisión política. Así, en un Estado orientado bajo esta disposición, sería natural concebir la ejecución de dichos programas o políticas como la función principal del proceso judicial.

---

<sup>1</sup> Para insistir en ello: si toda forma de intervención estatal debe resolver conflictos para ser legítima, y el proceso judicial ha de ser legítimo, el proceso debe tener por objetivo la resolución de conflictos.

<sup>2</sup> Michele Taruffo, *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 119.

<sup>3</sup> Más aún, imponer al juez la obligación de decidir en uno u otro sentido sería visto como un atentado contra la neutralidad en aras de la realización de un fin público. Así, es interesante notar cómo el contexto de interacción social del *laissez faire* (la competencia y el conflicto) es trasladado al interior del proceso: el Estado no sólo se abstiene donde no hay conflicto, sino también donde lo hay y para su resolución (dejando su desarrollo a la iniciativa y la competencia de las partes).

<sup>4</sup> Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del estado*, 148–53.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 141.

Ambos modelos constituyen los extremos de una escala, y es ya un lugar común precisar que ningún sistema procesal real se encuentra configurado completamente por uno sólo de dichos fines. Así, se dice que en la práctica existirá preeminencia de uno u otro (dependiendo del sistema de que se trate), pero nunca un desplazamiento absoluto;

[C]omo prevención cabe destacar que en ningún lugar del mundo existen sistemas puros. En todo sistema procesal nos encontramos siempre con ambas funciones –la privada y la pública-, ya que la clasificación delineada sólo se basa en la preeminencia de una función por sobre otra<sup>1</sup>.

Aunque esta descripción sobre la forma en que los sistemas procesales reales tienden a orientarse a la persecución de ciertos objetivos es plausible, nada dice respecto de la función estructural que el proceso judicial cumple dentro de sistemas jurídicos institucionalizados. En otras palabras, que el proceso sirva para solucionar conflictos de intereses, o que lo haga para implementar políticas públicas, es algo contingente, como la propia clasificación demuestra, y dependerá de que el derecho que deba aplicarse realice uno u otro fin<sup>2</sup>.

Pero entonces, desde un punto de vista lógico conceptual, ¿cuál es la función del proceso judicial? La respuesta puede esbozarse recurriendo a la teoría general del Derecho; Fernando Atria, tratando la caracterización de la función jurisdiccional, ha utilizado la noción de reglas secundarias de adjudicación introducida por Hart:

[L]o que es distintivo de la actividad jurisdiccional no es que soluciona conflictos de intereses, sino que provee <<determinaciones autoritativas del hecho de la violación de reglas primarias>>. La resolución de conflictos aparece como una función característica de los órganos jurisdiccionales sólo si se supone que ésa es la

---

<sup>1</sup> Maturana Baeza, *Sana crítica*, 18; En el mismo sentido Michele Taruffo, *La prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 22; y José Barbosa Moreira, “El neoprivatismo en el proceso civil”, en *Montero Aroca, Juan y Adolfo Alvarado Velloso. Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 201–6 (quien dedica varias páginas a examinar ejemplos reales de instituciones procesales orientadas en ideologías contrarias a la predominante).

<sup>2</sup> Incluso en las sociedades liberales existen situaciones en que el proceso judicial no busca resolver conflictos. En la mayoría de dichas sociedades, por ejemplo, aunque el acusado de un delito persiga ser castigado (i.e. no haya conflicto de intereses), el proceso todavía será desarrollado (y habrá sentido en ello). Véase Fernando Atria, “Sobre las lagunas”, en *Atria et al. Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial* (Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2005), 19. En otras situaciones, el desarrollo del proceso para el ejercicio de la función jurisdiccional aumentará el conflicto entre las partes (piénsese en los juicios de divorcio), y en otras, ni siquiera pretenderíamos que el proceso resuelva el conflicto.

función característica de las reglas que los tribunales aplican. Pero si esas reglas tienen como finalidad principal una diferente (implementar decisiones políticas, maximizar la utilidad, etc.) entonces la resolución de conflictos podrá ser entendida como un simple sub-producto de la aplicación de las reglas<sup>1</sup>.

Aunque Atria se refiere a la actividad jurisdiccional (o adjudicación), ella es inseparable del proceso judicial. Este es el medio por el cual aquella se ejerce, y por tanto, la función estructural de uno lo es también la del otro. El proceso judicial no existe sino para ejercer la jurisdicción, y la jurisdicción no puede ser ejercida sino a través del proceso. Desde un punto de vista hartiano, ambos pertenecen a –y son definidos por- las “reglas de adjudicación”, por lo que su función es determinar si se ha transgredido una regla primaria<sup>2</sup>. Entiéndase bien: no se trata de que la resolución de conflictos o la implementación de políticas públicas no pueda constituir un objetivo del Derecho, sino de que sólo en tanto las reglas primarias persigan dichos fines lo hará también el proceso judicial.

Entender cuál es la función estructural del proceso judicial no es superfluo, y se vincula estrechamente con la función que se asocia a la prueba en el Derecho. Una concepción que sostiene que el proceso judicial existe para la resolución de conflictos, sostendrá también que la determinación correcta de los hechos es sólo necesaria en tanto sirva a dicho fin. Así, cuando la averiguación de los hechos sea irrelevante para la resolución de la disputa, o incluso constituya un obstáculo para ella, será abandonada en pos de la consecución de esta última<sup>3</sup>. En cambio, si se considera que la finalidad estructural del proceso es la “determinación revestida de autoridad de la transgresión de reglas primarias” para la aplicación de las consecuencias que el derecho establece<sup>4</sup>, la averiguación de la verdad es y debe ser la finalidad de la prueba (dado que la ocurrencia en el mundo de los hechos operativos de la norma jurídica es condición para su aplicación), y –en principio- no podrá ser desplazada por la resolución del conflicto.

---

<sup>1</sup> Ibid. Las comillas son del autor.

<sup>2</sup> Hart ejemplifica la forma en que las reglas de adjudicación cumplen esta función -de posibilitar la determinación autoritativa de la transgresión de reglas primarias- indicando precisamente que ellas “además de identificar a los individuos que pueden juzgar, [...] definen también el procedimiento a seguir”. Véase H. L. A Hart, *El Concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961), 120.

<sup>3</sup> En el primer caso por constituir un costo innecesario; en el segundo, por frustrar la obtención del fin del proceso. En este sentido, Taruffo, *Simplemente la verdad*, 158.

<sup>4</sup> Hart agrega esta segunda característica: “[se] han complementado las reglas primarias de obligación mediante reglas secundarias adicionales que especifican, o por lo menos limitan, los castigos por la transgresión de aquéllas, y [se] han conferido a los jueces que verifican el hecho de la violación el poder exclusivo de disponer la aplicación de penas por otros funcionarios”. Véase Hart, *El Concepto de derecho*, 121. Los paréntesis son míos.

En este punto es necesario examinar una cuestión que ha producido graves malos entendidos. Damaska (y en general, la doctrina procesalista) ha tratado la aplicación del derecho como una y la misma finalidad que la implementación de políticas públicas:

Si el propósito del proceso judicial es llevar a cabo la política estatal en casos contingentes, las decisiones se legitiman en primer lugar en cuanto a los resultados correctos que incorporan. [...] En este sentido, entonces, el derecho procesal del Estado activista sigue al derecho sustantivo tan fielmente como una sombra<sup>1</sup>.

Y entonces, como en dichos sistemas procesales la corrección de la decisión judicial tendría una importancia central, Damaska concluye que:

Sólo en la ideología activista se encuentra apoyo para las formas de investigación más incisivas, y con ello un modelo puro de investigación del proceso legal<sup>2</sup>.

La discusión del proceso judicial en el Estado reactivo ha demostrado cómo su objetivo reduce la importancia de afirmar el Estado real de las cosas. [...] En contraste, que las pruebas sean correctas es normalmente una de las precondiciones para realizar el objetivo del proceso judicial en el Estado activista. La adecuada puesta en vigor del derecho requiere una determinación exacta de los sucesos pasados y una predicción fiable de desarrollos futuros<sup>3</sup>.

Esta imagen (i.e. la averiguación de la verdad asociada a la “ideología activista”, y por tanto, a una mayor intervención del Estado) es agravada cuando se vincula a los sistemas

---

<sup>1</sup> Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del estado*, 255; los paréntesis son míos; También contraponen la resolución del conflicto a la “aplicación de la ley”, como las dos teorías o ideologías del proceso y su función, Taruffo, *La prueba*, 20–21; Juan Montero Aroca, “La ideología de los Jueces y el caso concreto. Por alusiones, pido la palabra”, en *Montero Aroca, Juan y Adolfo Alvarado Velloso. Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 273; Adolfo Alvarado Velloso, *Debido proceso versus pruebas de oficio* (Bogotá: Editorial Temis, 2004), 103 (quien además identifica el “estricto apego a la ley” con el sistema inquisitivo), entre otros muchos; En la doctrina procesal chilena puede verse Maturana Baeza, *Sana crítica*, 18; María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno T. I*, 1a. ed (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 117; Interesante es el caso de Parra Quijano, quien considera la averiguación de la verdad misma como una ideología que se contrapone a aquella que entiende al proceso como un “problema entre partes”; véase Jairo Parra Quijano, *Racionalidad e ideología en la pruebas de oficio* (Bogotá: Editorial Temis, 2004), 9–13.

<sup>2</sup> Damaška, *Las caras de la justicia y el poder del estado*, 153.

<sup>3</sup> *Ibid.*, 276.

“inquisitivos” (contraponiéndolos a los sistemas adversariales, que serían más adecuados a las sociedades liberales y al Estado de *laissez faire*).

La relación parece hacerse de la siguiente forma: si lo que interesa es la autodefinición del ciudadano, la intervención del Estado debe limitarse a resolver conflictos. Si, así, la finalidad del proceso judicial es también resolver conflictos, la correcta determinación de los hechos ocupará un lugar secundario, e incluso en ocasiones deberá ser abandonada. En cambio, si el proceso judicial tiene por finalidad la averiguación de los hechos, ello sólo puede servir a la implementación de políticas públicas, y por tanto, conllevará siempre un riesgo a la posibilidad de autodeterminación del ciudadano.

Quiero sostener que un sistema procesal orientado a la correcta determinación de los hechos no implica una ideología que favorezca la intervención estatal y la implementación de políticas públicas, sino que responde a una necesidad lógica dada la función estructural que cumple la actividad jurisdiccional en sistemas jurídicos institucionalizados. La ocurrencia de los hechos operativos de la norma jurídica en el mundo es condición de su aplicación, ergo, si el proceso es correctamente caracterizado como medio a través del cual el derecho es aplicado, este debe estar encauzado a averiguar si los hechos operativos han tenido lugar en el mundo. De ahí que el fortalecimiento de la dimensión epistémica del proceso judicial no se justifique –sólo- en una ideología que le asigne una elevada importancia a la verdad, como la doctrina procesalista suele afirmar.

Pero es que, además, la orientación del proceso a la búsqueda de la verdad puede justificarse, contrariamente a lo que tradicionalmente se ha sostenido, en la propia autonomía del ciudadano. Hemos visto que la preocupación última de la ideología del proceso como medio de resolución de conflictos es la posibilidad de que sean los propios ciudadanos quienes determinen sus objetivos y la forma de perseguirlos. Es esa la razón para que ella niegue la intervención del Estado en la mayor cantidad de asuntos posibles. Partiendo de ese punto, el discurso se construye de la siguiente manera: si usted desea una mayor intervención estatal mediante la implementación de políticas públicas, aunque usted pueda tener buenas razones, ninguna de ellas la constituye su preocupación por la autonomía del ciudadano; si usted cree que el respeto por la autodefinición del individuo y la sociedad civil es condición de legitimidad de la actividad estatal, usted debe condicionar la

intervención del Estado a la resolución de conflictos. Esta formulación es clara en los siguientes pasajes de Damaska:

Inevitablemente [en el Estado de bienestar] se reducen las posibilidades de que los ciudadanos hagan su voluntad. Pero a la luz de la filosofía estatal, esto no debe preocupar: el Estado suscribe la opinión de Rousseau de que mientras más tiempo ocupen los ciudadanos en asuntos cívicos y menos en sus propios asuntos privados, será mejor.

No es necesario decir que la autonomía individual está lejos de ser sacrosanta. Para un Estado activista, los individuos no necesitan ni siquiera ser jueces fiables de su mejor interés; su percepción, conformada por una práctica social defectuosa, puede ser errada e incorrecta. Desde luego, mientras más se adapten los ciudadanos a la imagen nacida de las teorías del Estado, más fácil será que el Estado permita una mayor definición individual: los deseos de los ciudadanos son cada vez más lo que el Estado quiere que deseen<sup>1</sup>.

Este dilema es aparente. El error se encuentra en considerar que la única alternativa posible a una administración de justicia estructurada en torno a la resolución del conflicto es una administración de justicia activista (que busca implementar políticas públicas); o para ser más exactos, en entender que si la función jurisdiccional ha de ser neutral, la finalidad del proceso sólo puede ser la resolución del conflicto materializada en una concepción procedimental de la justicia. En cambio (como veremos más adelante), la aplicación del derecho sustantivo puede –y debe– ser entendida como medio de realización de la autonomía del ciudadano, de manera que, en tanto la aplicación del derecho sea el fin principal del proceso judicial, será el ciudadano (y la sociedad civil) quien defina sus propios objetivos y la forma de realizarlos.

### 3. La verdad como el fin de la prueba

Hasta aquí, hemos señalado que siendo la aplicación del derecho la función estructural del proceso judicial, la correcta determinación de la ocurrencia o no ocurrencia de los hechos operativos de la norma jurídica (i.e. la averiguación de la verdad) constituye una necesidad

---

<sup>1</sup> Ibid., 142. Los paréntesis son míos.

lógica. Es por ello que la investigación de los hechos debe ocupar un lugar central en el diseño de las reglas e instituciones que configuran los procedimientos judiciales, y en particular, de aquellas que regulan la prueba en el Derecho.

El argumento puede desarrollarse de una forma ligeramente distinta: si una de las funciones principales del Derecho es la motivación de la conducta de los destinatarios de las normas, las consecuencias jurídicas determinadas por el legislador deben, en principio, aplicarse sólo a aquellos que hayan realizado u omitido la conducta prohibida o exigida. En palabras de Jordi Ferrer:

Pensemos por un momento en una alternativa radical a esta reconstrucción. Supongamos que la consecuencia jurídica prevista (la sanción en este caso) se atribuya aleatoriamente. Así, los órganos encargados de la adjudicación jurídica podrían realizar un sorteo para determinar cada mes quién debe ser sancionado, fijando un número de sanciones también aleatorio. Está claro que, en esa situación, no habiendo ninguna vinculación entre las conductas de cada uno de los miembros de esa sociedad y la probabilidad de ser sancionado, no hay tampoco razón alguna para comportarse de acuerdo con lo establecido por las normas jurídicas. Dicho de otro modo, sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios [...].<sup>1</sup>

Para insistir en ello, el argumento puede ser reconstruido de la siguiente forma:

- (1) Una norma jurídica es dictada para que el destinatario de ella realice u omita una conducta, que es considerada deseable o indeseable por quien dicta la norma.
- (2) A dicha norma se asocia una sanción para el caso en que ella no sea obedecida por el destinatario.
- (3) Tratándose de una norma general y abstracta, requiere de un órgano que la aplique a los casos particulares, y por tanto, que aplique la sanción asociada a su desobediencia<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 30. Los paréntesis son del autor.

<sup>2</sup> En ello radica la necesidad de reglas secundarias de adjudicación.

- (4) Dicha aplicación se materializa a través del proceso, y constituye el presupuesto lógico de aquél (i.e. la razón por la que existe el proceso es la necesidad de aplicar normas generales y abstractas a casos concretos; si el derecho no requiriese ser aplicado, el proceso no sería necesario).
- (5) La sanción asociada a la norma sólo motivará la conducta si el destinatario de la misma prevé que su incumplimiento será sancionado (i.e. el órgano aplicador de la norma a través del proceso, sancionará su incumplimiento), y su cumplimiento no lo será.
- (6) La única forma de diferenciar las consecuencias jurídicas a aplicar en casos de cumplimiento o incumplimiento, es determinar si en los hechos se ha cumplido o incumplido, o en otras palabras, averiguar la verdad de los hechos.
- (7) Por tanto, el proceso como medio de satisfacción de la necesidad de aplicación de normas generales y abstractas a casos concretos, supone el objetivo de averiguación de la verdad, como único medio de aplicación de las consecuencias jurídicas a los supuestos previstos por el legislador (y no a otros), y por tanto, como presupuesto fundamental de la motivación de la conducta (y del derecho como razón excluyente para la acción).

Dicho objetivo, como en todo método de investigación empírica, en el proceso se realiza a través de la prueba.

### 3.1. Reconocimiento de los límites al conocimiento empírico

En la consecución del objetivo de averiguar la verdad, el Derecho se encuentra con un límite intrínseco a todo tipo de investigación empírica: ningún procedimiento o actividad cognoscitiva permite alcanzar la certeza racional absoluta acerca de la verdad o falsedad de una proposición. Al respecto, Susan Haack ha señalado que “[...] incluso con la mejor voluntad del mundo, incluso cuando realmente queremos descubrir, con frecuencia fallamos. Nuestros sentidos, nuestra imaginación, nuestros intelectos, son limitados: nunca podemos ver, suponer, o razonar lo suficiente”<sup>1</sup>. Es esta imposibilidad, de la naturaleza del razonamiento sobre asuntos contingentes, la que ha dado lugar a posiciones escépticas que

---

<sup>1</sup> Susan Haack, *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, 1a. ed. (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2008), 21.

han culminado en la renuncia absoluta de la verdad en el conocimiento por considerarla un mero fraude ideológico<sup>1</sup>.

Aunque es innegable que ningún conjunto de pruebas, por más completo que sea, podrá jamás otorgar certeza racional acerca de la ocurrencia de un hecho<sup>2</sup>, de dicho reconocimiento no puede concluirse que la verdad no tenga ninguna importancia para la prueba y deba ser abandonada. En cambio, sólo implica que la condición de éxito de la institución probatoria no puede requerir que se demuestre la verdad de las proposiciones fácticas formuladas en los procesos judiciales (sino “algo menos”). Es, de hecho, esta la razón por la que debe rechazarse la caracterización conceptual de la relación entre prueba y verdad y, en cambio, adoptarse una teleológica: la prueba no es verdad, pero sirve –y debe servir- para buscarla<sup>3</sup>. Si entendemos correctamente esta relación, se hace evidente que, a pesar de no ser posible la certeza absoluta en el conocimiento empírico, el diseño de todo conjunto de reglas que regule la prueba debe aumentar las probabilidades de obtener determinaciones correctas de los hechos. Para ponerlo en términos más precisos: el método que adoptemos para determinar la existencia o inexistencia en el mundo del hecho requerido por la norma para producir determinadas consecuencias jurídicas, debe maximizar la probabilidad de que, efectivamente, el enunciado probatorio que sobre el recae sea verdadero.

Este entendimiento de la prueba pone de relieve la importancia de evaluar las reglas que regulan la actividad y el razonamiento probatorio como medios para lograr el objetivo de averiguar la verdad<sup>4</sup>. Sabemos ya que siempre habrá margen para el error en la investigación empírica, y que, en consecuencia, el objetivo de todo método adoptado debe ser la reducción de dicho margen. Desde esta perspectiva, son dos las preguntas que deben

---

<sup>1</sup> Al respecto, puede verse Jonathan Dancy, *Introducción a la epistemología contemporánea* (Madrid: Tecnos, 2007), 21–39.

<sup>2</sup> Desde que Hume lanzara su crítica a la causalidad necesaria, este se ha convertido ya en un lugar común. Véase David Hume, *Tratado de la naturaleza humana: ensayo para introducir el método del razonamiento humano en los asuntos morales* (México, D.F.: Porrúa, 2005), 84.; Hume señala: “No existe objeto alguno que implique la existencia de otro si consideramos estos objetos en sí mismos [...]”. Dicha observación ha dado origen al problema de la justificación del razonamiento inductivo y, siguiendo a Hume, a posiciones escépticas. Puede verse una exposición del problema en Max Black, *Inducción y probabilidad* (Madrid: Cátedra, 1984), 37–76. Para Black la cuestión radica en que los autores escépticos han abordado el problema desde los criterios de justificación del razonamiento deductivo, lo que es un error. Así, desarrolla un “planteamiento lingüístico” fundado en la idea de la “institución inductiva”. Sea como sea, el problema afecta al conocimiento a partir de la experiencia en sí mismo, y no al proceso judicial en particular. De ahí que no pueda justificar el abandono en el derecho de la verdad como el fin de la institución probatoria, sin demandar, a su vez, el mismo abandono en los demás asuntos empíricos.

<sup>3</sup> Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 68–73.

<sup>4</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 66–67.

hacerse respecto de todo sistema procesal: 1) ¿Cuál es la forma más adecuada de entender el concepto, la actividad y el razonamiento probatorio, si lo que nos interesa es aumentar las probabilidades de obtener decisiones correctas sobre los hechos?; y 2) ¿Son las reglas y prácticas jurídicas vigentes las más adecuadas para lograr dicho objetivo?

Antes de continuar, será necesario realizar ciertas aclaraciones.

#### 4. Propositiones sobre hechos

Es ya un lugar común –pero no por ello menos cierto- afirmar que el objeto de la prueba (i.e. lo que se prueba) no son los hechos mismos, sino las proposiciones que un sujeto enuncia sobre dichos hechos. Es respecto de ellas que pueden predicarse los valores de verdad o falsedad, siendo susceptibles de tenerse por ciertas o falsas conforme a la evidencia. Así, por ejemplo, en un proceso civil un sujeto A deberá probar la proposición “B me ha atropellado en bicicleta en forma negligente causándome lesiones” si desea que el sujeto B sea condenado a pagarle una indemnización de perjuicios. En cambio, en un proceso penal la acusación deberá probar su proposición respecto de que el acusado ha cometido el delito en cuestión si este último ha de ser hallado culpable, y en consecuencia, condenado. Dichos enunciados que contienen proposiciones sobre hechos son declarativos, por lo que las circunstancias que constituyen su objeto pueden o no tener –o haber tenido- lugar en el mundo<sup>1</sup>.

Sin embargo, cada hecho puede ser descrito desde diversas perspectivas. Si un jugador de fútbol propina un golpe de puño a un jugador del equipo contrario fracturándole la nariz, este hecho puede ser descrito como una falta deportiva (o tal vez, antideportiva) merecedora de una expulsión (en el contexto del “fútbol”), o como un delito de lesiones graves (en el contexto del derecho penal y procesal penal). Ambas proposiciones, de ser probadas, tendrán consecuencias diversas. La primera puede producir la suspensión del jugador en partidos sucesivos; la segunda, que el sujeto sea condenado por el delito en cuestión. La diferencia entre los enunciados realizados en el contexto del proceso y aquellos realizados en otros contextos, es que los primeros constituyen descripciones jurídicamente relevantes

---

<sup>1</sup> Michele Taruffo, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n° 3 (2003): 15. John Austin los denomina “enunciados constatativos”, por oposición a los “enunciados realizativos”. Lo importante es que los primeros, al tener fuerza descriptiva, son susceptibles de verdad o falsedad; John L. Austin, *Cómo hacer cosas con palabras* (Barcelona: Paidós, 1998), 41–52.

de los hechos. Así, existiendo múltiples formas de describir un mismo hecho, diremos que la principal característica de los enunciados formulados en el proceso judicial es que ellos describen de una forma jurídicamente relevante los hechos a que se refieren<sup>1</sup>.

Ciertos autores, como Michele Taruffo, han sostenido que existiría un segundo tipo de enunciados cuya prueba es relevante en el proceso judicial: aquellos que se caracterizan porque se refieren a hechos que “a través de su conocimiento se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de un hecho jurídicamente calificado”<sup>2</sup>. Estos hechos son los tradicionalmente denominados secundarios, indiciarios o circunstanciales, y la relevancia de las proposiciones que a ellos se refieren -para estos autores-, es lógica y no jurídica. A mi juicio, en tanto son lógicamente relevantes, estos enunciados también se caracterizan por constituir descripciones jurídicamente relevantes de los hechos, y, así, no constituirían realmente una categoría distinta<sup>3</sup>.

#### 4.1. Hechos brutos y hechos institucionales

Hemos señalado, entonces, que el objeto de la prueba son enunciados declarativos. Dichos enunciados afirman la existencia o inexistencia de ciertos hechos en el mundo (i.e. tienen fuerza descriptiva), y por tanto, la verdad o falsedad de los mismos dependerá de su correspondencia con la realidad<sup>4</sup>. Esta relación es fácil de entender cuando las circunstancias objeto del enunciado pueden ser descritas con referencia meramente a sus rasgos físicos. Por ejemplo, el enunciado “Juan apuñaló a Pedro en el corazón” se refiere a un hecho que existe (o no) con independencia de cualquier institución humana, y que, por tanto, tiene lugar en la experiencia y puede ser directamente percibido. Pero los enunciados declarativos pueden referirse a otro tipo de hechos, que no pueden ser descritos por referencia a sus meras características físicas, y a los cuales el Derecho también asigna, en ciertas ocasiones, consecuencias jurídicas. En palabras de John Searle:

---

<sup>1</sup> Taruffo, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, 19. Esta es una característica lógica dado que el enunciado a probar debe describir el hecho en la forma en que haría operativa la norma jurídica aplicable.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> La razón es simple: en tanto el Derecho determina cómo la prueba debe ser valorada (sea que la tase legalmente o sea que recurra a las reglas de la racionalidad general), asigna consecuencias jurídicas a estos hechos secundarios (si la prueba debe ser valorada racionalmente, el derecho exigirá extraer inferencias racionales para la prueba de los hechos principales).

<sup>4</sup> John R Searle, *La construcción de la realidad social* (Barcelona: Paidós, 1997), 204.

[N]ecesitamos distinguir entre *hechos brutos*, tales como el hecho de que el Sol esté a 150 millones de kilómetros de la Tierra, y *hechos institucionales*, como el hecho de que Clinton sea presidente. Los hechos brutos existen con independencia de cualquier institución humana; los hechos institucionales sólo pueden existir dentro de las instituciones humanas. Los hechos brutos necesitan de la institución del lenguaje para que podamos *enunciarlos*, pero los hechos brutos *mismos* existen independientemente del lenguaje o de cualquier otra institución. Así, el *enunciado* de que el Sol está a 150 millones de kilómetros de la Tierra necesita una institución del lenguaje y una institución de medida de las distancias en kilómetros, pero el hecho *enunciado*, el hecho de que hay una cierta distancia entre la Tierra y el Sol, existe con independencia de cualquier institución. Por otra parte, los hechos institucionales necesitan de instituciones humanas especiales para su misma existencia<sup>1</sup>.

Podría pensarse que la existencia de hechos institucionales jurídicamente relevantes complica el panorama de la prueba en el derecho. Después de todo, si en variadas circunstancias el Derecho establece consecuencias jurídicas a hechos que no existen en el mundo con independencia de la vida institucional, difícilmente la prueba jurídica pueda considerarse una actividad de investigación empírica. A esta posición pueden hacerse dos objeciones. En primer lugar, los hechos institucionales existen en el mundo independientemente de los enunciados declarativos (descriptivos o constatativos) que a ellos se refieren<sup>2</sup>. Así, dichos enunciados también son susceptibles de verdad o falsedad, según se correspondan o no con el mundo. En segundo lugar, todo hecho institucional se construye sobre la base de hechos brutos, mediante la utilización de reglas constitutivas de la forma “X cuenta como Y en el contexto C”<sup>3</sup>. De esa forma, en la base de todo hecho institucional siempre existirá un hecho susceptible de ser descrito con referencia sólo a sus características físicas, que puede y debe ser probado, y que dada la existencia de una regla

---

<sup>1</sup> Ibid., 45. Las cursivas son del autor.

<sup>2</sup> Otra cosa es que no puedan existir, en ciertos casos, sin el enunciado realizativo o performativo que les da vida.

<sup>3</sup> Searle, *La construcción de la realidad social*, 61–68. Un ejemplo típico es el de las prácticas deportivas. Hacer un gol en el fútbol no es algo que pueda ser descrito con referencia sólo a la acción de traspasar con el balón una línea marcada en el césped. En cambio, es un hecho creado por una regla constitutiva que indica que el traspaso de dicha línea cuenta como un gol en el contexto del fútbol. En realidad, todo el Derecho, al ser una institución, funciona bajo esta lógica. Sin embargo, a lo que ahora nos referimos es a la utilización, por parte del derecho, de hechos institucionales (creados por reglas constitutivas que pueden ser jurídicas o no) para la descripción de los supuestos fácticos de las normas.

constitutiva que lo hace institucional, determina la prueba del supuesto fáctico de la norma jurídica.

Esto parece ser más simple cuando la regla constitutiva es jurídica. Piénsese, por ejemplo, en el incumplimiento contractual de una de las partes, que autoriza a la otra parte a solicitar el cumplimiento forzado del contrato o su resolución<sup>1</sup>. El enunciado que señala “una de las partes incumplió el contrato” se refiere a la existencia de dos hechos institucionales: el contrato y el incumplimiento. Ninguno de los dos existe sólo en virtud de hechos físicos brutos, y requieren de reglas que nos digan qué cuenta como contrato y qué cuenta como incumplimiento (reglas que, en este caso, contiene el propio sistema jurídico). Pero en una gran cantidad de ocasiones las reglas constitutivas de un hecho institucional no serán jurídicas. En esos casos, deberá determinarse la existencia de dichas reglas si el enunciado sobre el hecho institucional ha de tenerse como probado.

#### 4.2. Sentido de los enunciados que declaran hechos probados en el proceso.

Hasta aquí hemos señalado que la finalidad de la prueba es la correcta determinación de si los hechos operativos de las normas jurídicas aplicables han tenido lugar en el mundo o no (i.e. la averiguación de la verdad), o en otras palabras, la correcta asignación de los valores de verdad o falsedad a los enunciados que a ellos se refieren, conforme al estado real de las cosas. De ahí que digamos que los enunciados objeto de la prueba tengan fuerza descriptiva. Dichos enunciados existirán desde que son formulados en el proceso (e.g. desde la acusación en el proceso penal), y subsistirán incluso con posterioridad a la sentencia (como objeto de la declaración de hechos probados y no probados). Sin embargo, existe un segundo tipo de enunciados que también tiene fuerza descriptiva: los enunciados probatorios de la forma “Está probado que  $p$ ”<sup>2</sup>. Ellos tienen por objeto los enunciados que se refieren a la ocurrencia del supuesto fáctico de la norma (o simplemente “ $p$ ”), y sólo existen desde que se

---

<sup>1</sup> Esto es lo que la doctrina civilista típicamente denomina como condición resolutoria tácita. Véase el artículo 1489 del Código Civil chileno.

<sup>2</sup> Jordi Ferrer señala que los enunciados del tipo “Está probado que  $p$ ” expresarían “proposiciones descriptivas acerca de la ocurrencia de un determinado hecho en una realidad externa al proceso”; Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, 25. No me queda claro si Ferrer está refiriéndose a la fuerza descriptiva de los enunciados probatorios, o a la fuerza descriptiva del enunciado que se declara probado (aunque pareciera ser que a esta última). Sostengo que también el enunciado probatorio tiene fuerza descriptiva. Mientras el enunciado que se declara probado describe la ocurrencia en el mundo del hecho operativo de la norma primaria aplicable, el enunciado probatorio describe -como se verá- la existencia en el proceso de prueba suficiente en apoyo del enunciado que se declara probado.

ha valorado completamente la prueba y adoptado la decisión sobre qué hechos están probados<sup>1</sup>.

¿Qué es lo que los enunciados probatorios describen? Jordi Ferrer se ha referido al asunto preguntándose por su sentido. Así, ha indicado que el enunciado “Está probado que  $p$ ” puede ser entendido de tres formas: (1) como sinónimo de “Es verdad que  $p$ ”; (2) como sinónimo de “El juez ha establecido que  $p$ ”; o (3) como sinónimo de “Hay elementos de juicio suficientes a favor de  $p$ ”<sup>2</sup>.

La primera acepción es incorrecta. Ferrer señala el siguiente argumento en apoyo de dicha posición: los participantes de la práctica jurídica (y en especial los jueces) pueden encontrarse –y en muchas ocasiones lo hacen- en la situación de que, a pesar de considerar verdadero un enunciado, este deberá ser declarado no probado si no existe evidencia suficiente incorporada al proceso en su apoyo<sup>3</sup>. Sin embargo, este argumento demuestra que el enunciado “No está probado que  $p$ ” no puede significar “No es verdad que  $p$ ”, pero nada dice respecto del enunciado probatorio afirmativo<sup>4</sup>. Así, “Está probado que  $p$ ” todavía podría considerarse sinónimo de “Es verdad que  $p$ ”. Ferrer, previendo esta posibilidad (aunque no de forma explícita), se ve obligado a recurrir a la relación entre prueba y verdad para negarla. Así, argumenta que quienes defienden esta posición deben, a su vez, apoyar la idea de que “la prueba de una proposición exigiría dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes: la presencia de elementos de juicio a su favor y la verdad de la proposición”<sup>5</sup> (ello explicaría por qué podría sostenerse que a pesar de que la declaración de un hecho como no probado no implica predicar la no-verdad del hecho, el enunciado “Está probado que  $p$ ” sí implicaría predicar la verdad de “ $p$ ”). Ferrer señala que esta posición es incorrecta ya que la verdad de una proposición no es requisito para tenerla por probada, lo que negaría el sentido del enunciado probatorio como “Es verdad que  $p$ ”.

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, el enunciado “Juan disparó a Pedro” (enunciado objeto de la prueba o enunciado “ $p$ ”) describe algo distinto que el enunciado “Está probado que Juan disparó a Pedro” (enunciado probatorio o enunciado del tipo “Está probado que  $p$ ”).

<sup>2</sup> Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, 29–38.

<sup>3</sup> *Ibid.*, 30.

<sup>4</sup> De hecho, aunque la imagen de un juez absolviendo a un acusado por falta de prueba suficiente a pesar de creer en la culpabilidad del mismo resulta familiar, la imagen contraria (i.e. de un juez condenando a un acusado no obstante creer en su inocencia) no lo es. Esto tal vez se deba a una reticencia de los jueces a condenar (y no a absolver) en contra de sus creencias. Entiéndase bien, no estoy afirmando –como veremos- que la verdad sea una condición necesaria pero no suficiente para la prueba de un hecho (de manera que si el hecho no es verdadero, no puede declararse probado), sino sólo que es dudoso que dicho argumento funcione en contra del sentido de los enunciados probatorios como sinónimos de “Es verdad que  $p$ ”.

<sup>5</sup> Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, 30.

Si, como hemos señalado reiteradamente, la relación entre prueba y verdad es teleológica y no conceptual, no podemos más que estar de acuerdo con Ferrer en que la verdad de una proposición no es condición para su prueba. No obstante, dado que de lo que se trata es del sentido de los enunciados del tipo “Está probado que  $p$ ”, el argumento no sirve para negar su acepción como “Es verdad que  $p$ ”. La razón es simple: que algo sea tenido por verdadero no es lo mismo a que ese algo sea verdadero, y todo lo que basta para predicar la verdad de “ $p$ ” es lo primero<sup>1</sup>. Así, es todavía posible entender que el sentido de “Está probado que  $p$ ” es “Es verdad que  $p$ ”, a pesar de que “ $p$ ” sea falso. Para rechazar este sentido, es necesario primero mostrar por qué para declarar un hecho como probado no es necesaria ni la verdad del mismo, ni que el declarante lo tenga por verdadero. A mi juicio, la explicación radica en el hecho de que la creencia de un sujeto sobre la verdad de algo (i.e. que alguien tenga algo por verdadero) es irrelevante para su prueba si lo que nos interesa es maximizar la probabilidad de obtener determinaciones correctas sobre los hechos. De ahí que se justifique rechazar esta acepción, a pesar de que pueda ser utilizada por hablantes competentes.

En su segunda acepción (como sinónimo de “El juez ha establecido que  $p$ ”), el enunciado probatorio sólo puede considerarse descriptivo cuando es formulado por un participante de la práctica jurídica distinto al juzgador de los hechos. En cambio, cuando es el juez quien lo formula, esta acepción supone la fuerza constitutiva del enunciado, si ha de tener alguna relevancia. Así, el problema de sostener que este es el sentido del enunciado probatorio es que supondrá sostener también la infalibilidad judicial. Si el “estar probado” es un estado de cosas constituido por una declaración judicial (i.e. por un acto performativo), en tanto la declaración haya sido realizada con las formalidades necesarias no podrá ser errónea, sea que declare el hecho como probado o como no probado. De ahí que esta no parezca una posición satisfactoria. Ferrer ha señalado que existe una acepción distinta, pero que adolecería del mismo defecto: el enunciado “Está probado que  $p$ ” como “El juez cree –o tiene la convicción- que  $p$ ”. En este caso, el enunciado probatorio será descriptivo aun cuando sea formulado por el juez (el juez estará describiendo su estado psicológico), por lo que podrá

---

<sup>1</sup> Sobre la diferencia entre “ser verdadero” y “ser tenido -o tomado- por verdadero” puede verse Haack, *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, 82–86. Esta, evidentemente, no se trata de la misma distinción que plantea Ferrer entre “estar probado” y “ser tenido probado”; véase Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, 34. De hecho, es perfectamente posible –al menos bajo una concepción racionalista de la prueba- que un juez tenga por probado algo que no tiene por verdadero; y es perfectamente posible que tenga por probado algo que no está realmente probado (de ahí la posibilidad de veredictos inválidos –con independencia de su verdad-, como veremos más adelante).

ser verdadero o falso. Así, este sólo podrá equivocarse si el enunciado probatorio no se corresponde con sus creencias, pero en tanto crea lo que enuncia, el juez no podrá fallar. De nuevo, esta acepción supone sostener la irrelevancia del estado real de las cosas en el mundo, y por tanto, la infalibilidad judicial.

En un tercer sentido el enunciado “Está probado que  $p$ ” es considerado sinónimo de “Existen elementos de juicio suficientes a favor de  $p$ ”. Este es –y debe ser- el significado de los enunciados probatorios. La razón es que refleja adecuadamente la relación entre la prueba del enunciado “ $p$ ” y la existencia de elementos de prueba suficientes en su apoyo, y explica por qué tiene sentido formular el enunciado “Está probado que  $p$ ” cuando “ $p$ ” es en realidad falso y el juzgador cree en su falsedad.

La conclusión es que, aunque todas las acepciones mencionadas del enunciado probatorio parecen posibles aún bajo una concepción teleológica de la relación entre prueba y verdad, sólo la última es explícita respecto de la forma en que debe ser entendida la actividad judicial y el razonamiento probatorio en el derecho. Uno esperaría que si hay elementos de prueba suficientes en apoyo de “ $p$ ” un juez razonable crea en su verdad, la predique, y establezca que “ $p$ ” (así, todos los sentidos parecerían confundirse en el enunciado “Está probado que  $p$ ”). Pero, si la labor judicial ha de ser correctamente realizada, el único sentido indispensable es el de “Hay pruebas suficientes a favor de  $p$ ”. Sólo si este enunciado es verdadero (i.e. describe correctamente el mundo; i.e. existen efectivamente pruebas suficientes), el juez habrá decidido correctamente.

## 5. Características definitorias del contexto de la prueba en el Derecho

Hemos señalado que el fin principal de la prueba en el Derecho es la averiguación de la verdad. Esta característica la equipara a la prueba en todo otro ámbito de la investigación empírica. Y sin embargo, es innegable que la investigación sobre los hechos en el contexto de un proceso judicial reviste ciertas particularidades<sup>1</sup>. Veamos algunas de ellas:

- (1) El Derecho busca determinar la existencia de hechos individuales e irrepetibles, sin interesarse por el establecimiento de leyes generales.

---

<sup>1</sup> Puede verse una exposición detallada de dichas particularidades en Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 29–41.

- (2) La prueba en el Derecho se desarrolla en un contexto reglado, existiendo normas jurídicas que regulan los medios de prueba, la actividad probatoria, e incluso, el resultado probatorio.
- (3) La decisión sobre los hechos en el proceso judicial debe adoptarse en un periodo relativamente corto de tiempo, si el Derecho ha de realizar los fines que le competen. Esta característica (junto a las dos siguientes) determina que el juzgador de los hechos deba adoptar sus decisiones sobre la base de información limitada<sup>1</sup>.
- (4) La actividad de las partes juega un rol esencial, afectando el contenido de las proposiciones fácticas que deberán ser probadas, la conformación del conjunto de elementos de prueba, y la práctica de las mismas, entre otros aspectos. Esta característica es especialmente relevante en los procedimientos en que prima el principio dispositivo o el principio acusatorio, y posibilita –debido a la existencia de intervinientes con intereses en conflicto- que la prueba sea utilizada con fines divergentes a la correcta determinación de los hechos.
- (5) La decisión sobre los hechos es adoptada considerando el conjunto conformado por las pruebas propuestas y admitidas al proceso, y no considerando todas las pruebas disponibles.
- (6) La decisión sobre los hechos tiene autoridad, y por tanto, no será posible revisarla a la luz de nuevas pruebas o proposiciones, salvo en casos excepcionales.

Parte de la doctrina procesalista, en base a estas particularidades específicas, ha sostenido que la prueba en el Derecho no puede tratarse de una y la misma cosa que la prueba en los demás tipos de investigación empírica, y que, así, las categorías y procedimientos de la racionalidad general no le serían aplicables<sup>2</sup>. Dicha posición es incorrecta. Lo cierto es que respecto de todas las características enunciadas, podemos encontrar una particularidad similar en los demás contextos de investigación. Piénsese, por ejemplo, en el carácter reglado de la actividad probatoria en el proceso judicial. También la actividad clínica diagnóstica o la investigación químico-farmacéutica (por ejemplo) son reguladas por normas jurídicas en ciertos aspectos que limitan la búsqueda de la verdad. Piénsese, por otro lado, en la existencia de intereses comprometidos distintos a la averiguación de la verdad que pueden afectar la actividad probatoria en el proceso judicial. También la investigación científica puede estar guiada por intereses ajenos y desarrollarse

---

<sup>1</sup> Alex Stein, *Foundations of Evidence Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 35.

<sup>2</sup> Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, 38–40; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 23–25.

de una forma parcial y poco honesta<sup>1</sup>. Así, entonces, no es posible sostener –por estas razones- que la prueba en el Derecho se trate de un fenómeno de naturaleza sui generis, ajeno a las reglas de la racionalidad general. Este, como veremos, es uno de los postulados fundamentales de la concepción racionalista de la prueba.

## 6. El modelo de la libre valoración de la prueba

En el estudio del Derecho Procesal suelen señalarse dos sistemas probatorios antagónicos: el sistema de la prueba legal o tasada y el sistema de la libre valoración. Tradicionalmente la prueba legal o tasada ha sido asociada a los sistemas jurídicos continentales o de *civil law*, mientras que la libre valoración de la prueba lo ha sido a los sistemas jurídicos anglo-sajones o de *common law* (sin perjuicio de que ningún sistema real se encuentre constituido exclusivamente por uno de ellos). Esta tendencia (el recurso a una valoración legal) se encuentra en franca retirada en el diseño de los procedimientos modernos en los sistemas jurídicos continentales (y en especial en los procedimientos penales), lo que ha planteado el problema de determinar qué significa, en forma precisa, que exista libertad para valorar prueba.

### 6.1. La concepción subjetivista o persuasiva de la prueba

A grandes rasgos, existen dos tradiciones sobre la forma de concebir la prueba y su función en el proceso en sistemas en que rige la libre valoración<sup>2</sup>. Una primera interpretación (correspondiente a la tradición subjetivista, psicologista o persuasiva) entiende a la libre valoración como una libertad casi absoluta del juez para determinar el valor de la prueba, en términos de la formación de una “libre convicción”. En palabras de Couture: “Dentro de ese método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos”<sup>3</sup>. Es esta la interpretación que ha predominado tanto en los sistemas de *common law* como en los de *civil law* (debido a la

---

<sup>1</sup> Este es, de hecho, el objeto del reclamo por integridad y honestidad intelectual en el trabajo científico que formula Susan Haack. Véase Haack, *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*, 237–71.

<sup>2</sup> Como luego podrá verse, dichas tradiciones parecen ser en realidad un reflejo en el Derecho de la discusión más general existente en epistemología entre internalistas y externalistas: “[Mientras] los externalistas hacen desempeñar un papel epistémicamente justificatorio a la estructura causal del mundo aun cuando el sujeto cognoscitivo no tenga acceso inmediato a ella; [...] el internalista está convencido de que todas las condiciones que determinan la justificación hacen referencia a estados mentales a los cuales, presumiblemente, el sujeto tiene acceso inmediato”. Patricia King, “Internalismo, Externalismo y Autoconocimiento”, *Critica. Revista Hispanoamericana de Filosofía* 32, n° 96 (2000): 1–2.

<sup>3</sup> Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4ta. ed. (Montevideo: Editorial B de F, 2007), 223.

proliferación de fórmulas como la “íntima convicción” o la “creencia más allá de toda duda razonable” como criterios de suficiencia probatoria), a pesar de tener la concepción racionalista un largo desarrollo en los primeros<sup>1</sup>.

La principal característica de la tradición subjetivista o psicologista de la prueba es la utilización de ciertos estados mentales o psicológicos del juzgador como criterios para decidir sobre los hechos probados<sup>2</sup>. Como consecuencia de ello, dicha concepción sostiene también:

- a) Una interpretación fuerte del principio de inmediación, lo que impediría la valoración de la prueba (y así, la adopción de decisiones sobre los hechos) a cualquier órgano distinto de aquél ante el cual la prueba fue rendida.
- b) Una exigencia débil de motivación de la decisión sobre los hechos, confinada, a lo sumo, a la expresión de las causas que habrían motivado el estado psicológico del juzgador<sup>3</sup>.
- c) El diseño de un sistema de recursos que disminuye, o incluso elimina, la posibilidad de controlar las decisiones probatorias.

De esta manera, se conforma un sistema en el que la prueba es utilizada para lograr un estado psicológico en el decisor (persuadirlo para obtener su convicción o convencimiento). Para ello existiría una interpretación fuerte del principio de inmediación, materializada en la presencia del juez en la práctica de las pruebas como forma de legitimación de su convicción: no sería cualquier convicción la que interesaría a la teoría subjetivista, sino aquella resultante de las pruebas presenciadas directamente por quien decidirá sobre los

---

<sup>1</sup> Este predominio se vio favorecido, además, por la proliferación (especialmente a inicios del siglo XX) de ciertas teorías del Derecho que se mostraban escépticas a la posibilidad de determinar racionalmente la premisa fáctica del razonamiento jurídico (como la propugnada por la tradición realista en Estados Unidos en su versión más radical). Al respecto puede verse Daniela Accatino, “Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 13 (2002): 11–17. Nada de esto implica desconocer que en los últimos años esté tomando fuerza la concepción racionalista de la prueba también en los países de *civil law*.

<sup>2</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 62–63.

<sup>3</sup> En algunos casos ni siquiera se exigirían razones explicativas, limitándose el juzgador de los hechos a pronunciar el veredicto (como en el caso de los jurados en los sistemas anglosajones) o a relatar el modo en que la prueba fue practicada. Esta última situación ocurrió, por ejemplo, durante la vigencia de nuestro antiguo procedimiento penal. Véase Daniela Accatino, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 19, n° 2 (2006): 9–26.

hechos del caso. Así, también, resultaría justificada la imposibilidad de que la decisión sea revisada por quien no ha presenciado la prueba.

A pesar de que este desarrollo muestra la coherencia de la concepción subjetivista, la razón por la que debe ser rechazada es que ella conduce necesariamente a la siguiente disyuntiva: o se afirma que la verdad es irrelevante para la prueba y el proceso, incluso en un sentido teleológico, o se afirma que las reglas de la racionalidad general no son las más adecuadas para averiguarla (i.e. no maximizan la probabilidad de obtener determinaciones correctas sobre los hechos). Ambas posiciones son insostenibles. Ya hemos tratado las razones para rechazar la primera de ellas al referirnos a la función estructural del proceso judicial.

Respecto de la segunda proposición (i.e. que una valoración subjetiva hace más probable obtener decisiones correctas), los problemas que llevan a su rechazo serán tratados con mayor profundidad al referirnos a la noción subjetiva de la probabilidad en el siguiente capítulo. Por ahora podemos decir que para la concepción subjetivista la prueba de una proposición fáctica dependerá siempre de que el juez adquiera un estado psicológico determinado (i.e. crea, esté convencido, tenga la certeza moral, no tenga dudas, etc.). Alcanzado dicho estado mental todo lo demás será irrelevante. De esta forma, la decisión sobre los hechos absorbe y vuelve inútil la valoración: la confianza, creencia o convicción del juzgador “precede, certifica, e incluso constituye, la prueba”<sup>1</sup>. Y sin embargo, lo que efectivamente haya o no tenido lugar en el mundo en nada depende del estado psicológico del sujeto cognoscente: un sujeto puede todavía creer en la verdad de “*p*”, no sólo a pesar de que “*p*” es de hecho falso, sino también a pesar de toda la evidencia existente en contra de la verdad de “*p*” (i.e. es posible que existan creencias irracionales o injustificadas). Así, el problema fundamental de toda teoría subjetivista de la valoración de la prueba es que ella se desprende, en último término, del estado real de las cosas en el mundo, para fundar las decisiones a las que conduce.

En términos de la actitud proposicional que posee el juzgador de los hechos al formular enunciados probatorios (i.e. enunciados del tipo “Está probado que *p*”), la creencia, convencimiento o convicción adolece de dos problemas (intrínsecamente relacionados con el

---

<sup>1</sup> La expresión es de Larry Laudan. Larry Laudan, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n<sup>o</sup> 28 (2005): 106.

problema fundamental ya indicado)<sup>1</sup>. En primer lugar, las creencias son involuntarias, y por tanto, no susceptibles de justificación. Ello transforma a la fundamentación de la declaración de hechos probados en algo irrelevante, que sólo podrá consistir -como ya se ha dicho- en una exposición de las causas que llevaron al juzgador a creer o no creer en la verdad “*p*” (i.e. en dar razones explicativas, no justificativas). En segundo lugar, las creencias son independientes del contexto en que se declara probada una proposición fáctica, y siempre responden a todos los factores existentes en su generación. Ello quiere decir que no es posible que un sujeto crea en la verdad de “*p*” en un contexto (e.g. como ciudadano), y no crea en su verdad en un contexto distinto (e.g. como juez). Esto tiene dos consecuencias adversas para la creencia: no permite dar cuenta de que la declaración de hechos probados es relativa a un conjunto de pruebas determinado (el aportado y admitido al proceso), y por ello, no puede explicar las situaciones en que el juez declara no probada una proposición en contra de sus propias creencias o convicciones. De ahí que esta no sea una buena explicación de la actitud proposicional del juez al formular enunciados probatorios.

Pero es que, además, la noción subjetivista convierte a la decisión judicial sobre los hechos en infalible: si lo que el Derecho exige al juez para declarar probada una proposición fáctica es que crea o tenga la convicción sobre su verdad, en tanto tenga dicho estado psicológico, no podrá equivocarse (es irrelevante que la conclusión que racionalmente haya debido extraerse de las pruebas sea la contraria, e incluso, que un juez superior tenga la creencia opuesta).

Todo lo señalado es contraproducente si nuestro interés al diseñar e interpretar las normas procesales y probatorias es disminuir el riesgo de arbitrariedad en las decisiones judiciales, e impide considerar que en el proceso judicial (como en todo otro tipo de investigación empírica) la valoración subjetiva de la prueba constituya el método más acertado. En cambio, es alguna característica o propiedad de las pruebas (y no del estado psicológico del juzgador) lo que debe justificar la declaración de un hecho como probado -o no probado-, si lo que deseamos es incrementar la probabilidad de obtener decisiones correctas. Esta necesidad de racionalidad es ilustrada elocuentemente por Larry Laudan:

---

<sup>1</sup> Para un resumen de las principales críticas a la creencia como actitud proposicional requerida al juzgador de los hechos para tener una proposición como probada puede verse Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, 80-88.

Uno no debería decirle a cualquier juzgador de los hechos: Usted ha proporcionado una prueba de A cuando está firmemente convencido de A (ni, tampoco: “usted tiene una prueba de A con tal que su confianza subjetiva sea más alta que X”). Al contrario, lo que le decimos es: Usted no está autorizado para estar totalmente convencido de A, a menos que y hasta que usted tenga una prueba de A, añadiendo para completar la propuesta que sus firmes convicciones acerca de A no cuentan en absoluto como si tuviese una prueba de A. Y entonces procedemos a decirle cómo sería una prueba de A<sup>1</sup>.

Así, en términos de la actitud proposicional del juez que formula un enunciado probatorio, la “aceptación” –y no la creencia- será la explicación más satisfactoria<sup>2</sup>. Ella consiste en el estado mental de una persona que se compromete con la utilización de una proposición como premisa en su razonamiento. En palabras de L. Jonathan Cohen:

[...] aceptar que  $p$  es tener o adoptar una política de considerar, proponer o postular que  $p$  –esto es, de usar dicha proposición (sea a largo plazo o sólo para propósitos inmediatos) como premisa en algunos o en todos los contextos [...]. Sea que uno concuerde o no, y sea que uno sienta que  $p$  es verdadero o no<sup>3</sup>.

Como puede verse, la aceptación es un acto voluntario y relativo al contexto, por lo que su utilización para explicar la actitud proposicional del juez al declarar un hecho como probado permite superar los problemas de los que adolece la creencia (i.e. la decisión deberá ser justificada y no sólo explicada, y tendrán sentido aquellas situaciones en que el juez actúa en contra de sus convicciones). Además, a diferencia de esta última, que es utilizada por la concepción subjetivista como criterio de corrección de la decisión, la aceptación no implica la infalibilidad judicial. Ello quiere decir que, aunque uno esperaría que un juez -y cualquier persona- razonable acepte una proposición si -y sólo si- existe prueba suficiente que la apoye, en la actividad jurisdiccional ello no constituye una mera expectativa, sino una condición para la corrección en el ejercicio de la función. Así, tanto el juez que acepta una proposición fáctica que no se encuentra suficientemente corroborada (i.e. la utiliza como premisa para su decisión), como el juez que no acepta una proposición fáctica

---

<sup>1</sup> Laudan, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, 104–5.

<sup>2</sup> Véase Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, 90–94; La distinción entre creencia y aceptación es de L. Jonathan Cohen; al respecto véase L. Jonathan Cohen, “Belief and Acceptance”, *Mind* 98, n° 391 (1989): 367–89.

<sup>3</sup> Cohen, “Belief and Acceptance”, 368.

apoyada por pruebas suficientes (i.e. la descarta como premisa para su decisión), decide erróneamente.

## 6.2. La concepción racionalista o cognoscitivista de la prueba

Pero la concepción subjetivista no es la única forma de interpretar la libertad otorgada al juez para la valoración de la prueba. Ante ella, la concepción racionalista ha señalado que la libre valoración no es aquella que se realiza sin sujeción a regla alguna, sino aquella que se ejecuta en ausencia de normas jurídicas que obliguen al juzgador a tener por establecidas ciertas inferencias en base a determinados elementos de juicio. Será entonces el juez quien, recurriendo a las reglas de la epistemología y la racionalidad general, determinará el valor de las pruebas y su suficiencia –o insuficiencia-<sup>1</sup>.

La idea fundamental sobre la que se erige esta tradición es que la finalidad principal de la prueba es la correcta determinación de la premisa fáctica del razonamiento jurídico, conforme al estado real de las cosas en el mundo (i.e. la averiguación de la verdad). De esta forma, dado que la utilización de las reglas de la epistemología y la racionalidad general constituye el mejor método disponible para la investigación empírica, la prueba en el Derecho no puede ser considerada distinta a la prueba en cualquier otro ámbito del conocimiento empírico<sup>2</sup>. Ciertamente es que la actividad probatoria en el proceso judicial se desarrolla en un contexto con características específicas (algunas de las cuales ya hemos mencionado); pero la existencia de dichas particularidades no implica la formulación de una noción propiamente jurídica del fenómeno probatorio. Así, los criterios para decidir sobre la prueba de las proposiciones jurídicamente relevantes se referirán a la calidad de las pruebas (y no a determinados estados mentales o psicológicos de quien juzga), y estarán dados por las reglas de la racionalidad general y de la investigación empírica, haciendo posible el control racional intersubjetivo.

Como consecuencia de lo señalado -y a diferencia de la concepción subjetivista-, la concepción racionalista se caracteriza por:

---

<sup>1</sup> Para una exposición de las reglas de prueba legal o tasada como reglas que establecen inferencias probatorias que deben ser respetadas por el juez (i.e. inferencias normativas), puede verse Daniel González Lagier, "Presunción de inocencia, verdad y objetividad", en *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho: debates sobre abducción* (Granada: Comares, 2014), 85–90.

<sup>2</sup> Véase Marina Gascón Abellán, "¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria", *Jueces para la democracia*, n° 52 (2005): 47–48.

- a) El sostenimiento de una interpretación débil del principio de inmediación, compatible con el control racional de la valoración de la prueba por parte de un órgano distinto al que presenció su práctica.
- b) Una exigencia fuerte de motivación de la decisión sobre los hechos, que implica la expresión de las razones que justifican el valor otorgado a las pruebas -individual y conjuntamente- y su consideración como suficientes o insuficientes.
- c) El diseño de un sistema de recursos que permite el control de la valoración de la prueba y de la decisión sobre su suficiencia.

#### 7. Modelo adoptado por el nuevo sistema procesal penal chileno

Como ya es sabido, el nuevo Código Procesal Penal reemplazó el modelo de tasación legal de la prueba, característico del antiguo procedimiento penal, por uno de libre valoración. Dicho código contiene dos artículos fundamentales al respecto. El primero de ellos es el artículo 297, que indica lo siguiente:

*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 de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

El segundo es el artículo 340 del Código Procesal Penal, que en sus incisos primero y segundo establece lo siguiente:

*Convicción del tribunal.* Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

En base a estos artículos, cabe preguntarse qué concepción de la prueba (si la subjetivista o la racionalista) es la que ha tenido en mente el legislador, y por tanto, debe guiar su valoración en el proceso penal chileno. Comencemos por el artículo 297. En la primera parte de su primer inciso (i.e. “los tribunales apreciarán la prueba con libertad...”) el artículo no hace más que consagrar explícitamente el principio de la libre valoración de la prueba, rechazando la posibilidad de que sea la ley la que establezca de antemano el resultado de la actividad probatoria. Así, le corresponderá a los jueces del juicio oral determinar si existe prueba suficiente para tener las proposiciones jurídicamente relevantes como probadas. Ahora, si esto fuese todo lo que dijera la ley, es evidente que quedaría abierta la posibilidad tanto para una interpretación subjetivista como para una interpretación racionalista (i.e. el legislador habrá omitido atribuir de antemano un resultado probatorio específico a una clase o género de pruebas tanto cuando ha dejado su determinación a un estado psicológico del juez, como cuando la ha dejado a las reglas de la epistemología y la racionalidad general). Sin embargo, el mismo inciso continúa señalando que, en dicha apreciación, los tribunales “no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”. Si recordamos que la proposición de una libre valoración de la prueba sólo sujeta a los criterios de la lógica y de la racionalidad general es el postulado fundamental de la tradición racionalista, no podemos más que concluir que nuestro sistema procesal penal adopta dicha concepción<sup>1</sup>. Este es, a

---

<sup>1</sup> Javier Maturana señala que una valoración que no contradice los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados “tiene todo sentido en un sistema de sana crítica, pues, como vimos, tales parámetros constituyen una de las condiciones esenciales para que podamos estar ante tal sistema de valoración”. Véase Maturana Baeza, *Sana crítica*, 129. A mi juicio, una valoración deductiva e inductivamente válida (i.e. conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los

mi juicio, el argumento más fuerte para la defensa de una valoración racional de la prueba en el proceso penal chileno (porque se funda en una referencia explícita del legislador a los criterios de la lógica y la racionalidad general).

El inciso segundo del artículo 297 exige al tribunal hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando las razones que hubiere tenido para ello. Aunque algunos autores han querido ver en este inciso un argumento adicional para sostener que en el proceso penal la prueba debe ser valorada racionalmente<sup>1</sup>, a mi juicio, por sí sólo, dicho inciso es compatible también con una interpretación subjetivista<sup>2</sup>. Es sólo en relación al inciso primero (que especifica la forma en que el tribunal debe “hacerse cargo” de la prueba; i.e. conforme a la lógica y la racionalidad general) que el inciso puede entenderse estableciendo una fuerte exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos, requiriendo, así, una valoración racional de la prueba.

Por último, el inciso tercero del artículo 297, a diferencia del inciso segundo, sí funciona como un argumento independiente para sostener que el Código Procesal Penal adopta una perspectiva racionalista. En su primera parte, el inciso requiere que el tribunal señale en la fundamentación del fallo los medios de prueba por los que diere por acreditados cada uno de los hechos que tuviere por probados. Si recordamos que las creencias o convicciones no son contextuales (i.e. son generadas en virtud de todos los factores posibles), podemos entender que la exigencia de señalar las pruebas específicas que

---

conocimientos científicamente afianzados) no es “una de las condiciones”, sino que es, por definición, una valoración racional (o conforme a la sana crítica).

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, *ibid.*, 129; quien señala que la exigencia de “fundamentación de toda la prueba rendida, incluso respecto de las pruebas desestimadas, [...] cumple con el exigente mandato de fundamentación que implica un sistema de sana crítica”, y sería una de las normas que consagra dicho sistema.

<sup>2</sup> Existen dos argumentos independientes que podrían funcionar para defender la compatibilidad del inciso con una concepción subjetivista de la prueba. En primer lugar, puede entenderse que el juzgador de los hechos se “hace cargo” de la prueba producida explicando de qué forma piensa que cada uno de los elementos ha influido en su estado psicológico (y así, por ejemplo, podría indicar simplemente que desestimó el testimonio de un sujeto “A” porque “no lo convenció”). De esta forma, bastaría que el tribunal ofreciera razones explicativas (que es precisamente todo lo que la concepción subjetivista requiere) para cumplir las exigencias del inciso. En segundo lugar, y a pesar de rechazar la arbitrariedad a la que conduce la interpretación anterior, veremos que en el seno de la concepción subjetivista se han propuesto ciertos métodos para determinar la modificación racional de las creencias a partir de cada uno de los elementos de prueba existentes en el proceso. Esta es una forma de “hacerse cargo” de toda la prueba producida, indicando las razones para desestimar algunas de ellas (i.e. para estimar un bajo o nulo grado de influencia de una cierta prueba en la formación del estado psicológico del juzgador). De ahí que sólo sea la referencia a las reglas de la lógica y la racionalidad general del inciso primero del artículo 297, la que descarte la posibilidad de una forma subjetiva de hacerse cargo de la prueba producida y de ofrecer razones para su desestimación. En cambio, el inciso segundo parece más bien consagrar un modelo atomista de fundamentación de los enunciados probatorios. Véase Daniela Accatino, “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en el proceso penal y su control a través del recurso de nulidad”, en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, 1a. ed. (Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010), 121–25.

apoyan cada una de las proposiciones fácticas que se tienen por probadas sólo tiene sentido en el contexto de una valoración racional. Imaginemos, por un momento, que el juez de los hechos deba decidir conforme a sus creencias o convicciones. ¿Podrá éste atribuir su estado psicológico a un elemento de prueba determinado en una forma no arbitraria? Si admitimos que una creencia o convicción es el resultado de todos los factores disponibles (algunos de ellos irracionales, y otros, profundamente inasibles), difícilmente podrá el juez determinar cada uno de ellos y asignarles –de un modo no arbitrario- el grado en que han incidido en su generación (i.e. señalar qué pruebas le han hecho creer y “cuánto” le han hecho creer en la proposición relevante). En cambio, la exigencia de este inciso adquiere pleno sentido si lo que debe hacer el juez es determinar el grado de apoyo inductivo que cada elemento de prueba (y todos ellos en conjunto) otorga a cada una de las proposiciones jurídicamente relevantes.

Pero es que además, este tercer inciso del artículo 297 contiene una segunda parte que exige que el tribunal fundamente la decisión sobre los hechos probados de una forma que permita “la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare”. Esta exigencia sólo puede ser cumplida mediante una valoración racional de la prueba. Es ésta la que proporciona razones intersubjetivamente válidas, y por tanto, la que permite la “reproducción del razonamiento utilizado”; sólo en tanto el razonamiento se enfoque en ciertas propiedades o características de las pruebas mismas (y no en el estado psicológico del sujeto cognoscente), podrá ser reproducido (y controlado) por un sujeto distinto.

Por su parte, el artículo 340 del Código Procesal Penal establece el criterio para decidir sobre la suficiencia de la prueba una vez que esta ha sido valorada<sup>1</sup>. Así, en su inciso primero señala que para condenar a un acusado es necesario que el tribunal adquiera “más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”. Esta formulación ha dado lugar predominantemente a una interpretación subjetivista del estándar de prueba, fundada en la utilización de la expresión “convicción” por parte del legislador, y en que dicha interpretación se remite a criterios que los jueces aplicaron por un largo periodo de tiempo durante la

---

<sup>1</sup> Esta, como veremos en el capítulo 3, es precisamente la función epistémica de los denominados “estándares de prueba”.

vigencia del antiguo sistema procesal penal<sup>1</sup>. Sin embargo, dicha lectura produce un problema grave: vuelve inútil la exigencia de racionalidad en la valoración de la prueba que, como hemos visto, caracteriza al nuevo sistema procesal penal. En palabras de Accatino:

[La interpretación subjetivista del estándar de prueba tiene] el resultado paradójico de que si bien se reconoce la adhesión del *Código* a un modelo de valoración racional o de sana crítica [...], se deja abandonada al mismo tiempo la determinación de su suficiencia para tenerlos por probados [los hechos] a una suerte de epifanía del juzgador, liberada de toda exigencia de justificación racional y de todo control. Terminaría así volviendo a entrar al proceso penal, por la ventana del estándar de prueba, la concepción de la libre valoración como íntima convicción que se había sacado por la puerta a través de las exigencias de racionalidad y del reforzamiento del deber de fundamentar la decisión sobre los hechos que contempla el artículo 297<sup>2</sup>.

Aunque esta interpretación subjetivista ha tenido un fuerte apoyo jurisprudencial<sup>3</sup>, ella no es la única interpretación posible del artículo 340 del Código Procesal Penal. De hecho, existe una forma de entender el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” compatible con una valoración racional de la prueba. Ella se apoya en la referencia del legislador a la razonabilidad de la duda que impediría condenar. Dicha posibilidad (de entender nuestro estándar de prueba penal en términos objetivos, o al menos, intersubjetivos) será tratada en el capítulo 3 de esta memoria. Por ahora, basta decir que el esfuerzo del nuevo Código Procesal Penal por eliminar la arbitrariedad de las decisiones judiciales sobre los hechos probados depende de que así se haga.

Para finalizar, el inciso segundo del artículo 340 exige que el tribunal “forme su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”. Nuevamente el

---

<sup>1</sup> Véase Daniela Accatino, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 37 (2011): 492–96; Accatino, “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en el proceso penal y su control a través del recurso de nulidad”, 138; Accatino, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico”, 18–20.

<sup>2</sup> Accatino, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, 498. Las cursivas son de la autora. Los paréntesis son míos.

<sup>3</sup> Cortez Matcovich se refiere a diversos fallos en que la Corte Suprema ha señalado que la convicción del tribunal, más allá de toda duda razonable, “es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimientes llamados a conocer de una determinada materia”, siendo la decisión algo que “emana del ámbito de su propia conciencia”. Véase Gonzalo Cortez Matcovich, *El Recurso de Nulidad: Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Chile: LexisNexis, 2006), 334 y ss. De todos modos, esta es una tendencia que parece encontrarse en retirada.

problema radica en el uso de la expresión “convicción”, puesto que si, como hemos señalado reiteradamente, las creencias o convicciones no son voluntarias ni contextuales, el número de factores que las generan no puede ser perfectamente conocido ni limitado intencionalmente. De ahí que, nuevamente, si lo que ha querido el legislador es que las decisiones sean adoptadas sólo en consideración a la prueba aportada y admitida, el criterio de suficiencia de la prueba deba estar referido a ciertas características o propiedades de las pruebas mismas y no a la convicción del juzgador (entendida como un estado mental o psicológico).

#### 8. Diversidad de objetivos del proceso penal

Para finalizar, y antes de tratar la concepción racionalista de la prueba y el método de la corroboración de hipótesis, es necesario abordar la existencia de diversos objetivos en los procesos judiciales. Ello nos ayudará a entender por qué existen reglas y prácticas que atentan contra la determinación correcta de los hechos y si ellas se encuentran realmente justificadas.

Si consideramos el proceso penal como un sistema de investigación (i.e. adoptamos una perspectiva global, en la que cada procedimiento es una instancia del sistema), podemos decir que existen tres tipos de objetivos materializados por las reglas y prácticas que lo regulan. Dado que la función institucional del proceso es la correcta aplicación del Derecho (lo que supone la orientación de la prueba a la averiguación de la verdad), el primer objetivo es la reducción del error en las decisiones judiciales: nos interesa que el sistema procesal penal produzca la mayor cantidad posible de decisiones correctas. Sin embargo, hemos señalado que los métodos de conocimiento empírico son falibles, por lo que en un sistema en que el número de instancias tiende al infinito inevitablemente -en algún punto- el error se producirá. En consecuencia, el segundo objetivo es la distribución del error y de sus costos para los intereses en conflicto. Por último, existen otros tipos de intereses que esperamos el sistema procesal penal realice, que no se relacionan con la averiguación de la verdad, pero que pueden tener efectos sobre ella (e.g. que los derechos fundamentales de los imputados sean respetados, o que el proceso se realice con celeridad)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Laudan denomina al objetivo de la reducción del error como “valor epistémico”, al de la distribución del error como “valor cuasi-epistémico”, y a los objetivos no relacionados con la averiguación de la verdad como “valores extra o no epistémicos”. Véase Laudan, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, 96–98; y Larry Laudan, *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica* (Madrid: Marcial

## 8.1. Veredictos falsos

Pero, ¿Qué error es el que debe ser reducido y distribuido? Dado que el proceso (y la prueba en especial) tiene por objetivo la averiguación de la verdad y su consecución es condición de corrección de la decisión judicial, el error que nos interesa es propiamente epistémico: consiste en tener por probada una proposición falsa o no tener por probada una proposición verdadera. Esto no quiere decir que la determinación de la premisa jurídica no pueda ser errónea, sino sólo que no es el foco de atención de la “epistemología jurídica” y tampoco de esta memoria.

Así, -suponiendo la correcta aplicación de la norma penal sustantiva-, diremos que en el proceso penal pueden producirse dos tipos de errores. En primer lugar, puede ocurrir que el tribunal pronuncie un veredicto falso. En este caso, el error se produce (1) cuando un acusado, que es genuinamente inocente, es declarado culpable en el proceso penal; o (2) cuando un acusado, que es genuinamente culpable, es absuelto o sobreseído en el proceso penal<sup>1</sup>. Esto no quiere decir que este tipo de error sólo pueda cometerse en el juicio oral y en el pronunciamiento del veredicto: el sistema habrá fallado cada vez que una persona culpable no sea hallada tal en el proceso penal, y cada vez que una persona inocente lo sea. Piénsese, por ejemplo, en los procedimientos alternativos al juicio oral contemplados en nuestro sistema procesal. Existirá una decisión errónea cada vez que una persona (a pesar de su aceptación) no ha realizado los hechos que se le imputan y, sin embargo, es declarada culpable en un juicio abreviado, o cada vez que un culpable es absuelto (o un inocente condenado) en un juicio simplificado. Piénsese también en las reglas sobre el principio de oportunidad (en sentido amplio). Ellas pueden producir que el sistema no identifique y sancione a quien efectivamente ha cometido un delito. Todos estos casos constituyen error en el mismo sentido que un veredicto erróneo en el juicio oral (son resultados falsos que el sistema produce), y como tales, su reducción y distribución constituyen también objetivos en el diseño del proceso penal.

---

Pons, 2013), 21–22; En un sentido similar, Stein, *Foundations of Evidence Law*, 1–12. Sin embargo, Stein agrupa los objetivos de la reducción y de la distribución del error, que junto con la minimización de los costos que la determinación de los hechos conlleva, forman parte del objetivo más amplio del descubrimiento de los hechos. Así, Stein divide los fines del proceso en dos grandes grupos: aquellos intrínsecos y aquellos extrínsecos al descubrimiento de los hechos.

<sup>1</sup> La primera hipótesis es conocida como “falso hallazgo inculpatario” (o simplemente falso positivo), y la segunda como “falso hallazgo exculpatario” (o simplemente falso negativo).

Como es ya evidente a estas alturas, todo el análisis se funda en la posibilidad de distinguir entre lo que realmente ha ocurrido en el mundo y lo que el juzgador de los hechos declara que ha ocurrido. Conforme a ello, hemos señalado que los enunciados probatorios tienen fuerza descriptiva (y no constitutiva), y su verdad no es necesaria (dependerá de su correspondencia con la realidad). De ello se sigue la indispensable distinción entre la culpabilidad o inocencia material, y la culpabilidad o inocencia probatoria. Al respecto, entre nosotros, Jonatan Valenzuela ha señalado:

La inocencia en sentido material se encuentra referida al hecho simple de la no realización del delito por parte del imputado.

En cambio, la inocencia en términos probatorios nos dice que respecto de un determinado imputado no se ha producido prueba que iguale o supere el estándar establecido en el proceso para que sea considerado culpable<sup>1</sup>.

Al contrario, el materialmente culpable es (simplemente) quien ha realizado el delito, y el culpable en sentido probatorio, aquél respecto del cual sí se ha producido prueba que iguale o supere el estándar de prueba penal. Y entonces, un fallo (más bien, la proposición sobre los hechos que declara probada) será verdadero o falso independientemente de haber sido pronunciado por el juez que corresponda, e incluso, de ser el resultado racional de las pruebas producidas. En palabras de Laudan, “[...] los veredictos no constituyen los hechos, como tampoco lo hacen las pruebas presentadas en juicio. Lo que hacen los fallos y las pruebas es sancionar de manera oficial, una hipótesis particular sobre los hechos del caso respectivo”<sup>2</sup>. La conclusión inevitable es que los veredictos pueden ser erróneos (y de hecho, lo serán cuando lo declarado no se corresponda con lo genuinamente ocurrido).

## 8.2. Veredictos inválidos

Sin embargo, la falsedad de un veredicto no es el único tipo de error que puede ocurrir. Dado que, como hemos ya señalado, adoptaremos una perspectiva racionalista de la valoración de la prueba, es perfectamente posible que lo declarado por el juzgador de los hechos coincida con lo que genuinamente ha tenido lugar en el mundo, pero que lo haga por

---

<sup>1</sup> Jonatan Valenzuela S., “Inocencia y razonamiento probatorio”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 18 (2013): 21; véase también Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 37.

<sup>2</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 36.

razones incorrectas: los enunciados probatorios no sólo deben describir correctamente los hechos, sino que deben hacerlo fundados en el conjunto de pruebas producidas<sup>1</sup>. Este tipo de error afecta la denominada “validez” del veredicto. Y entonces, un veredicto de culpabilidad será válido si las pruebas admitidas y practicadas en el proceso establecen, superando el estándar de prueba pertinente, que el acusado realizó los hechos constitutivos del delito (i.e. la culpabilidad es la conclusión racional extraída de las pruebas). De lo contrario, el veredicto será inválido. A su vez, una absolución será válida si no se han cumplido las condiciones para el pronunciamiento de una condena válida (i.e. las pruebas no establecen racionalmente la culpabilidad del acusado superando el estándar de prueba relevante). En caso contrario, será inválida<sup>2</sup>.

Bajo esta concepción, la validez es entendida en sentido estrictamente epistémico, que será útil para analizar las instituciones, reglas y prácticas que regulan el proceso penal con el fin de determinar si ellas mismas están produciendo veredictos inválidos. Por lo tanto, no sólo es irrelevante, desde esta perspectiva, la concepción propiamente jurídica de validez (entendida como la correspondencia de las actuaciones y resoluciones del proceso con las formas establecidas por la ley); de hecho, un veredicto puede ser epistémicamente inválido *porque* es jurídicamente válido (y en ese caso, habrá que examinar las reglas que están impidiendo al juzgador de los hechos extraer las conclusiones correctas de las pruebas relevantes).

Uno podría preguntarse por qué no centramos nuestra atención inmediatamente en el primer tipo de error descrito (i.e. los veredictos falsos). Incluso, podríamos decir que, en tanto el veredicto sea verdadero, su invalidez es en realidad irrelevante. Pero, en un sistema cuyas instancias tienden al infinito, exigir que los decisores extraigan racionalmente sus conclusiones del conjunto de pruebas producidas (i.e. exigir veredictos válidos) es la forma de maximizar las probabilidades de obtener decisiones correctas, y por lo tanto, justas. En cambio, hacer irrelevante la racionalidad de la valoración tenderá, a la larga, a producir también una mayor cantidad de veredictos falsos.

En resumidas cuentas, podemos entonces decir que existe una diferencia entre (1) lo realmente ocurrido, (2) lo que racionalmente indican las pruebas, y (3) lo sancionado por el

---

<sup>1</sup> Puede verse una explicación sobre el carácter relacional de los enunciados probatorios en Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, 35–38.

<sup>2</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 38.

órgano competente. La situación ideal será un sistema diseñado para que lo decidido por el juzgador de los hechos sea (y tenga por fundamento) lo que racionalmente indique el conjunto de elementos de prueba, y que este, a su vez, sea representativo de lo verdaderamente ocurrido. El veredicto será entonces falso cuando (3) no se corresponda con (1), e inválido cuando (3) no se corresponda con (2). Ellos constituyen los dos tipos de error epistémico cuya reducción debe ser un objetivo primordial en el diseño del sistema procesal penal.

Ahora bien, que un veredicto sea falso pero válido puede deberse a dos causas: a la naturaleza del razonamiento inductivo (que está sujeto a las limitaciones inherentes al conocimiento empírico), o al diseño particular de las reglas, procedimientos y prácticas que regulan la obtención de la prueba y la conformación del conjunto de elementos probatorios. Puede ser, por ejemplo, que las reglas sobre admisibilidad no estén permitiendo la inclusión de elementos altamente relevantes para la determinación de los hechos, y así, no sea el juzgador propiamente el causante del error, sino dichas reglas. En cambio, cuando el veredicto es falso *porque* es epistémicamente inválido (pero jurídicamente válido), el problema radicará en las reglas, procedimientos y prácticas que regulan la valoración de la prueba. En ambos casos podemos preguntarnos si nuestras reglas y prácticas se encuentran trabajando en la forma en que esperamos que lo hagan<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Uno de los argumentos en contra de la “valoración negativa” de la prueba y de la regla de exclusión probatoria que presentaremos en los capítulos 4 y 5, será precisamente que “son ellas mismas las causantes de muchos veredictos incorrectos”. La expresión es de Laudan. *Ibid.*, 25. La pregunta fundamental será si se encuentran justificadas por la consecución de objetivos extra-epistémicos, y si ellos deben necesariamente prevalecer frente al objetivo de maximizar la probabilidad de decisiones correctas.

## Capítulo II: La valoración racional de la prueba

El capítulo anterior ha tenido por objetivo determinar el marco conceptual en que la valoración racional de la prueba se desenvuelve, y explicitar ciertos supuestos fundamentales sobre los que se construye. Así, hemos señalado que la función estructural del proceso es la aplicación del Derecho, y que, en consecuencia, el objeto de la prueba como institución procesal es –y debe ser- la averiguación de la verdad. No se trata –sólo- de que el conocimiento de la verdad sea algo en sí mismo deseable, sino de que una correcta determinación de las proposiciones fácticas jurídicamente relevantes conforme al estado real de las cosas en el mundo constituye una condición de la corrección (y así, de la justicia) de toda decisión: aquella decisión cuya premisa fáctica es falsa será incorrecta, aun cuando pueda ser jurídicamente válida.

Ahora bien, que el Derecho otorgue validez (y reconozca, así, efectos jurídicos) a decisiones incorrectas, se debe, en primer lugar, a la propia naturaleza de la investigación empírica (que impide alcanzar certezas deductivas). A pesar de dedicar toda nuestra vida a la corroboración de una hipótesis y estar convencidos de su verdad, nada impide que en el futuro sean descubiertas nuevas evidencias que la refuten. De esta forma, si el Derecho ha de ser efectivo, estaremos obligados a aceptar ciertos casos de decisiones válidas pero erróneas. Pero es que además, nuestros procesos judiciales también buscan realizar otros intereses (ajenos a la averiguación de la verdad) que de uno u otro modo afectan la posibilidad de determinar correctamente los hechos. Así, por ejemplo, esperamos que el proceso logre la aplicación del Derecho en un espacio relativamente corto de tiempo, con una limitada cantidad de recursos, y de una forma que otorgue certeza. Es en estas condiciones que debe realizarse la investigación. La consecuencia de ambos factores es que nuestras aspiraciones se encuentran limitadas al desarrollo de métodos que nos permitan maximizar la probabilidad de llegar a conclusiones ciertas (y disminuir, así, el número de casos en que el sistema arroje resultados falsos), dentro de un marco diseñado para la consecución de fines divergentes. A esta aspiración responde el desarrollo de una teoría acerca de la determinación racional de los hechos.

Antes de tratar propiamente la valoración racional de la prueba será necesario primero referirnos al contexto de descubrimiento, y luego identificar tres momentos que

analíticamente pueden distinguirse desde un punto de vista probatorio en los procesos judiciales.

## 1. El contexto de descubrimiento y la formulación de hipótesis

En toda investigación empírica pueden distinguirse dos etapas: la etapa de descubrimiento y la etapa de corroboración<sup>1</sup>. La primera de ellas contempla la formación de las hipótesis explicativas de los datos disponibles, y la segunda, el proceso de corroboración de dichas hipótesis conforme a la experiencia. A riesgo de simplificar excesivamente las cosas, podríamos decir que en el proceso penal la fase de descubrimiento se ajusta naturalmente a la etapa de investigación, mientras que la fase de corroboración lo hace a la etapa del juicio oral. De esta forma, el fin epistémico de la investigación penal será la formulación de las hipótesis a partir de la información inicialmente disponible y de los nuevos datos que se obtengan mediante las denominadas “diligencias de investigación”, las que serán corroboradas durante la actividad probatoria en el juicio oral<sup>2</sup>.

Aunque la prueba propiamente tal tiene lugar en la etapa de corroboración, algo debemos decir respecto de la etapa de descubrimiento, por ser aquella que determinará el objeto de la prueba en el proceso.

Es ya un lugar común señalar que la formulación de las hipótesis no obedece a los razonamientos deductivo o inductivo, sino a la imaginación o creatividad. En palabras de Carl Hempel, “[l]a transición de los datos a la teoría requiere imaginación creativa. Las hipótesis y teorías científicas no se *derivan* de los hechos observados, sino que se *inventan* para dar cuenta de ellos”<sup>3</sup>. Esta actividad se materializa a través del denominado razonamiento abductivo, que es definido precisamente como el proceso por el cual las posibles explicaciones son elaboradas, seleccionando “tentativamente como la más razonable aquella

---

<sup>1</sup> En filosofía de las ciencias Andrés Rivadulla, siguiendo a Reichenbach, se refiere a ellas como “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación”, respectivamente. Véase Andrés Rivadulla, “Estrategias del descubrimiento científico. Abducción y producción”, *Filosofía e História da Ciência no Cone Sul*, 6º encontro, 2010, 120–21. A mi juicio, dicha terminología puede producir confusiones al menos en los procesos judiciales. La razón es que en el Derecho el contexto de justificación se encuentra ligado al otorgamiento de razones intersubjetivamente aceptables, una vez que la hipótesis ha sido corroborada. En cambio, para Rivadulla, el contexto de justificación se encuentra esencialmente constituido por el proceso de contrastación de hipótesis. De ahí que, a mi juicio, resulte más adecuado hablar de “etapa de contrastación o corroboración”.

<sup>2</sup> Esta constituye una imagen simplificada del proceso penal porque, entre otras cosas, durante la investigación criminal la propia realización de diligencias investigativas es una forma de contrastar hipótesis por el órgano encargado de la investigación en aras de seleccionar una de ellas (o elaborar una distinta) como definitiva.

<sup>3</sup> Carl G. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural* (Madrid: Alianza, 1999), 33. Las cursivas son del autor.

hipótesis, de entre las que compiten entre sí, que, a criterio del investigador, mejor compatibilidad muestra con los datos disponibles”<sup>1</sup>.

Para comprender la estructura del razonamiento abductivo será útil mostrar primero las formas silogísticas de la deducción y de la inducción, y trazar una diferencia fundamental entre la investigación nomotética y la investigación ideográfica. El razonamiento deductivo es usualmente caracterizado como aquél aplicable cuando conocemos una regla (que asocia un tipo de casos a cierta propiedad) y un caso subsumible en ella, y así, obtenemos el resultado (i.e. que el caso particular posee dicha propiedad). En cambio, el razonamiento inductivo es descrito como aquél desplegado cuando conocemos una serie de casos y su resultado (i.e. un determinado número de casos que presenta cierta propiedad), y, así, postulamos la regla que los asocia<sup>2</sup>. Las formas silogísticas son las siguientes:

Razonamiento deductivo:	Razonamiento inductivo:
Regla: Todos los X son Y	Casos: A, B y C son X
Caso: Z es un X	Resultados: A, B y C son Y
Resultado: Z es un Y	Regla: Todos los X son Y

Así las cosas, imaginemos un caso en que conocemos una regla por la que la marca Y se encuentra en todas las balas disparadas por el revólver X, y la policía ha encontrado en un cadáver una bala que posee la marca Y<sup>3</sup>. Una inferencia común (y razonable) será que la bala encontrada en el cadáver ha sido disparada con el revólver X. Imaginemos ahora que la policía ha visto a Juan disparar a Pedro utilizando un revólver distinto a X (digamos, A). Podríamos ahora inferir razonablemente que tanto las balas disparadas por el revólver X como las disparadas por el revólver A poseen dicha marca, lo que explicaría el caso en cuestión<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Rivadulla, “Estrategias del descubrimiento científico. Abducción y producción”, 122–23.

<sup>2</sup> Daniel González Lagier, “Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II)”, *Jueces para la democracia*, n° 47 (2003): 36–39; véase también Atocha Aliseda, “La abducción como cambio epistémico: C. S. Peirce y las teorías epistémicas en inteligencia artificial”, *Analogía filosófica: Revista de Filosofía, Investigación y Difusión* 12, n° 1 (1998): 2–4.

<sup>3</sup> El ejemplo es de González Solano, quien lo utiliza para explicar la inducción por analogía y la elaboración de reglas. Yo lo utilizaré para explicar la elaboración de hipótesis referidas a casos concretos. Véase Gustavo González Solano, “La abducción en el campo jurídico”, *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, n° 9 (2005): 230–32.

<sup>4</sup> En este caso el contexto es de gran ayuda para seleccionar la hipótesis. En otros casos la complejidad será mayor. Supongamos que hemos visto que Juan disparó a Pedro la bala con la marca Y con un arma de fabricación artesanal X. En tal situación podemos imaginar tres reglas: (1) que todas las balas disparadas por X tienen la marca Y (lo que no elimina la posibilidad de que otras armas produzcan la misma marca); (2) que todas

¿Tienen algo en común ambos ejemplos? Lo primero que debemos decir es que ni la forma del razonamiento deductivo ni la forma del razonamiento inductivo parecen adecuadas para dar cuenta de los tipos de inferencias realizadas en ellos. En el primer ejemplo conocemos la regla y el resultado, y lo que queremos descubrir es si el resultado producido es consecuencia de que el caso es uno de aquellos que la regla explica (ni la deducción ni la inducción sirven para ello). En el segundo ejemplo conocemos el caso y el resultado, pero desconocemos la regla misma que los explica.

Antes de continuar, detengámonos en lo que suele identificarse como el componente intuitivo de la abducción. Para ello, será útil recurrir a las categorías peirceanas de “duda” y “creencia” como estados mentales opuestos del pensamiento. Según Peirce, el pensamiento es un proceso dinámico que oscila entre la creencia y la duda. Mientras la primera de ellas es un estado mental en que cierto hábito establecido determinará nuestras acciones, la segunda es el estado de ausencia de dicho hábito. Ambos constituyen dos puntos asimétricos entre los que fluctúa el proceso cognitivo: la creencia es un estado pacífico y satisfactorio que no deseamos cambiar ni abandonar, y la duda es un estado insatisfactorio del cual luchamos por liberarnos (y que nos induce a la investigación)<sup>1</sup>. Es entonces la existencia de esta última la que nos impulsa a formular explicaciones que nos permitan abrazar una creencia, constituyendo el motor del razonamiento inquisitivo. Pero la duda no es un estado generado voluntariamente: es necesario que exista un hecho sorprendente (i.e. una "experiencia contraria a las expectativas") que quiebre el hábito<sup>2</sup>. Como consecuencia de este esquema, Peirce construyó una fórmula no silogística de la abducción que pusiese de relieve la importancia de la sorpresa:

(1) El hecho sorprendente, C, es observado; (2) Pero si A fuera verdadera, por supuesto se daría C; (3) Luego hay razón para sospechar que A es verdadera<sup>3</sup>.

---

las balas que tienen la marca Y han sido disparadas con el arma X (lo que no elimina la posibilidad de que balas disparadas con la misma arma tengan otra marca); o (3) que todas las balas disparadas por X, y sólo ellas, tengan la marca Y. Una de ellas deberá ser seleccionada para ser sometida a prueba.

<sup>1</sup> Charles Sanders Peirce, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1934), 229–31.

<sup>2</sup> Aliseda, “La abducción como cambio epistémico”, 4–5. Tampoco el estado de creencia es voluntario. Es interesante notar que, así, los estados psicológicos cumplen una función epistémica incluso dentro de una concepción racionalista de la prueba. Pero a diferencia de la concepción subjetivista, dicha función se encuentra limitada a (una parte de) la etapa de descubrimiento y no resulta aplicable a la corroboración (i.e. detonarán la investigación, pero no podrán jamás justificar sus resultados).

<sup>3</sup> Peirce, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, 117.

Esta explicación es útil para la investigación nomotética, en que el objetivo es la formulación de reglas o leyes generales<sup>1</sup>. En ella, un hecho es sorprendente porque no puede ser explicado por ninguna de las teorías vigentes y, así, exige la formulación de nuevas hipótesis que puedan dar cuenta de él. Pensemos en nuestro segundo ejemplo. En él, el hecho sorprendente, C, está constituido por el hallazgo de una bala que tiene la marca Y, que sabemos ha sido disparada por el revólver A. Esto no puede ser explicado por nuestra regla original (que la marca Y se encuentra en todas las balas disparadas por el revólver X), y de ahí, su carácter de sorprendente. Pero si la hipótesis “tanto las balas disparadas por el revólver X como las disparadas por el revólver A poseen dicha marca” fuera verdadera, C no sería en realidad sorprendente. Por tanto, habría razón para sospechar que dicha hipótesis es verdadera.

Pero en la investigación ideográfica el razonamiento abductivo no puede ser entendido exactamente en dichos términos. En ella, lo buscado es determinar si el caso particular es uno de aquellos que la regla contempla. Esta diferencia permite dividir la abducción en dos tipos: la abducción de la regla y la abducción del caso<sup>2</sup>. Lo que ellas tienen en común es que (a diferencia de la inducción) ellas son en realidad una forma de reconstrucción de las premisas de un razonamiento propiamente deductivo. En los ejemplos mostrados buscamos reconstruir un razonamiento como el siguiente:

- (1) Todas las balas disparadas por el revólver X tienen la marca Y.
- (2) La bala encontrada en el cadáver fue disparada por el revólver X
- (3) La bala encontrada en el cadáver tiene la marca Y

Y, como hemos indicado, la diferencia es aquello que desconocemos: En la investigación nomotética será la premisa mayor; en la investigación ideográfica, la premisa menor (o ambas premisas<sup>3</sup>). En consecuencia, podemos plantear las formas silogísticas de la abducción:

---

<sup>1</sup> Para la diferencia entre ciencias ideográficas y ciencias nomotéticas puede verse Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 34. Las primeras son aquellas que buscan el “conocimiento de sucesos únicos e irrepetibles”, y las segundas, aquellas que buscan la “determinación de leyes generales referidas a eventos repetibles indefinidamente”. En el derecho la investigación es fundamentalmente ideográfica, pero, por supuesto, existen excepciones (las más comunes son aquellas referidas a la prueba de los “supuestos auxiliares” o meta-pruebas, en los que el objeto de la investigación será precisamente la ley científica o regla de la experiencia).

<sup>2</sup> González Solano, “La abducción en el campo jurídico”, 234.

<sup>3</sup> En la investigación ideográfica podemos encontrarnos en la necesidad de formular reglas generales al mismo tiempo que postulamos al caso como uno de aquellos que la regla formulada contempla. En tal caso, la formula

Abducción del caso	Abducción de la regla:
Regla: Todos los X son Y	Caso: Z es un X
Resultado: Z es un Y	Resultado: Z es un Y
Caso: Z es un X	Regla: Todos los X son Y

Dichas formas ponen de relieve que la abducción, al igual que la inducción, es un razonamiento ampliativo, por lo que la verdad de las premisas no implica la verdad de las conclusiones<sup>1</sup>. De hecho, es común identificar al razonamiento abductivo como una de dos formas de falacias lógicas: la falacia de la generalización apresurada (si la abducción es de la regla)<sup>2</sup> o la falacia de la afirmación del consecuente (si la abducción es del caso)<sup>3</sup>. Pero la utilidad de la abducción, como hemos dicho al inicio de esta sección, no radica en mostrar la verdad de las conclusiones, sino en erigirla como una explicación posible del resultado conocido que posteriormente deberá ser contrastada con la experiencia.

En el proceso penal la investigación es fundamentalmente ideográfica. Así, la sorpresa (que genera el estado de duda e impulsa la investigación) no podrá ser entendida en los mismos términos que en la formulación de hipótesis sobre reglas generales<sup>4</sup>. En cambio, el impulso investigativo vendrá dado por la aparente infracción de la norma penal que rompe el hábito constituido por la creencia de que el derecho es cumplido<sup>5</sup>. Esto,

---

peirceana toma nuevamente fuerza. Este es parte del problema de la división entre ciencias nomotéticas y ciencias ideográficas.

<sup>1</sup> Otra cosa es que en la deducción reconstruida la conclusión deba estar contenida en las premisas si ha de ser válida. La deducción, por su propia estructura, es el único de los razonamientos en que siendo verdaderas las premisas lo es necesariamente la conclusión. Por esa razón la abducción suele ser tratada como un tipo de inducción (o inducción en sentido amplio) y sufre del mismo problema de justificación.

<sup>2</sup> En palabras de González Solano, «lógicamente no se puede crear un conjunto de individuos solamente del conocimiento de los atributos de uno solo de sus miembros». Véase G. GONZÁLEZ SOLANO, "La abducción en el campo jurídico", cit., p. 235. En términos generales, la abducción de la regla es una falacia lógica porque se acepta una proposición respaldada por prueba insuficiente. Esto no es problemático porque dicha proposición se acepta sólo para ser sometida a corroboración (i.e. para obtener otras pruebas que la corroboren o la refuten).

<sup>3</sup> González Lagier, "Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II)", 38. Que X implique Y no quiere decir que Y sólo sea implicada por X. De ahí que siendo Z un Y, puede no ser un X. Un ejemplo es el del pavimento mojado. Si existe una regla por la cual siempre que llueve el pasto queda mojado, y el pasto está ahora mojado, todavía la conclusión "ha llovido" puede ser falsa (puede ser, por ejemplo, que el pasto se haya mojado por haber funcionado los aspersores).

<sup>4</sup> Así como en el diagnóstico clínico (en que la investigación también es fundamentalmente ideográfica) la sorpresa tampoco viene dada por un hecho que no puede ser explicado por la regla general. Es más, el impulso investigativo viene dado por el cumplimiento de la regla (presencia de síntomas de alguna enfermedad).

<sup>5</sup> Es interesante notar que esto es lo que parece estar en cuestión en el Chile actual. En las sociedades libres el diseño del sistema penal sobre la base de la inocencia parece tener una importante consecuencia cultural: la prevalencia de la creencia de que ningún delito ha sido cometido. Ello tiene dos manifestaciones epistémicas: por un lado sólo tendrá sentido iniciar una investigación penal cuando exista un hecho sorprendente que rompa el hábito, y por otro, la hipótesis nula o por defecto será que el derecho ha sido observado (dimensión de la

habitualmente ocurrirá con la denuncia. De esta forma, la actividad investigativa tendrá por objetivo la formulación de una explicación sobre si –y cómo- el derecho penal ha sido infringido, siendo limitada por su propio objeto: dado que al Derecho Penal sólo le importan los hechos constitutivos de delitos, la creación de las hipótesis estará condicionada por la realización del tipo penal<sup>1</sup>.

## 2. Los distintos momentos de la actividad probatoria en el Derecho

Podemos ahora comenzar a tratar la actividad propiamente probatoria en el proceso penal. Para ello, será útil identificar tres momentos que analíticamente pueden distinguirse<sup>2</sup>.

### a) La conformación del conjunto de pruebas.

Un primer momento está constituido por la proposición, admisión y práctica de las pruebas, que luego deberán ser consideradas y valoradas para la adopción de la decisión. Aunque podría decirse que en otros tipos de investigación empírica también existe esta etapa, son dos las diferencias relevantes en el Derecho. En primer lugar, los procesos judiciales contemplan ciertas reglas de exclusión que producen que el conjunto de pruebas que deberá considerarse no esté conformado por todas las pruebas relevantes disponibles sino sólo por aquellas aportadas y admitidas al proceso. Y en segundo lugar, dicho conjunto se conforma de manera más o menos definitiva, cerrándose, en general, a la inclusión de nueva información una vez transcurrida la etapa correspondiente.

### b) La valoración de la prueba:

El segundo momento se encuentra constituido por la determinación realizada por el juzgador del grado de apoyo o refutación que cada elemento de prueba le otorga a las

---

presunción de inocencia). En la cultura de nuestro país la relación parece ser la inversa: prevalece la creencia de que el Derecho ha sido infringido, siendo su cumplimiento el hecho sorprendente. Esto explicaría el desprecio por la investigación (como ocurre con el recurso a la violencia en las “detenciones ciudadanas” y con la preferencia por una justicia inmediata latente el discurso de la “puerta giratoria”); después de todo, si no existe hecho sorprendente no habría nada que investigar (y debería pasarse inmediatamente al castigo).

<sup>1</sup> Ferrer enumera ciertas condiciones que deberán reunir las hipótesis elaboradas en los procesos judiciales: (1) ser lógicamente consistentes, (2) fundarse en la experiencia (ya que explicarán observaciones iniciales), (3) ser empíricamente contrastables en forma inmediata (no potencial), y (4) referirse a hechos jurídicamente relevantes. Sólo las últimas dos están dadas por el objeto del proceso. Véase Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 130.

<sup>2</sup> La distinción es de Jordi Ferrer. Véase *ibid.*, 41–49.

proposiciones fácticas relevantes, en forma individual y en conjunto, con el objeto de establecer su grado último de corroboración. Las pruebas que deberán ser valoradas son todas aquellas que han sido admitidas al proceso y que conforman, así, el conjunto de elementos de juicio.

c) La adopción de la decisión:

El último momento que puede distinguirse en la actividad probatoria es aquél en el que el juzgador de los hechos determina si el conjunto de elementos de pruebas valoradas individual y conjuntamente satisface el estándar de prueba aplicable, y, en consecuencia, declara si las proposiciones fácticas se encuentran probadas o no probadas. Dado que en la investigación empírica no es posible la consecución de certezas deductivas, siempre será necesario decidir sobre la suficiencia de la prueba.

3. La conformación del conjunto de elementos de prueba

Comencemos por la conformación del conjunto de elementos de juicio. Como hemos señalado en el primer capítulo, una de las características específicas de la actividad probatoria en el Derecho es que la decisión adoptada es contextual, es decir, relativa a un conjunto de pruebas determinado. Si esto es así, es evidente la necesidad de tratar el modo en que dicho conjunto es elaborado. Y sin embargo, el sentido de esta afirmación debe ser precisado.

En principio, que una hipótesis sea sometida a prueba limitada es una característica inherente al razonamiento probatorio y no propia del Derecho. La posibilidad misma de obtener resultados de una investigación empírica supone la consideración de un conjunto finito de evidencias, y siempre será posible imaginar la existencia de pruebas que no fueron consideradas (por no tener conocimiento de ellas, o porque, al momento del examen, ellas nada decían respecto de la hipótesis examinada). Es de hecho esta propiedad la que permite hablar, en terminología peirceana, de “hechos sorprendentes” (en el sentido de un hecho que no puede ser explicado por la teoría aceptada y que exige, así, su modificación). Explicitar esta limitación supone que la intención del investigador será siempre utilizar la mayor cantidad de pruebas posibles, asunción que descansa en el propio objetivo de la investigación (i.e. determinar si una hipótesis o proposición sobre hechos es verdadera).

En consecuencia, si es un hecho que toda investigación sólo podrá considerar un conjunto finito de evidencias, la pregunta será ahora cómo dicho conjunto deberá componerse si lo que nos interesa es maximizar la probabilidad de obtener resultados verdaderos. He aquí la importancia del denominado “principio de inclusión”: Si aceptamos que aquella hipótesis sometida a la mayor cantidad de controles posible sin ser refutada tiene una mayor probabilidad de ser verdadera que aquella que no lo fue, y si al mismo tiempo, aceptamos que es necesario obtener resultados de la investigación (i.e. es necesaria la propia adopción de decisiones), no podemos más que concluir que toda la evidencia disponible relevante, y sólo ella, deberá ser considerada. Este es el principio que debe regir la conformación del conjunto de evidencias en toda investigación empírica, y también así, en los procesos judiciales (al menos en aquellos en que es adoptado un sistema de libre valoración de la prueba).

Pero, entonces, decir que en el Derecho la decisión será adoptada considerando sólo un “conjunto determinado de pruebas” debe significar algo distinto (porque esto se afirma como una característica particular del Derecho). El sentido de dicha afirmación se encuentra en que en los procesos judiciales existen reglas que demandan la exclusión de prueba fundadas en cuestiones extrínsecas a la propia necesidad de adoptar decisiones, por lo que la determinación de los hechos no se realizará considerando toda la prueba relevante disponible, sino sólo aquella aportada y admitida. Trataremos la principal de estas reglas en el proceso penal chileno en el último capítulo de esta memoria, pero para ello será necesario abordar antes el principio de inclusión.

### 3.1. El principio de inclusión

En términos generales, el principio de inclusión (también denominado principio general de admisión) requiere que para la prueba de una proposición fáctica sea considerada toda la evidencia relevante disponible. Entendido de esta forma, dicho principio constituye una manifestación -en el Derecho- del requisito epistemológico de la evidencia total, por el cual “el crédito que es racional dar a un enunciado en un momento dado debe ser determinado

por el grado de confirmación, o la probabilidad lógica, que el enunciado tiene sobre la *evidencia total disponible* en ese momento”<sup>1</sup>.

La razón que se ha esgrimido desde los comienzos de la tradición racionalista para justificar el principio de inclusión consiste en que mientras más información se considere en la prueba de ciertos hechos mayor será la probabilidad de acierto en la decisión (i.e. menor será el riesgo de error). Si esta idea es correcta, entonces la inclusión de toda la prueba relevante disponible debe regir como una regla general para la conformación de cualquier conjunto de elementos de juicio<sup>2</sup>.

Siendo este su sentido, podemos ahora descomponer el principio en dos dimensiones. En primer lugar, constituye una máxima que orienta el diseño de los procesos judiciales exigiendo la adopción de reglas que permitan la consideración del mayor número posible de pruebas. En consecuencia, la implementación de una determinada regla de exclusión sólo será adecuada cuando la exigencia por la corrección de las decisiones judiciales haya sido derrotada por el interés en la realización de un fin distinto<sup>3</sup>. En segundo lugar, el principio de inclusión constituye una directriz para el juez que lo exhorta a admitir una determinada prueba cuando no existe regla de exclusión alguna a su respecto<sup>4</sup>. De esta forma, enfrentado a la cuestión de si cierta evidencia debe o no ser considerada, y ante la falta de una norma que demande su exclusión (o de antecedentes que configuren su supuesto), la decisión por defecto deberá ser la admisión de la prueba propuesta.

---

<sup>1</sup> Carl G. Hempel, “Inductive Inconsistencies”, en *Kazemier, B. H. and D. Vuysje. Logic and Language: Studies Dedicated to Professor Rudolf Carnap on the Occasion of His Seventieth Birthday* (Dordrecht: Springer, 2013), 140; Las cursivas son mías. El principio de la evidencia total fue primeramente planteado por Rudolf Carnap como un requisito metodológico. Véase Rudolf Carnap, *Logical Foundations of Probability* (Chicago: University of Chicago Press, 1962), 211; Susan Haack se refiere a este requerimiento como “comprehensividad”. Véase Susan Haack, *Evidence and inquiry: towards reconstruction in epistemology* (Oxford: Blackwell, 1993), 87.

<sup>2</sup> Ya Bentham señalaba elocuentemente: “[...] la doctrina probatoria, en lo que concierne a la pregunta sobre admisión y exclusión, será comprendida en un compás muy estrecho: en una regla general, con una excepción que la limita. La regla será, -Dejar a la luz de la evidencia. La excepción será, -Excepto cuando dejar a esa luz esté acompañado de una preponderante inconveniencia colateral en forma de vejación, gastos y retrasos”. La razón de dicha afirmación la entrega el mismo Bentham: “El fin al que lleva [dejar a la luz de la evidencia] es el fin directo de la justicia, la rectitud de la decisión. La consecuencia de la exclusión es, en último término, la injusticia en relación a ese fin [...]”. Véase Jeremy Bentham, “Rationale of Judicial Evidence”, en *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 7 (Edinburgh: Published under the Superintendence of His Executor, John Bowring, 1838), 336; En términos similares Thayer: “Los dos principios rectores [de la prueba en el Derecho] deben ser conciliados: (1) que nada que no sea lógicamente probativo de un asunto que requiere ser probado debe ser recibido; y (2) que todo lo que es probativo de esa forma debe ser incluido, a menos que un claro fundamento de política del Derecho lo excluya” James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1898), 530. Ambas traducciones son mías.

<sup>3</sup> Como veremos más adelante, aun en dichos casos puede cuestionarse la existencia de una regla de exclusión, si entendemos que el fin puede ser realizado por otros medios incluso más idóneos.

<sup>4</sup> Pareciera ser este último el sentido del artículo 295 del Código Procesal Penal chileno, al consagrar la libertad de prueba: “todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”.

La conclusión de todas estas consideraciones es que, desde una perspectiva epistemológica, la noción fundamental para la conformación del conjunto probatorio es la de relevancia: toda prueba relevante disponible debería ser considerada en la decisión sobre los hechos<sup>1</sup>.

### 3.1.1. La relevancia.

Pero, ¿Qué significa que una prueba sea relevante? Esta no es una cuestión pacífica en la doctrina. De hecho, ciertos autores consideran que debe distinguirse la relevancia jurídica de la relevancia lógica:

[E]l concepto general de relevancia de la prueba se articula en dos conceptos más específicos, ambos incluidos en aquél pero distintos entre sí: es, en efecto, relevante por definición la prueba que versa sobre un hecho jurídico [...]; también es relevante la prueba que versa sobre un hecho secundario, por tanto no jurídico, del que puedan derivarse lógicamente consecuencias probatorias respecto del hecho principal [...]. En el primer supuesto, típico de la prueba directa, el criterio de relevancia de la prueba coincide con el de la relevancia jurídica del hecho a probar; en el segundo supuesto, típico de la prueba indirecta, la relevancia de la prueba se establece según un criterio lógico que hace referencia a la posibilidad de formular inferencias probatorias desde el hecho secundario sobre el que versa la prueba hasta el hecho jurídico que necesita ser probado<sup>2</sup>.

Pero aunque esta distinción puede servir para distinguir la prueba directa de la prueba indirecta (como explícitamente lo indica el texto citado), no permite fundar dos clases distintas de relevancia probatoria. La razón no se encuentra en que (como se dijo en el primer capítulo) todo enunciado lógicamente relevante formulado en el proceso es, en realidad, jurídicamente relevante (y así la prueba indirecta sería también prueba sobre “hechos jurídicos”), sino en que la relevancia de cualquier prueba (incluso la directa; i.e. que recae sobre el “hecho jurídico o principal”) respecto de la proposición que necesita ser probada consiste en la “posibilidad de formular inferencias probatorias” desde la información

---

<sup>1</sup> Es tal la importancia de esta noción que ciertos autores se refieren al principio de inclusión simplemente como principio de relevancia. Véase Taruffo, *Simplemente la verdad*, 163.

<sup>2</sup> Michele Taruffo, *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2002), 364–65.

que la prueba otorga hasta la proposición en examen<sup>1</sup>. En consecuencia, es necesario disponer de una noción única de relevancia que funcione como criterio epistémico para la selección de la información en los procesos judiciales.

Una primera posibilidad consiste en articular el concepto de la manera en que lo hace la doctrina anglo-americana, es decir, poniendo énfasis en la relación de probabilidad que existe entre el medio de prueba y la proposición a probar. Así, “[...] un elemento de juicio es relevante para la evaluación de cierta hipótesis sólo en caso de que, siendo creíble, haga que la hipótesis en cuestión sea más o menos probable de lo que era con anterioridad”<sup>2</sup>. La explicación de que la relevancia sea definida en estos términos probablemente se encuentra en la regla 401 de las *Federal Rules of Evidence*, que regula (a nivel federal en Estados Unidos) la admisión de la prueba en los procesos judiciales. Según dicha regla la evidencia es relevante si: (a) tiende de cualquier forma a hacer a un hecho más o menos probable de lo que sería sin dicha evidencia; y (b) el hecho es de importancia para determinar la acción<sup>3</sup>. De esta forma no importaría el tipo de conexión existente entre el elemento de prueba y la proposición, sino sólo que la hiciese más -o menos- probable (sin ningún concepto específico de probabilidad implicado). La consecuencia de este sentido es que toda prueba que alterase de cualquier manera la probabilidad de alguna de las proposiciones investigadas debería ser admitida al proceso.

Pero esta no es la única manera de concebir la idea de la relevancia. Ciertos autores sostienen que ella implicaría un determinado tipo de conexión lógica entre el elemento de prueba aportado y la proposición sobre los hechos que se pretende probar<sup>4</sup>. Para Michele Taruffo, por ejemplo, “<<medios de prueba relevantes>> son todos aquellos que puedan ofrecer una base cognitiva para establecer la verdad de un hecho en litigio, es decir, una

---

<sup>1</sup> De ahí que usualmente se indique que no existe una diferencia cualitativa entre las pruebas directas y las pruebas indirectas. La diferencia, en realidad, se encuentra en el número de pasos inferenciales necesarios para arribar de la prueba en cuestión a la proposición principal.

<sup>2</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 44.

<sup>3</sup> La regla 401 señala: “Rule 401. Test for Relevant Evidence. Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action”. Las *Federal Rules of Evidence* pueden consultarse en: <http://www.federalevidence.com/downloads/rules.of.evidence.pdf>. La traducción del texto es mía. Respecto del segundo requisito (el hecho es de importancia para determinar la acción), éste se cumple si el hecho respecto del cual se evalúa la relevancia de la prueba es de importancia para la controversia o para la fiabilidad de otras pruebas.

<sup>4</sup> William Twining ha sido explícito en este sentido al señalar que “una proposición probatoria (*factum probans*) es relevante para una proposición principal (hecho material o *factum probandum*) si tiende a apoyarla o negarla, a juzgar por los principios aplicables de la lógica”. William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2nd. ed. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006), 193.

información sobre tal hecho que sea <<superior a cero>><sup>1</sup>. Pero que un medio ofrezca una “base cognitiva para establecer la verdad de un hecho en litigio” descarta (por la naturaleza del hecho investigado) la utilización de ciertos tipos de probabilidad (e.g. aquella presente ante eventos azarosos). La relevancia, así entendida, consiste en cierta propiedad que poseería un determinado elemento de prueba, que permite fundar alguna conclusión sobre la verdad o falsedad - ya sea en forma directa o indirecta- de una hipótesis relativa a hechos únicos e irrepetibles<sup>2</sup>.

Esta relación lógica puede ser redefinida en una forma más adecuada al método de la inducción por eliminación que será útil al tratar la valoración de la prueba. Así, diremos que una prueba es relevante respecto de una hipótesis determinada si, practicada, confirmaría o negaría una predicción que puede inferirse de dicha hipótesis, u otorgaría apoyo o refutación a los supuestos auxiliares sobre los que la predicción descansa<sup>3</sup>.

### 3.2. La objeción al principio de inclusión

Pero la aceptación del principio de inclusión no ha sido pacífica por toda la doctrina. Entendido en la forma tradicional, hemos dicho que la justificación del principio se encuentra en la idea de que en la prueba de una proposición sobre hechos la consideración de la mayor cantidad de información relevante disponible aumentará la probabilidad de acierto en la decisión. En consecuencia, al momento de diseñar y evaluar los procesos judiciales la observancia absoluta del principio implicaría la supresión de toda regla que demandase la exclusión de pruebas relevantes<sup>4</sup>. Ante esta idea, Alex Stein ha formulado una importante objeción:

---

<sup>1</sup> Taruffo, *La prueba*, 38.

<sup>2</sup> Véase Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 71. Esta noción, a diferencia de la sostenida por la doctrina anglosajona, implica necesariamente la posibilidad de establecer hipotéticamente una relación lógico-inductiva entre el medio de prueba y la proposición a probar.

<sup>3</sup> En palabras de Hempel, “un dato que hayamos encontrado es relevante con respecto a H si el que se dé o no se dé se puede inferir de H”. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, 29. Así, Hempel sólo contempla la primera parte de nuestra definición. Esto no es extraño puesto que en el campo de las ciencias naturales la prueba o refutación de los supuestos auxiliares parece determinar un cambio en el objeto de investigación (la hipótesis sometida a examen será ahora el propio supuesto auxiliar o ley general que permitía formular una predicción desde la hipótesis primitiva). Esto quiere decir que la relevancia de las pruebas referidas a los supuestos auxiliares será probablemente discutida en una instancia y con un propósito distinto. No ocurre lo mismo en los procesos judiciales, en los que la relevancia de toda la prueba (se refiera a la hipótesis jurídicamente relevante o a los supuestos auxiliares sobre los que descansa una predicción) se discute en una misma instancia. De ahí el énfasis también en la relevancia de la prueba referida a dichos supuestos.

<sup>4</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 81.

Mientras la información de que disponga el decisor sobre los hechos siga siendo incompleta, la adquisición de información adicional con credenciales inciertas puede no mejorar su posición epistémica. La llegada de nueva información podría sólo sustituir el riesgo de error existente hasta el momento por un nuevo riesgo de error, vinculado a la credibilidad de la nueva información. Más aún, no hay garantía de que el nuevo riesgo de error sea menor que el anterior.

[M]i tesis simplemente refuta la intuitiva (pero falaz) idea de que el aumento de información *necesariamente* produce mayor exactitud en la determinación de los hechos<sup>1</sup>.

Esta objeción cuestiona la propia *raison d'être* del principio de inclusión. Después de todo, si la consideración de mayor información no hace más probable que la decisión sea correcta, no habrá razón alguna para admitir todas las pruebas relevantes de que se disponga (y en cambio, sí habrá razones para excluirlas).

Jordi Ferrer ha respondido a esta crítica indicando que no debe confundirse la probabilidad de la hipótesis a probar con la probabilidad de acierto en la decisión<sup>2</sup>. Para ello, ha utilizado la distinción conceptual (introducida por John Maynard Keynes en *A Treatise on probability*) entre peso y probabilidad:

A medida que aumenta la evidencia relevante a nuestra disposición, la magnitud de la probabilidad del argumento disminuirá o aumentará, según si la nueva información refuerza la prueba desfavorable o la favorable; pero, en cualquiera de los dos casos, algo parece haber aumentado -tenemos una base más sustancial en la cual apoyar nuestra conclusión-. Yo expreso esto diciendo que la incorporación de nueva evidencia incrementa el peso de un argumento. La evidencia nueva a veces disminuirá la probabilidad de un argumento, pero siempre aumentará su "peso"<sup>3</sup>.

Fundado en dicha distinción, Ferrer precisa que la incorporación de nueva evidencia relevante, al aumentar el peso de la prueba, incrementaría la probabilidad de que la decisión

---

<sup>1</sup> Stein, *Foundations of Evidence Law*, 123. La cursiva es del autor.

<sup>2</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 68 n. 14.

<sup>3</sup> John Maynard Keynes, *A Treatise on Probability* (Mineola, NY: Courier Corporation, 2013), 71. La traducción es mía.

fuese correcta (independientemente de la probabilidad particular de la hipótesis en examen). Esto, evidentemente, supone apreciar la existencia de dos tipos de probabilidades: 1) la probabilidad de que un hecho que se enuncia haya efectivamente tenido lugar en el mundo; y 2) la probabilidad de que el juzgador declare dicho hecho como probado cuando efectivamente haya tenido lugar en el mundo, y como no probado cuando no lo haya tenido (i.e. la probabilidad de acierto en la decisión). La consideración de la mayor cantidad posible de información relevante aumentaría esta última probabilidad.

A mi juicio, esta respuesta es insatisfactoria. Y lo es, porque es dudoso que la crítica de Stein deba entenderse en relación a la probabilidad de la hipótesis a probar, de modo tal que pareciera decirnos algo obvio: que la hipótesis puede ser refutada (y no corroborada) por la nueva información. En cambio, la objeción parece estar dirigida al hecho mismo de extraer conclusiones respecto de la probabilidad de corrección de una decisión fundadas en el peso de la prueba que la apoya. Así, lo que realmente se sostendría es que, en ciertos casos, la probabilidad de adoptar una decisión verdadera será menor con la inclusión de la nueva información que sin ella.

Antes de continuar será necesario detenernos en la expresión utilizada por Stein. La referencia a la “exactitud en la determinación de los hechos” puede ser entendida de dos formas<sup>1</sup>. En primer lugar, puede querer decir que la nueva evidencia permitirá conocer la presencia o ausencia de una propiedad anteriormente desconocida (y entonces, considerando esa nueva evidencia, tendremos una “determinación más exacta del hecho”)<sup>2</sup>. Si este es el sentido en que Stein utiliza la expresión, todo lo que su objeción quiere decir es que la nueva información no siempre permitirá conocer una nueva propiedad del hecho, y en consecuencia, su inclusión no necesariamente aumentará la exactitud. A ello Ferrer responde acertadamente: es cierto que la consideración del mayor número de pruebas disponibles no asegura una “determinación más exacta de los hechos”, pero no es esto lo que se necesita para justificar el principio de inclusión. Lo que es necesario para ello, es sólo que la consideración de todas las pruebas relevantes disponibles haga más probable la

---

<sup>1</sup> En inglés *accuracy in fact-finding*.

<sup>2</sup> Tendremos una determinación más exacta del hecho en este sentido, por ejemplo, cuando un primer testigo relata que un sujeto A ha atropellado a un sujeto B conduciendo un automóvil marca Toyota, y luego, un segundo testigo especifica el modelo y el color de dicho automóvil.

corrección de la decisión<sup>1</sup>. Y, sin embargo, esta primera forma de entender la objeción es superflua.

Existe, no obstante, un segundo sentido en que ella puede ser entendida. En este, que aumente la “exactitud en la determinación de los hechos” quiere decir precisamente que disminuye la probabilidad de errar al decidir. No se trata ya de un aumento en la precisión con que los hechos son descritos, sino de un aumento en la probabilidad de seleccionar correctamente la hipótesis de entre aquellas en competencia. Y aquí, entonces, puede verse la objeción de Stein en todo su esplendor: ella nos dice que, en los hechos, la incorporación de nueva evidencia o información relevante puede no incrementar la probabilidad de acierto<sup>2</sup>.

Al formular su objeción Stein explícitamente se refiere a aquella “información adicional con credenciales inciertas”. Piénsese en cualquier prueba relevante con poca fiabilidad. Por ejemplo, la declaración en un proceso penal de un testigo de oídas con una reconocida enemistad con el imputado, o la declaración de un “experto en pseudociencia”. En ambos casos, aunque la información pueda ser relevante, su consideración tendrá un efecto negativo en la probabilidad de acierto en la decisión. Sin embargo, tal como sostiene Ferrer, de esta idea no se desprende necesariamente la exigencia de excluir la nueva evidencia. De hecho, es posible extraer precisamente la conclusión contraria: que es necesario incluir aún mayor información para una adecuada determinación del grado de fiabilidad de las pruebas (así, ante la presencia de cierta información “con credenciales inciertas”, lo que correspondería sería un nuevo aumento de la información para examinar el grado de credibilidad de aquella)<sup>3</sup>.

En efecto, resulta profundamente esclarecedora la manera en que Stein formula su objeción: él condiciona la posibilidad de que la nueva evidencia no incremente la “exactitud” a la falta de información completa. Y entonces, *a contrario sensu*, si es posible considerar

---

<sup>1</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 84.

<sup>2</sup> Lo que Stein no señala expresamente, pero que constituye la idea sobre la que descansa su argumento epistémico contra el “movimiento abolicionista”, es que -para él- la nueva evidencia podría incluso disminuir la probabilidad de acierto (i.e. no sólo podría ser inútil, sino incluso contraproducente). Es curioso que Stein no realice directamente esta afirmación y utilice expresiones como “podría no mejorar su situación epistémica”, “no hay garantía de que el nuevo riesgo de error sea menor que el anterior”, o “no necesariamente produce mayor exactitud en la determinación de los hechos”. Si eso fuese todo lo que la nueva información pudiese provocar, entonces no habría un argumento fuerte para excluirla: si el peor escenario es que la inclusión de la nueva evidencia no mejore la situación epistémica del decisor, entonces el costo epistémico de considerarla de todas formas es casi nulo. Si, en cambio, la nueva información puede hacer incluso menos probable la corrección de la decisión, existirá, -ahora sí- una fuerte razón epistémica para su exclusión.

<sup>3</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, n. 45.

nueva información para determinar el grado de credibilidad de aquella prueba que en principio tenía “credenciales inciertas”, la inclusión de toda la información relevante sí incrementará la probabilidad de adoptar una decisión correcta. Esto debilita sustancialmente la crítica de Stein.

La conclusión de todas estas consideraciones es que el principio de inclusión debe regir con fuerza la conformación del conjunto de elementos probatorios (a pesar de las críticas a las que ha sido sometido), si lo que nos interesa es la adopción de decisiones verdaderas. Ciertamente siempre existirá el riesgo de la baja credibilidad de la información, riesgo que sólo puede ser adecuadamente conducido con la consideración de aún mayor evidencia. Tal vez la idea puede dilucidarse mejor si a las dos probabilidades en juego señaladas (i.e. la probabilidad de la hipótesis en examen y la probabilidad de acierto en la decisión) agregamos una tercera: la probabilidad de que cierta evidencia haga más probable la corrección de la decisión<sup>1</sup>. Así, diremos que siempre será más probable que la consideración de nueva evidencia relevante haga más probable la adopción de una decisión verdadera, e incluso, en aquellos casos en que así no sea (i.e. en aquellos casos en que la consideración de la nueva evidencia no haga más probable el acierto), el riesgo será probablemente neutralizado con la consideración de aún mayor información.

### 3.2.1. La prueba redundante.

Antes de continuar, debemos detenernos en la prueba redundante y en su efecto sobre el principio de inclusión. Podemos definir la prueba redundante como aquella que sirve para acreditar una proposición sobre hechos respecto de la cual ya existe prueba distinta incluida en el conjunto probatorio, en términos tales que, a priori, el valor que su consideración añade a la corroboración de la proposición es considerablemente menor que el peligro de desborde que provoca en el tratamiento de la información<sup>2</sup>. Esta idea puede explicarse mejor de la siguiente forma:

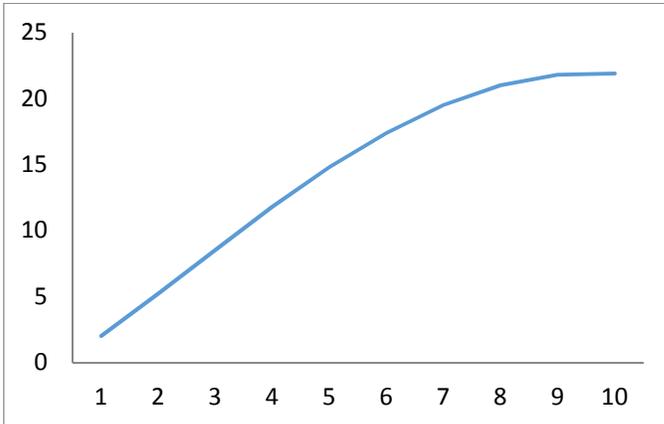
- (1) Una prueba relevante corroborará o refutará, en algún grado, la hipótesis en cuestión.
- (2) Pruebas de un mismo tipo tienden a un rendimiento decreciente en la corroboración o refutación de una misma hipótesis (i.e. si tenemos tres pruebas  $E_1$ ,  $E_2$  y  $E_3$  que

---

<sup>1</sup> Esta constituiría una especie de meta-probabilidad.

<sup>2</sup> Jordi Ferrer trata la prueba redundante sobre la base de una definición similar. Véase Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 74–76.

corroboran una hipótesis  $H$ , todas del mismo tipo, fiabilidad y contenido, el grado de corroboración que  $E_1$  aporte a  $H$  será mayor que aquél aportado por  $E_2$ ; y, a su vez, el grado de corroboración que  $E_2$  aporte a  $H$  será mayor que aquél aportado por  $E_3$ )<sup>1</sup>. Esta relación puede ser ilustrada a través de la siguiente figura, en la que el eje “x” representa el número de pruebas de un mismo tipo incorporadas al proceso, y el eje “y” representa el rendimiento individual de la última prueba incorporada:



- (3) El aumento del número de pruebas complejiza el tratamiento de la información, afectando, en algún punto, la posibilidad de arribar a una decisión correcta.
- (4) Dado que lo que nos interesa es maximizar la probabilidad de acierto en la decisión, una nueva prueba de un mismo tipo a otras ya incorporadas debe ser admitida sólo si el grado en que puede corroborar o refutar la hipótesis relevante es mayor al riesgo de desborde que puede provocar en el manejo de la información.

Y este examen, al realizarse en la etapa de conformación del conjunto probatorio, constituye evidentemente un juicio hipotético (i.e. será realizado antes de que la prueba sea practicada).

Esta es la forma tradicional en que el problema de la prueba redundante es presentado. En virtud de ella, parecen existir tanto razones extra-epistémicas como razones propiamente epistémicas para justificar la exclusión de esta prueba. Las primeras se refieren al elevado costo de considerar informaciones que, no obstante ser relevantes, poseen poca utilidad adicional -dada la evidencia ya incorporada-. Así, aumentar el número de pruebas no sólo

---

<sup>1</sup> Ibid., 75–76.

supone necesariamente un incremento en la duración del procedimiento, sino también una exigencia mayor de recursos para su práctica y valoración<sup>1</sup>. Las razones propiamente epistémicas, en cambio, se relacionan con el riesgo de provocar un razonamiento defectuoso como consecuencia del desborde en el manejo de la información. En este caso, se señala, la prueba redundante debe ser excluida por afectar precisamente la correcta determinación de los hechos.

Pero, ¿Son las razones epistémicas tan fuertes como para justificar la exclusión de la prueba redundante? Para responder a esta pregunta es necesario entender primero cuál es el objeto de la discusión: cuando se afirma que la prueba redundante debe ser excluida, se está realmente sosteniendo la incapacidad de quien decide para extraer conclusiones correctas a partir del conjunto probatorio, dado el número de evidencias que lo conformará si la prueba -cuya exclusión se discute- es finalmente incluida (así, por ejemplo, se afirmaría que en un proceso en que existe una gran cantidad de testigos declarando en un mismo sentido respecto de un hecho "A", la declaración de un mayor número acerca del mismo hecho podría aumentar el riesgo de error). Seamos honestos, tratándose de la prueba en el Derecho este argumento es muy poco convincente. El incremento de prueba relevante no puede tener por sí sólo la consecuencia de disminuir la calidad de la decisión, y más bien parece ser sólo la existencia de factores extra-epistémicos (v.g. plazos y recursos limitados) la que hace posible el desborde en el manejo de la información. Ilustrador resulta el tratamiento del problema de Russell Ackoff respecto de los sistemas de gestión de la información:

Mi experiencia indica que la mayoría de los administradores reciben muchos más datos (si es que no información) de los que posiblemente pueden absorber, incluso aunque pasaran todo su tiempo intentando hacerlo. Así, ya sufren una sobrecarga de la información. Ellos deben gastar un gran lapso de tiempo separando lo relevante de lo irrelevante, y buscando el meollo de los documentos relevantes.

---

<sup>1</sup> Estas constituyen razones "extra-epistémicas" porque se traducen siempre en límites al "descubrimiento de la verdad". Véase Taruffo, *Simplemente la verdad*, 162 y 167.

A menos que la sobrecarga de la información a la que los administradores están sujetos sea reducida, no puede esperarse que la información adicional dispuesta por un sistema de gestión de la información sea usada en forma efectiva<sup>1</sup>.

Para Ackoff el problema parece estar en el tiempo que el decisor debe dedicar a seleccionar la información relevante y a la efectividad de su uso en la adopción de la decisión, en circunstancias que la consideración de una menor cantidad de información podría conducir a los **mismos resultados**<sup>2</sup>. Así, el problema de la exclusión de la prueba redundante sería uno de eficiencia y no de corrección (por lo que su justificación sería extra-epistémica).

Existe, sin embargo, un caso en que Ackoff considera que la consideración de menor información puede de hecho tener **mejores resultados**: aquél en que la información posee credenciales inciertas<sup>3</sup>. Así, mala información (cuya fiabilidad es dudosa o desconocemos) podría incrementar el riesgo de error. Pero esta es precisamente la situación que ya hemos contemplado al referirnos a la objeción al principio de inclusión, por lo que no puede servir como argumento para excluir prueba *por ser redundante*<sup>4</sup>.

Así las cosas, la exclusión de la prueba redundante encuentra su justificación más bien en la consecución de objetivos distintos a la correcta determinación de los hechos (e.g. la disminución de los plazos y los recursos necesarios para la adopción de las decisiones) que en una supuesta incapacidad del decisor causada –únicamente- por el elevado número de evidencias que debe considerar<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Russell L. Ackoff, "Management Misinformation Systems", *Management Science* 14, n° 4 (1967): 148. La traducción es mía.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 149.

<sup>3</sup> Ackoff describe un experimento realizado en que se hizo leer a estudiantes graduados artículos seleccionados por un panel de expertos y clasificados según si su calidad se encontraba "sobre el promedio" o "bajo el promedio". Cada artículo fue leído por distintos estudiantes en su versión completa, en versiones que representaban el 67% y el 33% de su contenido, y en un abstract. Al evaluar a los distintos estudiantes el resultado fue que para los artículos "bajo el promedio" (lo que Ackoff denomina "mala escritura") el puntaje obtenido por quienes sólo leyeron el abstract fue mayor que el de quienes leyeron versiones más completas. Por razones que exceden el objeto de esta memoria, un caso de "mala escritura" puede ser tratado como una prueba con credenciales inciertas. Véase *ibid.*, 148–49.

<sup>4</sup> En otras palabras, el que cierta información sea "buena" o "mala" no depende en absoluto de si es redundante o no.

<sup>5</sup> Ello quiere decir que si la averiguación de la verdad fuese el único objetivo y todo lo demás pudiese variar para su adecuada consecución, la consideración de la prueba redundante no sería problemática.

Esto es especialmente diáfano en el proceso judicial debido a su particular configuración (que dificulta el desborde en el manejo de la información). Pensemos, por ejemplo, en nuestro proceso penal. Podemos decir en primer lugar, que el carácter contextual de la prueba en el derecho, en que la determinación del conjunto probatorio se realiza (con ciertas excepciones) en una sola instancia y de forma definitiva, tiene como consecuencia que la cantidad de información sobre la cual el tribunal adoptará su decisión será menor al total de la información que de hecho podría considerar. Más aún, que la iniciativa en la proposición de la prueba se encuentre entregada sólo a los intervinientes (no pudiendo el tribunal decretar de oficio su práctica) disminuye, también, la cantidad de información a considerar. En segundo lugar, la existencia de instancias distintas para la selección de la información relevante y para su valoración, y el hecho de que dichas actividades sean realizadas por distintos órganos jurisdiccionales, descarta la preocupación de Ackoff (al menos, el proceso está precisamente diseñado para hacerlo) respecto del tiempo que debe utilizar el decisor “separando lo relevante de lo irrelevante”. Esta labor será realizada en una audiencia previa al juicio y por un juez distinto al que deberá presenciar la práctica de la prueba. Por último, la existencia de jueces con experiencia y preparación profesional y técnica, encargados de decidir sobre los hechos, dificulta aún más el riesgo de un razonamiento probatorio defectuoso (provocado por un exceso de información que, hipotéticamente, los juzgadores serían incapaces de tratar)<sup>1</sup>.

La conclusión de todas estas consideraciones es que la exclusión de la prueba redundante parece encontrar una mejor justificación en factores extra-epistémicos que en factores propiamente epistémicos. Así, nuevamente, si lo que nos interesa es la correcta determinación de los hechos, la incorporación de toda la evidencia relevante disponible debe ser el principio que rija la conformación del conjunto probatorio.

---

<sup>1</sup> Michele Taruffo, refiriéndose a la aplicación del estándar de prueba “más allá de la duda razonable”, ha señalado que la calidad de la labor epistémica mejora tratándose de jueces profesionales (en comparación a los jurados): “La decisión se toma, pues, por un juez profesionalizado, habituado a desarrollar la actividad de valoración de la prueba y posiblemente entrenado para afrontar y resolver las dificultades lógicas y epistemológicas que esa actividad implica. El trier of fact, por tanto, no es un ciudadano cualquiera, ingenuo e inculto, incapaz de comprender instrucciones complicadas y, por ello, condenado a decidir según sus propias opiniones subjetivas, sino un técnico experto, al que se puede exigir que aplique criterios de valoración sofisticados”. Michele Taruffo, “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambigüo no es un estándar’ de Larry Laudan”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28 (2005): 121. Se han omitido las comillas internas. A mi juicio, los efectos de la “profesionalización” descritos por Taruffo alcanzarían al tratamiento de elevadas cantidades de información; en contra de la idea de que jueces profesionales lidian mejor con los problemas epistemológicos véase Larry Laudan, “Una breve réplica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28 (2005): 152–55.

### 3.3. El requisito de admisibilidad

Hasta aquí hemos señalado la manera en que la tradición racionalista ha entendido que debe diseñarse el procedimiento judicial, respecto del momento de conformación del conjunto de pruebas, si lo que nos interesa es maximizar la probabilidad de una decisión correcta. Este objetivo determina la consideración de toda la prueba relevante disponible, y excepcionalmente, la exclusión de prueba redundante o superflua<sup>1</sup>. El hecho es que éste no es el único valor que los ordenamientos jurídicos buscan realizar a través del procedimiento judicial. Así, Larry Laudan ha identificado tres tipos de valores que los procedimientos judiciales persiguen: 1) la reducción de la probabilidad de error en la decisión sobre los hechos (valor propiamente epistémico), 2) la distribución del error que inevitablemente se producirá (valor cuasi-epistémico), y 3) la realización de valores “de política pública” (valores extra-epistémicos)<sup>2</sup>. Estos últimos justificarían la existencia del denominado “requisito de admisibilidad”, materializado en un conjunto de reglas que “exigen a una prueba” algo más que su sola relevancia para poder ser incorporada al proceso<sup>3</sup>.

Estas exigencias no epistemológicas dependerán de la configuración particular del sistema jurídico de que se trate, y suelen estudiarse en relación a las denominadas “reglas de exclusión”. En los sistemas de *common law*, la mayor cantidad de reglas jurídicas sobre la prueba se refieren precisamente a su admisibilidad, siendo ésta regulada en detalle. En los sistemas continentales, como consecuencia del predominio durante largo tiempo de un modelo de prueba legal o tasada, no existió históricamente dicha necesidad, por lo que su regulación ha tendido a ser más escueta, y en general, relacionada con la protección de derechos fundamentales.

En el proceso penal chileno, junto con el establecimiento del modelo de libre valoración de la prueba, se acogió una formulación amplia del requisito de admisibilidad: las pruebas

---

<sup>1</sup> La realidad es que se han planteado también otras razones que justificarían, epistemológicamente, la exclusión de prueba relevante. En primer lugar, suele considerarse que cierto tipo de prueba puede provocar la incapacidad del juzgador de los hechos para extraer conclusiones racionales (e.g. la denominada prueba “injustamente perjudiciosa”). En segundo lugar, se consideran también los efectos epistemológicos que la inclusión de una prueba en un proceso determinado genera en la globalidad del sistema procesal (e.g. la obligación de declarar de ciertos testigos). Para la prueba injustamente perjudiciosa, véase Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 47–55.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 21–25; Laudan, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, 96–97.

<sup>3</sup> Y, lo que es de gran importancia para esta memoria, no sólo para ser admitida, sino también para ser valorada. Giménez Pericás muestra cómo en la jurisprudencia española la ilicitud de la prueba ha tenido consecuencias en el momento de la valoración. Véase Antonio Giménez Pericás, “Sobre la prueba ilícitamente obtenida”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 6 (1992): 36. Para el caso chileno, véase el capítulo III de esta memoria.

deben provenir de actuaciones o diligencias válidas, y no deben haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales<sup>1</sup>.

Gran parte de nuestra memoria tiene por objetivo mostrar que la existencia de estos requisitos de admisibilidad no es inocua: Las propias reglas de exclusión de prueba relevante constituyen, en muchos casos, la causa de que un veredicto falso sea pronunciado, y en otros, la razón de que los procedimientos sean terminados en forma errónea con anterioridad a la fase del juicio. Dichas reglas determinan no sólo las pruebas que se considerarán en el juicio oral (en caso de llegarse a dicha etapa), sino que influyen también en las decisiones estratégicas de los intervinientes durante todo el procedimiento. De esta forma, si nuestra prioridad es maximizar la probabilidad de obtener decisiones correctas, no podemos más que entender que la existencia de estos “requisitos de admisibilidad” constituye un problema.

### 3.4. La práctica de la prueba<sup>2</sup>.

Hasta este punto, nos hemos referido sólo a una parte de la conformación del conjunto de elementos de juicio. Más precisamente, hemos aludido a la proposición de la prueba y a su selección conforme a los criterios de relevancia y admisibilidad, actuaciones que en nuestro procedimiento penal se realizan en una audiencia previa al propio juicio (conocida como “audiencia de preparación del juicio oral”). Sin embargo, el acervo probatorio sólo se encontrará definitivamente formado una vez finalizada la práctica de la prueba, por lo que durante esta fase confluirán los momentos analíticos de la conformación del conjunto probatorio y de la valoración propiamente de la prueba<sup>3</sup>.

La importancia de la práctica de la prueba como etapa procesal, es que en ella se determinarán los problemas y desafíos a los que serán sometidas las hipótesis relevantes al momento de la valoración (e.g. se identificarán en forma precisa las pruebas que las hipótesis deberán explicar, se establecerá la fiabilidad de cada uno de los elementos –por sí solos y a la luz de los demás-, comenzarán a realizarse las primeras inferencias, entre otros).

---

<sup>1</sup> Véase el artículo 267 inciso tercero del Código Procesal Penal chileno.

<sup>2</sup> La práctica de la prueba corresponde a lo que ciertos autores han denominado como “procedimiento probatorio”. Véase Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 203–10.

<sup>3</sup> Dado que cada una de las pruebas será valorada al momento mismo de su práctica, extrayéndose conclusiones que luego se utilizarán para completar la valoración, el juzgador de los hechos ya habrá comenzado a valorar la prueba aún antes de que el conjunto probatorio haya terminado de conformarse de forma definitiva; esto es lo que se conoce como valoración “in itinere”. Véase Taruffo, *La prueba de los hechos*, 403; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 87.

Y mientras más controles y problemas haya superado una hipótesis, mayor corroboración tendrá, y por tanto, mayor probabilidad de ser cierta (por su parte, una hipótesis falsa sometida a una gran cantidad de controles será más probablemente refutada que aquella que no lo fue). De ahí que, desde una perspectiva epistemológica, exista la necesidad de diseñar el procedimiento de rendición de las pruebas de forma tal que las proposiciones fácticas sean sometidas a la mayor cantidad -y variedad- de controles posibles.

A la luz de lo señalado, el principio de contradicción adquiere un sentido fuertemente epistémico: eleva las oportunidades de refutación de las hipótesis relevantes al permitir a cada una de las partes cuestionar no sólo las proposiciones de la contraria, sino también la fiabilidad de sus pruebas, las inferencias que realice, y en general, las narraciones que ofrezca sobre los hechos, y al permitirles ofrecer pruebas opuestas, e incluso, pruebas sobre pruebas. Así, entonces, el tradicional reclamo doctrinario por la contradicción o “bilateralidad de la audiencia” como parte constitutiva del debido proceso puede ser entendido bajo otro prisma: ya no se trata de otorgar a los intervinientes la mayor cantidad de derechos posibles, sino de establecer un mecanismo adecuado para la realización de los fines del proceso y de la prueba<sup>1</sup>.

#### 4. La valoración de la prueba

Una vez finalizada la práctica de la prueba y conformado el conjunto de elementos de juicio, el juzgador de los hechos deberá proceder a su valoración, determinando el grado de apoyo inductivo (o de refutación) que cada una de las pruebas le otorga a las proposiciones fácticas, en forma individual y en conjunto. Como hemos señalado, la prueba ya ha comenzado a valorarse durante su práctica (como consecuencia del principio de inmediación), por lo que el juez ya posee ciertas ideas acerca de su fiabilidad y acerca del apoyo empírico que aporta a las hipótesis en examen<sup>2</sup>. Sin embargo, sólo una vez formado

---

<sup>1</sup> El derecho al racional y justo procedimiento, consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de Chile, puede ser reinterpretado a la luz de esta noción de racionalidad teleológica: toda persona tiene derecho a los medios adecuados para la averiguación de la verdad y la correcta aplicación del derecho. La contradicción es un medio adecuado para este fin, por lo que toda persona tiene derecho a la contradicción como parte del racional y justo procedimiento. Pueden verse las implicancias de este principio en Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 87–88.

<sup>2</sup> Para Ferrer, la valoración “in itinere” sólo tendría por finalidad “detectar insuficiencias en el peso o riqueza del conjunto de elementos de juicio a los efectos de resolverlas”. Véase *ibid.*, 91. A mi juicio, durante la práctica de la prueba el juzgador no sólo extrae conclusiones respecto del peso, sino también respecto de la probabilidad misma de las hipótesis relevantes. Sin embargo, el grado de corroboración definitivo sólo podrá determinarse una vez conformado y cerrado el conjunto.

definitivamente el conjunto probatorio podrá sistematizarse el conocimiento, determinarse en forma concluyente la fiabilidad de las pruebas, revisarse y completarse las conclusiones extraídas durante su rendición, y establecerse el grado de corroboración definitivo que las pruebas le otorgan a cada una de las proposiciones en juego.

Excluida la posibilidad de obtener certezas deductivas en la investigación empírica, el resultado de las operaciones que conforman la valoración de la prueba (i.e. el grado de corroboración de las hipótesis) sólo podrá consistir en una relación de probabilidad. A continuación, trataremos el sentido de esta última noción.

#### 4.1. La probabilidad

Suele asociarse el origen del concepto de “probabilidad” a Blaise Pascal, quien en el siglo XVII formuló la teoría de decisiones aplicando el razonamiento probabilístico a problemas ajenos al azar<sup>1</sup>. Actualmente, el concepto posee una naturaleza dual: por un lado, se relaciona con la frecuencia de ciertos eventos ante la aleatoriedad, y por otro, tiene un sentido epistemológico cuyo contenido dista de ser pacífico. Esto reviste gran importancia, puesto que si efectivamente en la actividad probatoria en el Derecho “nos situamos plenamente en el espacio del razonamiento probabilístico”<sup>2</sup>, el sentido de la probabilidad que aceptemos limitará la naturaleza de los métodos de investigación que puedan utilizarse, afectando, en consecuencia, los resultados de la misma.

Por esta razón es necesario abordar las diferentes nociones de la probabilidad, con el objeto de determinar su adecuación a la actividad probatoria en el proceso judicial. La pregunta fundamental será a cuál de esas concepciones debe recurrirse para explicar la relación de corroboración entre las pruebas y las proposiciones fácticas, si nuestro objetivo es minimizar el riesgo de error en las decisiones judiciales.

##### 4.1.1. La probabilidad frecuentista o estadística

---

<sup>1</sup> Ian Hacking ha indicado que el término es más antiguo, pero que sólo en dicha época adquirió el significado que actualmente le corresponde. Véase Ian. Hacking, *El surgimiento de la probabilidad: un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia estadística* (Barcelona: Gedisa, 1995), 24–31.

<sup>2</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 92.

En un primer sentido, el concepto de probabilidad se refiere a la frecuencia con que un (tipo de) evento tiene lugar en una serie de eventos determinada, con tendencia al infinito. La razón es que la probabilidad fue primeramente asociada a la aritmética de los juegos de azar, utilizándose el cálculo matemático para la adopción de decisiones frente a la aleatoriedad<sup>1</sup>. De ahí que esta concepción usualmente se denomine como probabilidad frecuentista o estadística.

Esta concepción se basa en dos principios fundamentales: el principio de complementariedad para la negación y el principio de multiplicación para la conjunción. Ellos operan en una escala numérica gradual que inicia en el número 0 (que representa la imposibilidad de la proposición en examen) y termina en el número 1 (que representa la certeza absoluta respecto de la verdad de la proposición)<sup>2</sup>.

Conforme al principio de complementariedad para la negación, dado que una proposición sólo puede ser verdadera o falsa, la probabilidad de que ella sea verdadera contiene, a su vez, la probabilidad de que sea falsa. Su formulación tradicional es  $P(H) = 1 - P(\neg H)$ .

Por su parte, conforme al principio de multiplicación para la conjunción, la probabilidad de que dos o más hechos independientes entre sí, hayan ocurrido en forma conjunta, es igual al producto de las probabilidades individuales de cada uno de esos hechos. Esto se expresa típicamente en la siguiente fórmula:  $P(H_1 \text{ y } H_2) = P(H_1) \times P(H_2)$ .

Ambos principios producen problemas para la investigación empírica (y por tanto, para el razonamiento probatorio en el Derecho), que trataremos con mayor profundidad al referirnos a la probabilidad subjetiva. Por ahora indicaremos que la probabilidad frecuentista nada puede decirnos acerca del grado en que un elemento de juicio determinado implica la verdad o falsedad de una proposición sobre un hecho específico, único e irrepetible. Ella sólo nos dice con qué frecuencia se ha observado que ocurre un evento en una sucesión determinada, y por ello, su utilidad radica en la toma de decisiones racionales ante el azar (e.g. en la decisión de apostar que al arrojar un dado de seis caras se obtendrá aquella que

---

<sup>1</sup> Hacking, *El surgimiento de la probabilidad*, 68.

<sup>2</sup> Stein, *Foundations of Evidence Law*, 41.

contiene el número dos). En consecuencia, este tipo de probabilidad no resulta adecuada para dar cuenta de la naturaleza del razonamiento probatorio en el Derecho<sup>1</sup>.

El Derecho (y en general, la epistemología) no está interesado en la toma de decisiones ante la aleatoriedad, sino en el modo en que la evidencia puede ampliar el conocimiento sobre el mundo. En palabras de Ferrer:

[T]anto al derecho como a la epistemología general no le interesa el acierto por casualidad. Una decisión judicial no está justificada si, aunque declare probada la hipótesis verdadera, lo hace por casualidad [...]<sup>2</sup>.

Así, la decisión de declarar probada una proposición únicamente sobre la base de cierta probabilidad estadística será siempre injustificada, puesto que no se fundamenta en la prueba disponible. La razón, de nuevo, es que ningún tipo de información estadística puede decir algo respecto de la ocurrencia o no ocurrencia de un hecho individual. Un ejemplo puede ser bastante clarificador: La afirmación (estadística) de que existe una probabilidad de 0,5 de obtener “cara” al lanzar una moneda al aire, está fundada en la observación de hechos individuales anteriores en que una moneda de las mismas características ha sido lanzada. Así, ella nos dice que, en dicha serie de casos observados, la tendencia fue obtener “cara” un cincuenta por ciento de las veces. Pero esta información nada puede decir respecto del resultado de un próximo lanzamiento (de hecho, el resultado de cada lanzamiento observado en la serie examinada ha sido independiente del resultado anterior)<sup>3</sup>.

Nada de extraño hay en esto, desde que la probabilidad frecuentista está preocupada por la aleatoriedad: el hecho de que exista algún tipo de conexión lógica entre el suceso A y el suceso B le es irrelevante. Y sin embargo, es por esta misma razón que no puede servir para fundar la decisión sobre los hechos probados en el proceso judicial.

#### 4.1.2. La probabilidad de proposiciones.

---

<sup>1</sup> En efecto, la probabilidad frecuentista sólo puede servir para la prueba de una hipótesis general y abstracta acerca de la frecuencia misma observada, pero nada puede decir acerca del hecho único e irreplicable objeto de un juicio. Esto no quiere decir que la estadística sea completamente inútil para la prueba en el Derecho, pero parece incapaz de fundar ella sola la decisión sobre los hechos probados.

<sup>2</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 101.

<sup>3</sup> Keynes, *A Treatise on Probability*, 164.

El segundo sentido del concepto de probabilidad es propiamente epistémico (i.e. se refiere a nuestro conocimiento sobre el mundo). Conforme a este, la probabilidad mide la posibilidad de que una determinada proposición sobre ciertos hechos sea verdadera. En este segundo sentido existen dos concepciones sobre la probabilidad, cada una vinculada con las distintas concepciones sobre la prueba en el Derecho que hemos tratado en el primer capítulo.

a) La probabilidad subjetiva o personalista<sup>1</sup>.

Para la concepción subjetiva o personalista, la probabilidad mide el grado de creencia de un sujeto en la verdad de una proposición determinada, en base a la prueba o información disponible. Frank Ramsey, uno de los precursores de esta noción de la probabilidad, ha señalado:

[...] el tipo de medición de la creencia a la que la probabilidad se refiere [...] es una medida de la creencia como base para la acción<sup>2</sup>.

La manera tradicional de medir la creencia de una persona es proponerle una apuesta, y ver cuál es la probabilidad más baja en que ella [de todas formas] aceptará<sup>3</sup>.

De esta forma, al momento de decidir en el proceso penal, el juzgador de los hechos deberá preguntarse si, consideradas todas las pruebas rendidas en el juicio, cree o no en la culpabilidad del acusado. Si su respuesta es afirmativa, deberá ahora examinar cuál es la probabilidad que asigna a dicha creencia para determinar si el estándar de prueba aplicable ha sido satisfecho. Si lo ha sido, deberá condenar al acusado; en caso contrario, deberá absolverlo. Este es, en términos simples, el modelo de la probabilidad subjetiva.

Podemos explicar ahora por qué esta concepción es problemática: Cualquier probabilidad que un sujeto asigne a sus creencias no puede ser más que arbitraria. Incluso si

---

<sup>1</sup> Ian Hacking, tratando la dualidad del concepto de probabilidad, ha expuesto que la concepción personalista de su faceta epistemológica puede encontrar sus orígenes ya en Jacques Bernoulli. Hacking, *El surgimiento de la probabilidad*, 24–31.

<sup>2</sup> El original es “[...] the kind of measurement of belief with which probability is concerned [...] is a measurement of belief qua basis of action.” La traducción es mía. Véase F. P. Ramsey, “Truth and Probability”, en *Philosophy of Probability: Contemporary Readings* (London: Routledge, 2010), 15.

<sup>3</sup> *Ibid.* La traducción es mía. Los paréntesis son míos.

aceptamos que el decisor de los hechos es capaz de decir que cree altamente en la culpabilidad del acusado, ¿Podrá determinar con exactitud su grado de confianza, por ejemplo, indicando que es de un 0.95 y no de un 0.9? ¿Podrá decir que es de un 0.7 y no de un 0.85? La respuesta es que en ningún caso parece posible asignar con exactitud valores numéricos a las propias creencias, y en caso de hacerlo, no parecen existir razones que justifiquen la concesión de un determinado valor y no de otro.

Para superar estos problemas, algunos autores han defendido la utilización del cálculo matemático en el razonamiento probatorio, mediante la aplicación del teorema de Bayes. Dicho cálculo permitiría determinar la probabilidad condicionada de un evento  $H$  dado un evento  $E$ , en virtud de la probabilidad condicionada del evento  $E$  dado el evento  $H$ , y de la probabilidad a priori del evento  $H$ . Su fórmula tradicional es:

$$P(H/E) = P(E/H) \times P(H) / P(E/\neg H)$$

Y entonces, como en el proceso judicial lo que nos interesa es averiguar la probabilidad de una proposición  $H$  dada una determinada prueba  $E$ , todo lo que deberemos hacer es multiplicar la probabilidad de que exista dicha prueba  $E$  si es que la proposición  $H$  fuese verdadera, por la probabilidad a priori de la proposición  $H$ , y dividir el resultado obtenido por la probabilidad de que exista la prueba  $E$  en caso de que la proposición  $H$  fuese falsa<sup>1</sup>. En virtud de esta operación, obtendríamos una creencia justificada para actuar (creencia como base para la acción, en los términos de Ramsey).

De esta forma, la aplicación del teorema a la probabilidad de proposiciones permitiría, dadas ciertas estimaciones iniciales del sujeto cognoscente, determinar el grado en que un elemento de prueba específico modifica racionalmente sus creencias: el sujeto ya no asignaría arbitrariamente la probabilidad a la hipótesis examinada, sino que esta emergería del cálculo bayesiano.

Sin embargo, el teorema de Bayes fue inicialmente desarrollado para la probabilidad estadística. Así, teniendo la información respecto de la frecuencia relativa con que ocurre  $E$

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, si queremos determinar la probabilidad de que haya llovido mientras dormíamos dado que el asfalto está mojado en la mañana, debemos multiplicar la probabilidad de que el asfalto esté mojado en caso de que efectivamente hubiese llovido, por la probabilidad a priori de que hubiese llovido mientras dormíamos, y dividir por la probabilidad de que el asfalto esté mojado de todas formas a pesar de no haber llovido.

dado  $H$ , de la frecuencia con que ocurre  $H$  sin  $E$ , y de la frecuencia con que ocurre  $E$  sin  $H$ , podremos determinar la probabilidad de  $H$  dado  $E$ . En cambio, tratándose de la probabilidad de proposiciones, la asignación de las “probabilidades iniciales” resulta extremadamente compleja. Una primera forma de proceder a su determinación, se ha dicho, podría ser utilizar -también aquí- la probabilidad estadística<sup>1</sup>. Si es posible recurrir a este tipo de información en otros ámbitos de la investigación empírica, también sería posible hacerlo en el Derecho. No obstante, debido a la complejidad de los hechos únicos e irrepetibles cuya ocurrencia se investiga en el proceso judicial, se pueden formular dos objeciones: 1) en la mayoría de los casos no existe la información estadística necesaria para la aplicación del teorema; y 2) existe una gran dificultad para determinar las propiedades del caso que debe cubrir la información estadística<sup>2</sup>.

Estas consideraciones han llevado a los subjetivistas bayesianos a sostener la irrelevancia de la forma en que las probabilidades previas son asignadas (i.e. no importará que no tengamos a nuestra disposición la información estadística relevante, sino tan sólo que estipulemos las probabilidades iniciales necesarias para el cálculo). Paradójicamente, aceptar esta manera de proceder hace manifiesta la inutilidad del modelo: si es irrelevante cómo el juzgador de los hechos asigna las probabilidades iniciales, pero la probabilidad final de la proposición examinada dependerá de ellas, en nada habrá disminuido el riesgo de arbitrariedad en la decisión<sup>3</sup>.

En este punto, es necesario señalar que la concepción subjetiva de la probabilidad ha tenido gran influencia en la doctrina anglosajona ya que, según sus partidarios, permitiría introducir cierto grado de racionalidad -mediante el cálculo bayesiano- a las teorías subjetivistas o psicologistas de la prueba (racionalidad entendida como coherencia entre las creencias de un sujeto). Sin embargo, ella sólo desplaza el problema de nivel (a la asignación de las probabilidades iniciales), y así, falla en establecer una metodología que permita disminuir el riesgo de error al decidir sobre la prueba de los hechos. La razón,

---

<sup>1</sup> En nuestro ejemplo, podemos utilizar la frecuencia con que el asfalto está mojado en la mañana cuando ha llovido en la noche, y la frecuencia respecto del número de noches al año que llueve en la ciudad.

<sup>2</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 111.

<sup>3</sup> El sentido de aplicar el teorema de Bayes era precisamente lograr un método racional en la toma de decisiones cuya aplicación pueda ser controlada intersubjetivamente, disminuyendo así, el riesgo de arbitrariedad. El problema es que, en tanto carezcamos de métodos racionales para asignar también las probabilidades iniciales (como se han visto forzados a reconocer los bayesianos), la probabilidad final de la proposición tampoco escapará al riesgo de la arbitrariedad.

nuevamente, es que a pesar de que el sistema de creencias de un sujeto sea coherente, lo que haya tenido o no lugar en el mundo en nada depende de éste.

Este es el problema fundamental de la concepción subjetiva de la probabilidad. Y sin embargo, no es el único. Existen también dificultades propias del cálculo probabilístico matemático que lo hacen poco idóneo para dar cuenta del razonamiento probatorio en el Derecho. La primera de dichas dificultades dice relación con el denominado principio de complementariedad para la negación, por el cual la probabilidad de que una proposición sea verdadera contiene, a su vez, la probabilidad de que ella sea falsa. Como ya se ha señalado, su formulación tradicional es  $P(H) = 1 - P(\neg H)$ .

Dado que antes de tomar conocimiento de cualquier prueba relevante la probabilidad de una proposición no puede ser mayor a la probabilidad de su negación (ni vice versa), las probabilidades iniciales de H y  $\neg H$  deben ser iguales, y por tanto, ambas de 0,5 (recordemos que el cálculo matemático de la probabilidad utiliza una escala gradual que va desde 0 hasta 1). Esto, al ser aplicado al razonamiento probatorio en el Derecho cuando el estándar de prueba es el de la probabilidad prevaleciente, tiene como consecuencia que cualquier prueba relevante a favor de la proposición, por mínima que sea su relevancia (y a falta de cualquier otra prueba), provoque que ella se tenga por probada<sup>1</sup>. Aceptar esta consecuencia no parece razonable: en muchas ocasiones, la insuficiencia de la prueba no permite al juzgador de los hechos decidir sobre la proposición en cuestión, a pesar de que la probabilidad sea mayor en un sentido que en otro<sup>2</sup>. La causa de este problema es que la probabilidad bayesiana no considera la dimensión del peso probatorio, la que, en cambio, es esencial para la probabilidad inductiva<sup>3</sup>.

La segunda dificultad, se refiere a la probabilidad de que dos o más hipótesis sean verdaderas en forma conjunta, lo que adquiere relevancia en los supuestos de hecho complejos. Según el cálculo matemático, la probabilidad de que hayan ocurrido

---

<sup>1</sup> Conforme al estándar de la preponderancia de la prueba, de la probabilidad prevaleciente o del balance de las probabilidades, una proposición estará probada si su afirmación es más probable que su negación.

<sup>2</sup> Para una exposición detallada del problema como uno propio de la "probabilidad pascaliana", véase L. Jonathan Cohen, *The probable and the provable*, vol. 10, Clarendon library of logic and philosophy (Oxford: Clarendon Press, 1977), 74–81.

<sup>3</sup> Cuando excepcionalmente lo ha hecho, ha debido admitir que los grados de racionalidad de una creencia en virtud de pruebas determinadas no pueden medirse en un orden lineal, lo que derrumba "el postulado fundamental en que se basa la teoría subjetiva". Véase Karl R. Popper, *La lógica de la investigación científica* (Madrid: Editorial Tecnos, 1962), 378–91; Para el concepto de peso del argumento véase Keynes, *A Treatise on Probability*, 71.

conjuntamente dos o más hechos independientes entre sí, es igual al producto de las probabilidades individuales de cada uno de ellos. Este constituye el denominado principio de multiplicación para la conjunción, y su fórmula convencional, se ha dicho, es  $P(H_1 \cap H_2) = P(H_1) \times P(H_2)$ .

Sin embargo, la aplicación de este principio también produce una desafortunada consecuencia: la probabilidad conjunta de todas las hipótesis siempre será menor que la probabilidad individual de cada una de ellas. Así, en ciertos casos puede ocurrir que mientras las hipótesis individualmente consideradas se encuentran probadas conforme al estándar de prueba relevante, su conjunción (i.e. el supuesto de hecho complejo) no lo esté. No es así como funciona (ni como razonablemente se espera que funcione) el razonamiento probatorio en el Derecho<sup>1</sup>.

Existe una última dificultad que es de especial importancia para el proceso penal, y que dice relación con la presunción de inocencia en tanto regla de juicio<sup>2</sup>. Como hemos señalado, la determinación del grado de racionalidad de la creencia en una proposición  $H$  (dado cierto elemento de prueba) a través del teorema de Bayes, requiere de la probabilidad absoluta (o asignación inicial de probabilidad) de la propia proposición  $H$ . En el proceso penal, una de las hipótesis en examen siempre será la de la culpabilidad del acusado, y mientras dicha hipótesis no sea probada conforme al estándar de prueba aplicable, la presunción de inocencia exigirá su absolución<sup>3</sup>. Así, entonces, será necesario asignar una probabilidad inicial a la hipótesis de la culpabilidad.

El problema radica en que la presunción de inocencia ha sido interpretada por los partidarios de la concepción subjetivista como un mandato al juzgador para que comience el juicio creyendo en la inocencia del imputado. Esta forma de concebirla genera dos

---

<sup>1</sup> Véase Cohen, *The probable and the provable*, 10:58–67.

<sup>2</sup> Jordi Ferrer ha señalado que la presunción de inocencia constituye un derecho poliédrico, que tiene una dimensión extraprocésal y una dimensión procesal. Esta última manifestación se descompone, a su vez, en un principio informador del proceso, en una regla de trato, en una regla de prueba y en una regla de juicio. Es este último sentido, que se expresa en el momento de adopción de la decisión sobre los hechos, el que nos interesa aquí. Véase Jordi Ferrer Beltrán, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal* 4, n° 1 (2012): 1–26.

<sup>3</sup> Para Ferrer, la presunción de inocencia aunque supone la existencia de un estándar de prueba, nada nos dice sobre su nivel de exigencia. Véase *ibid.*, 20–21. A mi juicio, dicha presunción descarta, al menos, la aplicación de la preponderancia de la prueba. Y esto porque, aún en caso de no existir presunción alguna, una proposición sólo estará racionalmente probada si es más probable que su negación. Si la hipótesis de la negación es más probable que la de aserción de la culpabilidad y aplicamos el estándar de la preponderancia de la prueba, la negación estará probada y no requeriría la existencia de una presunción de inocencia.

dificultades: (1) deja al decisor en la disyuntiva de asignar un valor positivo a la probabilidad inicial de la hipótesis de culpabilidad (poniendo en duda el respeto a la presunción de inocencia) o asignarle un valor igual a cero (que haría imposible la prueba de la culpabilidad a través de la aplicación del teorema de Bayes); (2) dado que las creencias son involuntarias y no contextuales, no parece verosímil que la predeterminación de una probabilidad inicial de la culpabilidad (que cumpla con lo requerido por la presunción de inocencia) refleje lo que realmente creará cada juzgador de los hechos al iniciar un juicio concreto (i.e. que el juez crea inicialmente en la culpabilidad del acusado con un 0.3 de probabilidad, o que lo haga con un 0.8, es contingente y está más allá de lo controlable).

Por todas estas consideraciones, la probabilidad subjetiva no resulta adecuada para dar cuenta del razonamiento probatorio en el Derecho, ni maximiza la probabilidad de obtener decisiones correctas, y por tanto, justas.

b) La probabilidad lógica o inductiva.

Para esta concepción, el grado de corroboración que una determinada prueba aporta a una proposición sobre los hechos está dado por una relación lógica entre dos proposiciones (o grado en que una proposición implica a la otra). Existen diferentes interpretaciones respecto de las características de dicha relación (algunas consideran que puede establecerse positivamente -a través de la confirmación-, y otras niegan dicha posibilidad). Nosotros adoptaremos el enfoque de la de inducción por eliminación, que permite arribar a un cierto grado de confirmación sin utilizar el cálculo matemático, al hacer posible la evaluación comparativa de las hipótesis en competencia a pesar de no asignar un valor numérico a sus probabilidades<sup>1</sup>. La razón para adoptar esta metodología es explicada por Alfonso García Suárez:

La teoría de la inducción baconiana se basa en la idea de que hay una asimetría lógica entre la confirmación y la eliminación de hipótesis. Aunque una hipótesis general nunca puede ser validada por ningún número, por grande que sea, de casos

---

<sup>1</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 120–25; Es necesario señalar que los partidarios de la probabilidad inductiva se dividen entre aquellos que consideran que el grado de implicación puede ser medido a través del cálculo matemático, y aquellos que niegan esta posibilidad. Nosotros adoptaremos este último enfoque, que corresponde a la denominada “probabilidad baconiana”. En contra, Popper señala que el grado de confirmación inductiva ni siquiera puede ser entendido como una probabilidad. Popper, *La lógica de la investigación científica*, 367. A mi juicio, ello se explica porque Popper está pensando en la probabilidad matemática.

favorables, basta un caso desfavorable para que quede invalidada: *Maiores est vis instantiae negativae*. En esta asimetría entre las posibilidades de verificar –confirmar- y falsificar –eliminar- hipótesis universales reside la fuerza del método de eliminación en cuanto opuesto al método de confirmación o enumerativo<sup>1</sup>.

La base de este modelo de inducción se encuentra en la idea de que “[l]a fiabilidad de la inferencia aumentará a medida que la hipótesis vaya superando controles probatorios diseñados para falsarla y la superación de cada uno de ellos aumentará su probabilidad”<sup>2</sup>.

Pero antes de tratar la metodología de la inducción por eliminación, será necesario realizar ciertas precisiones acerca de la relación entre las dimensiones del peso probatorio y de la probabilidad, en el contexto de este modelo de razonamiento inductivo. Para ello, recurriremos al siguiente ejemplo utilizado por Popper y Ferrer:

[...] supóngase que se quiere conocer la probabilidad de que salga cara si se tira una moneda bien equilibrada al aire (H). Por hipótesis la probabilidad absoluta de H atribuida a priori es 0,5 (en el sentido de grado de confianza en que salga cara). Supóngase ahora que nos ofrecen un informe estadístico (E) basado en la observación de millones de tiradas, según el cual por cada millón de tiradas ha salido cara en 500.000 ( $\pm 20$  casos). Pues bien, podemos ahora determinar que la P (H/E) es 0,5. Siendo así, resultaría que el informe E es irrelevante. Pero “esto es un poco sorprendente: pues quiere decir [...] que el llamado grado de creencia racional en la hipótesis [H] no tendría que resultar afectado en modo alguno por el conocimiento proporcionado por los datos [E] que hemos acumulado: que la ausencia de todo dato estadístico [...] justifica precisamente el mismo grado de “creencia racional” que el peso de los datos suministrados por millones de observaciones que, prima facie, apoyan o confirman nuestra creencia”<sup>3</sup>.

En virtud de dicho ejemplo, tanto Popper como Ferrer sostienen que la concepción subjetivista bayesiana, al no dar cuenta de la dimensión del peso probatorio, es incapaz de explicar cómo el grado de creencia racional puede ser modificado aun cuando la probabilidad

---

<sup>1</sup> Alfonso García Suárez, “Historia y justificación de la inducción”, en *Black, Max. Inducción y probabilidad* (Madrid: Cátedra, 1984), 19.

<sup>2</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 123.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n. 19; véase también Popper, *La lógica de la investigación científica*, 378–81.

de la hipótesis siga siendo la misma. Así, en el ejemplo, el partidario de dicha concepción se vería obligado a concluir que toda la nueva información considerada es irrelevante. En cambio, la adición de la dimensión del peso posibilitaría justificar un mayor grado de creencia racional en la hipótesis, a pesar de que esta mantenga exactamente la misma probabilidad.

A mi juicio, esta no es la forma correcta de entender la relación entre peso y probabilidad en el contexto de la inducción por eliminación. La razón es que, si aceptamos este método, el aumento del peso probatorio siempre tendrá un efecto sobre la probabilidad de la hipótesis examinada (ya sea incrementándola, si una predicción es cumplida, o disminuyéndola, si no lo es). Así, peso y probabilidad se encontrarían inevitablemente ligados (la probabilidad ya no puede ser indiferente al aumento de la prueba o información)<sup>1</sup>. La causa del malentendido se encuentra en la confusión de dos probabilidades: 1) la probabilidad de que una proposición sea verdadera, y 2) la probabilidad que es objeto de dicha proposición. Así, en el ejemplo, podrá siempre enunciarse que existe una probabilidad de 0.5 de obtener cara al lanzar una moneda, pero dicha hipótesis será más o menos probable conforme a la evidencia<sup>2</sup>.

Esta confusión, que derivó en la necesidad keynesiana de plantear la dimensión del peso probatorio, no es una consecuencia propia de la utilización de la probabilidad en términos generales, sino del uso de un concepto subjetivo de probabilidad en base al cálculo matemático. Popper, tratando la concepción subjetiva, ha señalado:

*El postulado fundamental de la teoría subjetiva es el de que los grados de racionalidad de una creencia a la vista de unos datos se encuentran incluidos en un orden lineal: que pueden medirse sobre una escala unidimensional [...]. Pero todos los intentos de resolver el problema del peso de los datos dentro del marco de la teoría subjetiva, desde Peirce a Good, han procedido a introducir, además de la probabilidad, otra medida de la racionalidad de una creencia a la vista de unos datos<sup>3</sup>.*

---

<sup>1</sup> De hecho, Ferrer extrema la idea señalando que “[...] la probabilidad baconiana constituye una métrica para lo que KEYNES denominó el peso de la prueba”. Véase Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, n. 103.

<sup>2</sup> Supóngase, en cambio, que quiere examinarse una hipótesis que señala que existe un 0.9 de probabilidad de obtener cara al lanzar una moneda. En tal caso, si tenemos el mismo informe estadístico según el cual por cada millón de tiradas ha salido cara en 500.000, la hipótesis examinada seguirá siendo aquella referida al 0.9 de probabilidad, pero ahora dicha hipótesis será menos probable de lo que era con anterioridad.

<sup>3</sup> Popper, *La lógica de la investigación científica*, 380. Las cursivas son del autor.

Pero cuando el método utilizado es el de la inducción por eliminación, las dimensiones de la probabilidad y del peso de la prueba deben ser reformuladas. La primera tendrá siempre un sentido relativo: una hipótesis, superados los controles y desafíos a los que es sometida, será más o menos probable que las demás hipótesis en competencia y (o) que su negación. En cambio, el peso de la prueba tendrá un sentido absoluto: a pesar de que una hipótesis pueda ser la más probable, puede aún no existir prueba suficiente para tenerse como probada (por lo que habrá que examinar si ella fue sometida a un nivel mínimo de contrastación). Y el estándar de prueba, que exigirá un grado suficiente de corroboración de la hipótesis, comprenderá ambas dimensiones (i.e. un cierto grado de probabilidad -relativa- y un determinado peso probatorio).

#### 4.2. Metodología de la inducción por eliminación.

Una vez se ha terminado de conformar el conjunto de elementos de juicio, debe procederse a la corroboración de las hipótesis conforme a la evidencia. El método de la inducción por eliminación se construye sobre la predicción de eventos o estados de cosas, que son empíricamente contrastables, y que de ser verdaderas aportarán apoyo inductivo a las proposiciones fácticas<sup>1</sup>. El siguiente ejemplo será útil en la explicación: Imaginemos que la policía encuentra un cadáver con señales de haber recibido disparos realizados con un arma de fuego. Imaginemos, además, que el sujeto A ha sido encontrado en el sitio del suceso. La policía puede, a partir de estas observaciones iniciales, formular la hipótesis de que el sujeto A es el autor del homicidio, y conforme a ella, predecir que se encontrarán residuos nitrados en su cuerpo o vestimenta (predicción que es empíricamente contrastable a través de los exámenes y análisis correspondientes). Si la predicción resulta correcta, la hipótesis habrá sido corroborada por la prueba y, así, habrá adquirido mayor probabilidad inductiva. En cambio, si la predicción no se cumple (i.e. no existen residuos nitrados en el cuerpo o vestimenta del sujeto A), la hipótesis podría haber sido refutada<sup>2</sup>.

Como puede advertirse, la noción de predicción juega un rol fundamental en la inducción eliminativa. Ella consiste en la formulación de una proposición a partir de la hipótesis y de ciertos supuestos auxiliares, que puede ser contrastada empíricamente mediante el examen

---

<sup>1</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 131.

<sup>2</sup> El ejemplo es de Jordi Ferrer. Véase *ibid.*, 132.

correspondiente, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones iniciales<sup>1</sup>. En este esquema, los supuestos auxiliares están constituidos por generalizaciones empíricas (que nuestro Código Procesal Penal describe como “máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados”, y que tienen un grado de corroboración propio que le otorga mayor o menor fuerza a la inferencia -y que puede también ser discutido en el mismo proceso-), y las condiciones iniciales por los hechos condicionantes de la predicción<sup>2</sup>. Así, para que la hipótesis resulte corroborada debe darse conjuntamente:

$$(1) H \quad SA \quad CI \rightarrow P$$

$$(2) \neg(H \quad SA \quad CI) \rightarrow \text{muy probablemente } \neg P$$

Dichas fórmulas expresan que, en la contrastación, la predicción formulada debe cumplirse si la hipótesis, los supuestos auxiliares y las condiciones iniciales (considerados todos juntos) son verdaderos, y muy probablemente incumplirse si no lo son. Si ello es así, la prueba (o predicción contrastada) le aportará apoyo inductivo<sup>3</sup>. Esto, aplicado al proceso penal, significa que el grado de corroboración (o probabilidad inductiva) de una proposición sobre los hechos estará dado por su capacidad explicativa de los datos o informaciones disponibles en virtud de las pruebas practicadas durante el juicio. Así, una hipótesis será más probable mientras mayor sea el número y calidad de predicciones formuladas en base a ella que han resultado ser verdaderas conforme a las pruebas rendidas, y que muy probablemente no podrían haberse formulado en base a las hipótesis alternativas<sup>4</sup>.

## 5. La adopción de la decisión.

Una vez finalizada la valoración de la prueba y definido el grado de corroboración que le corresponde a cada una de las proposiciones sobre los hechos conforme al conjunto de elementos de juicio, será necesario determinar si ellas se encuentran suficientemente probadas. Esta operación caracteriza al momento de adopción de la decisión, que

---

<sup>1</sup> En el ámbito de la filosofía de las ciencias Carl Hempel denomina a estas predicciones como “implicaciones contrastadoras de la hipótesis”. Ellas son enunciados que describen “hechos observables que se espera se produzcan” si la hipótesis es verdadera. Véase Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, 20–25.

<sup>2</sup> En palabras de Max Black, las condiciones iniciales constituyen el “modo como las cosas son ahora -esto es, antes del ensayo-” (se omiten las comillas internas). Black, *Inducción y probabilidad*, 90.

<sup>3</sup> La cuestión detrás de la segunda fórmula es la posibilidad de que la predicción sea explicada por otras hipótesis, además de la examinada (i.e. a menos que la negación de la hipótesis haga muy probable que la predicción no se cumpla, no será posible establecer una mayor probabilidad de aquella, por sobre las demás, en virtud del cumplimiento de la predicción).

<sup>4</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 131–38.

analíticamente se diferencia de la valoración propiamente tal<sup>1</sup>. Para ello, se requiere la existencia de criterios que nos digan cuándo puede tenerse una proposición como probada, dado que (como hemos señalado reiteradamente) nunca será posible la obtención de certezas absolutas a través del razonamiento inductivo. Dicha función es cumplida, tanto en los procesos judiciales (y dentro de ellos el proceso penal) como en todo sistema de investigación empírica, por los denominados “estándares de prueba”<sup>2</sup>.

Será, entonces, la aplicación del estándar probatorio a la valoración realizada por el juzgador de los hechos, la actividad que defina a este momento.

## 6. Reconstrucción del modelo en el proceso penal chileno.

Conforme al modelo tratado, el proceso penal chileno puede ser descrito de la siguiente manera:

- (1) El Ministerio Público (o la policía) toma conocimiento de un hecho que puede ser constitutivo de delito. En virtud de ello, los órganos encargados de la investigación elaborarán las primeras hipótesis en base a los datos inicialmente disponibles. Aquí, juega un rol fundamental el método de la abducción.
- (2) Como consecuencia de estas primeras explicaciones, se podrán formular ciertas predicciones que deberán ser contrastadas con la experiencia. Ello se realizará a través de las denominadas “diligencias de investigación”, las que entonces tendrán por objeto someter las hipótesis a exámenes y controles, y no sólo buscarán la obtención de elementos de prueba para sostener la acusación en el juicio. Es esta la importancia del principio de objetividad en la investigación: antes de finalizar la labor investigativa el órgano encargado de la persecución penal no debiese

---

<sup>1</sup> Accatino, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, 485–87.

<sup>2</sup> Es también este reconocimiento a los límites de la investigación empírica (que obliga a la utilización de razonamientos cuyas conclusiones son falibles), el que determina que los estándares de prueba cumplan una segunda función: Ellos distribuyen el riesgo de cometer un error al decidir. Y la forma concreta en que un estándar de prueba realice esta labor dependerá de su configuración particular, que deberá reflejar la decisión político-moral de la sociedad respecto de los costos relativos de los errores en la prueba de los hechos en un procedimiento determinado. Trataremos esta cuestión en el siguiente capítulo.

comprometerse definitivamente con la defensa de ninguna de las hipótesis en conflicto<sup>1</sup>.

- (3) Una vez el Ministerio Público haya determinado que la hipótesis de la culpabilidad es la que ha superado mayores controles y desafíos, formulará la acusación. Sólo entonces se comprometerá definitivamente con dicha hipótesis, convirtiéndose – evidentemente- en la parte acusadora del proceso penal.

Aquí surge un problema que no está resuelto por las normas jurídicas procesales: si entendemos que la valoración racional de la prueba es parte de un modelo más amplio de decisiones públicas racionales (aplicable también al órgano acusador), ¿Cuál es el estándar que debe superar la evidencia para que el Ministerio Público pueda aceptar la hipótesis de la culpabilidad y utilizarla como premisa para su actuación en las etapas posteriores del proceso penal?

Al respecto, el artículo 248 letra b) del Código Procesal Penal chileno señala que el fiscal podrá formular acusación cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado. ¿Cuál es el sentido de dicho requisito? ¿Es éste un criterio objetivo o subjetivo? Aunque la respuesta a estas interrogantes excede el objeto de esta memoria, debemos señalar que, tratándose de decisiones públicas no parece razonable dejar este tipo de decisiones a los estados psicocognitivos de quién debe decidir.

Sin embargo, si aceptamos un modelo de valoración racional de la prueba, en la práctica el órgano de persecución penal debería acusar cuando su investigación arrojará como resultado una corroboración de la hipótesis de la culpabilidad que superara el estándar requerido para condenar. Una analogía utilizada por Jordi Ferrer puede ser de gran ayuda: “[...] el juez de los hechos (togado o jurado) no opera análogamente al científico que valora los resultados de su propia investigación sino

---

<sup>1</sup> Posiciones como las de Lorenzo Miranda Morales están profundamente equivocadas. Miranda Morales plantea que la exigencia de objetividad en la investigación del Ministerio Público debiese ser eliminada, por no ser propia de un modelo adversarial y atentar, según él, contra el principio de inocencia. La razón es que, dado que el Ministerio Público actúa como acusador en el proceso penal, existiría un interés involucrado desde los actos iniciales de la investigación. Véase Lorenzo Miranda Morales, “El principio de objetividad en la investigación fiscal y el proceso penal. Una reforma urgente”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales de la Universidad San Sebastián*, n° 15 (2010): 35–54. A mi juicio, esta posición no distingue los diferentes roles que tiene el Ministerio Público, los que se materializan en distintos momentos del proceso penal.

en la posición análoga a la comunidad científica que evalúa el grado de corroboración de una hipótesis a la luz de las demás hipótesis rivales tomadas en consideración, los datos disponibles, los experimentos realizados, ectétera. Y para realizar esa valoración, deberá revisar todos los pasos de la investigación, esto es, los pasos experimentales practicados (las pruebas) y las inferencias realizadas a partir de ellos”<sup>1</sup>.

De esta forma, si el juez de los hechos opera análogamente a la comunidad científica que evalúa el resultado de la investigación, el órgano encargado de la investigación penal operaría como el científico, por lo que debiese tener en consideración el estándar que aplicará el juzgador de los hechos en el juicio (así como el científico tiene en consideración el estándar aplicable a su ámbito del conocimiento que utiliza la comunidad que lo evalúa). En cambio, si el Ministerio Público ha obtenido un grado de corroboración de la hipótesis acusatoria menor al exigido al juzgador de los hechos para condenar, la formulación de la acusación sólo podrá tener un sentido estratégico.

- (4) Una vez finalizada la práctica de la prueba en el juicio y en el momento de la valoración, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal revisará el grado de corroboración de las distintas hipótesis a la luz de la evidencia, determinando si ellas se encuentran suficientemente probadas de conformidad al estándar de prueba relevante<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 127.

<sup>2</sup> Como se ha dicho en el punto anterior, “[...] el juez ocupa la posición análoga a la de la comunidad científica que evalúa la investigación realizada por otros”. *Ibid.*, 139.

### Capítulo III: La distribución del error en el proceso penal

En el capítulo anterior, hemos tratado las principales características de la concepción racionalista de la prueba. En particular, nos hemos referido al método de la inducción por eliminación, por constituir, a mi juicio, la mejor forma de maximizar las probabilidades de corrección en las decisiones judiciales sobre los hechos. Y sin embargo, este no es el único objetivo que un sistema procesal busca conseguir: ellos también persiguen la distribución del error que -en algún punto- inevitablemente se producirá y la realización de valores extra-epistémicos<sup>1</sup>.

En este capítulo trataremos precisamente el primero de dichos objetivos: la distribución del riesgo de error al decidir y de sus costos para los intereses en conflicto. Para ello será útil detenernos en los estándares de prueba y en las funciones que ellos cumplen dentro de un sistema de investigación, lo que permitirá luego comprender la existencia de dos efectos que toda regla procesal o probatoria puede tener: el efecto reductivo y el efecto distributivo.

Como se ha dicho, los estándares de prueba actúan como criterios de suficiencia de la evidencia que indican cuándo una determinada proposición sobre los hechos puede tenerse como probada. Esta constituye su función propiamente epistémica. Así, una vez que la prueba ha sido valorada, deberá cotejarse el resultado de dicha valoración (o grado de corroboración de la hipótesis) con el nivel de suficiencia exigido por el estándar aplicable, para determinar si puede aceptarse dicha proposición como verdadera (y, por tanto, utilizarse como premisa en la decisión).

Pero es que además, los estándares probatorios cumplen una segunda función: ellos distribuyen de un modo determinado el riesgo de error desde la perspectiva de la globalidad del sistema procesal. Este segundo aspecto conforma su dimensión político-moral, y determina la existencia de configuraciones distintas en los diferentes procedimientos judiciales dependiendo de los bienes e intereses en juego<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ya nos hemos referido a esta diversidad de objetivos del proceso penal en el primer capítulo.

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, suele indicarse que en el procedimiento civil el estándar aplicable será el de la preponderancia de la prueba (probabilidad prevaleciente o balance de las probabilidades), el que distribuye equitativamente el riesgo de error entre las partes. Y la razón esgrimida es que el interés afectado por uno de los posibles tipos de error es de un valor similar al interés afectado por el error contrario (i.e. el costo de un falso positivo es equivalente al costo de un falso negativo). En cambio, en el procedimiento penal los bienes involucrados son de diferente entidad y magnitud. Ello justificaría la utilización de estándares más exigentes para la prueba de la hipótesis acusatoria (la libertad, la honra y los demás bienes afectados por la condena de un inocente -en algunos

Teniendo ambas funciones en mente, examinaremos el estándar de la prueba “más allá de toda duda razonable” adoptado en el sistema procesal penal chileno (artículo 340 del Código Procesal Penal), por reflejar una estimación diferenciada de los intereses en conflicto, lo que hará posible un adecuado tratamiento de la relación entre reducción y distribución.

#### 1. El estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”

Desde la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal chileno, el estándar de prueba adoptado para la emisión de un veredicto condenatorio es la superación de toda duda razonable. Específicamente, el artículo 340 del Código Procesal Penal prescribe:

Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

De esta forma, una vez terminada la práctica de la prueba y su valoración, el tribunal deberá preguntarse si existen dudas respecto de la culpabilidad del acusado. En caso de existir, deberá adicionalmente preguntarse si ellas son razonables o no. Si existe una duda razonable, el tribunal estará impedido para emitir un veredicto condenatorio; si no existe duda alguna, o ella no es razonable, el tribunal deberá dictar un veredicto de culpabilidad<sup>1</sup>. Esta constituye, en teoría, la operación que el juzgador de los hechos debe realizar al momento de aplicar el estándar de prueba vigente en nuestro proceso penal.

---

ordenamientos incluso la vida-, serían de mayor importancia que los bienes afectados por la absolución de un culpable).

<sup>1</sup> Recordemos que al situarnos plenamente en el campo de la investigación empírica siempre será posible formular alguna duda. La pregunta fundamental será, entonces, si ella es razonable o no.

Y sin embargo, las cosas no son tan simples como parecen. A pesar de que la “convicción más allá de toda duda razonable” sea una idea que debe utilizarse en la resolución de todo juicio penal, el sentido exacto de este requisito no ha sido depurado por la jurisprudencia y la doctrina procesalista, lo que ha provocado problemas en su interpretación y aplicación. Esto no es algo propio de nuestra cultura jurídica. De hecho, dicho estándar ha generado las mismas dificultades tanto en su contexto de origen, como en los sistemas que lo han acogido con posterioridad.

A continuación, examinaremos algunas de las interpretaciones que la doctrina y jurisprudencia estadounidenses han elaborado respecto de la prueba “más allá de toda duda razonable”, por ser aquellas en que la discusión ha tenido un mayor desarrollo teórico y práctico.

#### 1.1. Interpretaciones de “más allá de toda duda razonable”.

El concepto de “duda razonable” tiene sus orígenes en los sistemas de *common law*, a comienzos del siglo XIX. Sin embargo, su sustento filosófico se remonta al empirismo inglés del siglo XVII, que sostuvo con fuerza la idea de que en los asuntos humanos no es posible la obtención de certezas absolutas (o matemáticas). De conformidad a ella, se introdujo el concepto de “certeza moral” para explicar que ciertas creencias “no podían probarse más allá de toda duda”<sup>1</sup>. Esto llevó a los filósofos de aquella época al siguiente dilema: o admitían que no era posible aceptar ninguna creencia de aquellas que sólo podían producir “certeza moral”, o admitían que ellas podían ser aceptadas sin que existiese certeza absoluta a su respecto.

Dado que el único camino promisorio parecía ser el segundo (especialmente considerando que algunas de dichas creencias eran apoyadas por una gran cantidad de evidencia), se encontró la solución en el concepto de “duda razonable”: una creencia que sólo podía producir certeza moral admitía dudas (ya que no era una certeza matemática), pero no admitía dudas razonables. Y si la duda era razonable, no existía certeza moral. Dichos conceptos fueron trasladados hasta el proceso penal, para sostener que la emisión de un veredicto de culpabilidad no podía requerir una certeza absoluta; en cambio, requería

---

<sup>1</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 64.

tan sólo la ausencia de dudas razonables. Así fue como comenzó a aplicarse dicho estándar para el juzgamiento de los delitos.

Y sin embargo, aún entendida como certeza moral, la prueba más allá de toda duda razonable no fue interpretada unánimemente por los tribunales estadounidenses. En ciertas ocasiones, los jueces señalaban que ella equivalía a una alta probabilidad; en otras, que ella consistía en una convicción estable; y en otras, que ella requería la ausencia de toda duda racional. El estándar “más allá de toda duda razonable” rigió, así, por más de dos siglos, sin una interpretación clara y uniforme, sostenido por la costumbre y la jurisprudencia (tanto estatales como federales)<sup>1</sup>.

A continuación expondremos sus principales interpretaciones, expresadas en diversas instrucciones que los jueces han dado a los jurados en el sistema penal estadounidense<sup>2</sup>.

1) Como el criterio para tomar decisiones importantes en la vida.

Bajo esta interpretación, se habrá superado el estándar “más allá de toda duda razonable” cuando el jurado está tan seguro de la culpabilidad del acusado, como lo estaría de una creencia que usaría para adoptar una decisión importante de la vida. Para utilizar una institución conocida entre nosotros, podría decirse que “más allá de toda duda razonable” exigiría la “suma diligencia o cuidado” (prevista en el artículo 44 del Código Civil chileno), y por tanto, el grado de seguridad en las creencias que un hombre juicioso emplearía para la administración de sus negocios importantes. Existe, también, una variante de esta interpretación, conforme a la cual una duda razonable sería aquella que haría a una persona prudente vacilar en una decisión importante de su vida.

Ambas lecturas se encuentran con el problema de definir la manera en que las personas funcionan en la vida cotidiana. En ciertos casos adoptamos decisiones que podrían calificarse de importantes sin cumplir requisitos particularmente severos (i.e. actuamos a

---

<sup>1</sup> Más aún, en el año 1970 un conocido fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos determinó su consagración constitucional en virtud de la enmienda decimocuarta de la Constitución (que se asocia a la garantía del debido proceso). Y a pesar de ello, el concepto de “duda razonable”, y el sentido en que debe ser aplicado en los juicios penales, no ha podido ser determinado. Véase “In re Winship” 397 U.S. 358 (1970).

<sup>2</sup> Esta parte del trabajo está basada en la exposición de Larry Laudan en Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 68–88.

pesar de existir una duda considerable), y en otros, una duda poco razonable nos impide actuar. Así, en tanto no exista claridad y uniformidad en la forma en que los seres humanos tomamos nuestras decisiones, mal puede servirnos este criterio en la explicación de lo que “más allá de toda duda razonable” exige al juzgador de los hechos para condenar en un juicio penal. El grado de confianza o seguridad que se tiene en las creencias utilizadas para actuar en los asuntos privados es algo que varía de sujeto en sujeto, y cuyo contexto es difícilmente analogable al de la toma de decisiones públicas (como la emisión de un veredicto en un procedimiento penal).

## 2) Como convicción estable en la culpabilidad del acusado.

Una segunda forma en que el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” ha sido entendido es como una convicción o creencia estable. Sin embargo, existen dos lecturas respecto de esta noción de estabilidad. En primer lugar, ella requeriría que la creencia en la culpabilidad del acusado fuese duradera (i.e. que subsistiera por un periodo relativamente prolongado de tiempo). El problema que surge con esta interpretación es obvio: el juzgador de los hechos difícilmente podrá determinar con antelación si su creencia o convicción será estable o no.

Una segunda lectura, en cambio, exige que la creencia o convicción sea firme. La noción de firmeza, no obstante, es también problemática: incluso aunque aceptemos que el juzgador de los hechos es capaz de dicha determinación, que una creencia o convicción se sostenga firmemente (al igual que en forma duradera) nada dice sobre su racionalidad o justificación<sup>1</sup>. Como se ha señalado en el primer capítulo de esta memoria, las creencias son involuntarias e independientes del contexto, por lo que pueden ser irracionales e incluso existir en contra de la evidencia disponible<sup>2</sup>. Así, esta interpretación del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” tampoco parece satisfactoria.

## 3) Como ausencia de una duda para la cual puede ofrecerse una razón.

---

<sup>1</sup> Ibid., 72. Probablemente Hitler tenía la convicción firme de que la Operación Barbarroja sería un éxito, a pesar de que la racionalidad de dicha creencia, dada la información proporcionada por la *Abwehr* (y la falta de información), era, a lo menos, dudosa.

<sup>2</sup> Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, 80–88.

Esta interpretación centra la atención en el concepto de “duda razonable”, y la entiende como aquella duda para la cual el jurado puede dar una razón en base a las pruebas disponibles en el juicio. A pesar de que ella parece recurrir al sentido natural de la noción, no ha tenido una buena acogida por los tribunales superiores estadounidenses<sup>1</sup>. La razón, por un lado, es la aversión de dichos tribunales por cualquier tipo de instrucción que pueda constreñir al jurado (teniendo en cuenta, en especial, que este no está obligado a expresar las razones de sus conclusiones), y por otro (más importante para nuestra práctica jurídica), la consideración de que el acusado puede ejercer una defensa pasiva sin presentar alegación o prueba alguna en que el juzgador de los hechos deba fundar sus dudas<sup>2</sup>.

Sin embargo, a mi juicio, el motivo real por el que esta explicación falla es que es insuficiente: Es necesario que puedan ofrecerse razones para fundar la duda por la que se absuelve, pero ello nada dice respecto de si las razones concretamente ofrecidas justifican la absolución.

#### 4) Como creencia altamente probable.

Esta formulación del estándar “más allá de toda duda razonable” utiliza la probabilidad para estimar el grado de seguridad o confianza necesario para emitir una condena en el proceso penal. De esta forma, se señala que mientras en el proceso civil la prueba de una proposición requiere una probabilidad prevalectante (i.e. superior a 0.5), la probabilidad de la hipótesis acusatoria en el proceso penal debe ser considerablemente mayor (e.g. superior a 0.95).

Como es evidente, esta interpretación depende de la posibilidad de asignar valores de probabilidad a las creencias, ya sea en forma directa o mediante la utilización del teorema de Bayes. Respecto de ello, ya hemos tratado los problemas que los usos de la probabilidad

---

<sup>1</sup> Véase Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 74–75.

<sup>2</sup> El acusado que no presenta una defensa activa debe ser de todas formas absuelto, a menos que su culpabilidad sea probada por el acusador más allá de toda duda razonable. De ello se seguiría que puede haber una duda razonable a pesar de la inactividad del acusado (i.e. a pesar de que el juzgador no pueda dar una razón fundada en las alegaciones y pruebas del acusado). Si este es el argumento de los tribunales estadounidenses, es evidente el error: No hay necesidad de que la duda encuentre sus razones en alegaciones y pruebas presentadas por el acusado, y ella puede existir y fundarse en las pruebas del propio acusador y en las reglas de la racionalidad general. Pareciera ser que la preocupación real está en la idea de que, para absolver, el juzgador deba encontrar razones que pueda ofrecer (y en caso contrario, deberá condenar), lo que invertiría el orden de las cosas. Sin embargo, esta objeción ignora que en un sistema de valoración racional, la emisión de una condena debe también fundarse en (buenas) razones.

matemática y de la probabilidad subjetiva suscitan en el razonamiento probatorio. Pero es que además, cualquier especificación de la probabilidad requerida por el propio estándar “más allá de toda duda razonable” parece también arbitraria<sup>1</sup>. Por estas consideraciones, tampoco esta interpretación resulta promisorio.

5) Decisión de no definir la prueba “más allá de toda duda razonable”.

La existencia de distintas interpretaciones respecto del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” ha generado cierta confusión en el sistema procesal penal estadounidense. Después de todo, si no hay un criterio uniforme para la emisión de condenas en los juicios penales, tampoco existirá suficiente certidumbre respecto de sus resultados. Pero es que además, ninguna de dichas interpretaciones le indica al juzgador con claridad cuándo debe tener la hipótesis acusatoria como probada. De hecho, pareciera ser que cada una de ellas supone distintos “tipo y nivel de prueba necesarios para condenar”<sup>2</sup>.

La existencia de estas dificultades ha tenido como consecuencia que algunos tribunales superiores ordenen a los jueces de primera instancia que no definan o expliquen al jurado el significado del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” ni las condiciones en que ha sido satisfecho. El argumento esgrimido consiste en que su sentido sería “autoevidente”, y cualquier intento de definición sólo podría oscurecerlo.

Esta idea es, a lo menos, curiosa: Si diversas explicaciones han sido formuladas acerca de lo que es la prueba “más allá de toda duda razonable”, difícilmente podrá considerarse que se trata de un concepto autoevidente (o siquiera que existe acuerdo a su respecto). De hecho, mientras no exista una definición uniforme, lo normal será esperar que cada juez o jurado lo interprete de una forma distinta. Larry Laudan ha expresado elocuentemente esta preocupación:

En una situación en que la altura o severidad del umbral para condenar permanece indeterminada, no hay garantías de que los casos que vayan a juicio oral

---

<sup>1</sup> No sólo será arbitraria la asignación de un valor a la propia creencia, sino también la determinación del valor requerido para condenar. ¿Por qué razones diríamos que el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” requiere un 0.95 de probabilidad y no un 0.98 o un 0.9?

<sup>2</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 83.

serán decididos por el jurado de acuerdo con el mismo estándar que emplearía un jurado alterno frente a un caso idéntico<sup>1</sup>.

En este contexto, el problema de la arbitrariedad judicial no es una posibilidad, sino una consecuencia casi insalvable: incluso aquellos jueces que busquen ejercer correctamente su función (aplicando el Derecho a los casos que corresponda), se enfrentarán a un criterio ambiguo que, como tradicionalmente ha sido interpretado, nada les dice respecto de qué pruebas son suficientes para condenar al acusado. Esto constituye un problema serio si nuestro interés se encuentra en maximizar la probabilidad de justicia en las decisiones, y pone en cuestión la credibilidad del sistema procesal penal<sup>2</sup>.

Y sin embargo, estos obstáculos no son exclusivos del proceso penal estadounidense: Ellos se han suscitado en los diversos sistemas en que la prueba “más allá de toda duda razonable” ha sido implementada, a distintos niveles y respecto de diferentes órganos. Y entonces, es posible preguntarse si no será el propio estándar en cuestión el que adolece de defectos intrínsecos. Si esto es así, seguir utilizando un criterio oscuro e impreciso y que enfrenta a todos los intervinientes del proceso penal a un resultado impredecible, sólo puede conducir al fracaso.

La causa del problema parece encontrarse en la multiplicidad de funciones que la doctrina y la jurisprudencia esperan que la prueba “más allá de toda duda razonable” realice:

Para empezar, tenemos la expectativa de que la formulación de esta doctrina deje claro a los miembros del jurado que la carga de la prueba en materia penal se impone al Estado, y no al acusado. Luego, hemos empleado la noción de BARD [i.e. más allá de la duda razonable] para advertir al jurado que no deben permitir que las dudas exageradas e hiperbólicas se interpongan en la ruta de emitir una condena. La hemos usado también para establecer que los veredictos de culpabilidad en materia penal han de depender de grados de exigencia probatoria más severos que aquéllos asociados a las controversias civiles o a la vida práctica. Asimismo, con esta doctrina hemos pretendido imprimir en las mentes de los miembros del jurado todo lo que está

---

<sup>1</sup> Ibid., 62.

<sup>2</sup> ¿Qué podrá decir el ciudadano común y corriente respecto de un sistema que funda sus veredictos de culpabilidad en un criterio ambiguo, y que frente a la arbitrariedad no otorga ninguna garantía para los justiciables? En tanto una misma prueba pueda derivar en consecuencias opuestas (dependiendo de quién juzgue los hechos), será difícil considerar que el sistema es racional y justo.

en juego, lo sobria que debe ser la decisión de enviar a una persona a prisión, con la cual obviamente se le priva de su libertad y se mancilla su buen nombre. Finalmente, la hemos empleado para garantizar, en lo posible, la uniformidad del estándar de prueba, tratando de asegurarnos de que cada veredicto en el ámbito penal utilice el mismo umbral para condenar. El problema es que en la mayoría de estos objetivos BARD está fracasando<sup>1</sup>.

Dicha pluralidad de expectativas refleja la confusión existente respecto de lo que un estándar de prueba es, para qué sirve y cómo funciona. Intentaremos dilucidar estas cuestiones en las secciones siguientes, y ello nos servirá de base para tratar la función distributiva de las reglas procesales y probatorias.

## 1.2. El problema de la subjetividad.

Pero que “más allá de toda duda razonable” sea un concepto ambiguo, abierto a una multiplicidad de interpretaciones, no es el único problema de que adolece. La mayoría de sus formulaciones son construidas desde una óptica subjetivista, mediante la referencia a estados psicológicos o mentales del juzgador de los hechos. Así, suele señalarse que la duda razonable ha sido superada (y, por tanto, el acusado debe ser condenado por el delito que se le imputa) cuando el juez o jurado se encuentra fuertemente persuadido, ha adquirido la íntima convicción, tiene una creencia firme, o está completamente seguro de la culpabilidad del imputado. De esta forma, en los sistemas que han adoptado dicho estándar se ha visto favorecido el desarrollo de la concepción psicologista de la prueba.

A mi juicio, esto constituye un grave problema. Si nuestro interés principal en el proceso penal es la toma de decisiones racionales, el criterio que determine cuándo ha de tenerse una proposición fáctica como probada, y así, utilizarse como premisa para la decisión, debe referirse a ciertas características de la evidencia disponible y no a los estados mentales de

---

<sup>1</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 88; Los paréntesis son míos. Esta no es una situación exclusiva del sistema procesal estadounidense: En la doctrina y la jurisprudencia chilena, el estándar de prueba establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal suele asociarse a las mismas tareas. Al respecto, es particularmente ilustradora la descripción de las funciones de la “convicción más allá de toda duda razonable” que realizan Horvitz y López. Véase María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno T. II*, 1a. ed (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 153–57.

quien juzga<sup>1</sup>. Estos últimos (como hemos señalado al referirnos a las creencias), suelen ser irracionales, por lo que su utilización aumentará la probabilidad de decisiones infundadas<sup>2</sup>.

### 1.3. “Más allá de toda duda razonable” en el proceso penal chileno.

En nuestro sistema procesal penal, la tendencia doctrinaria y jurisprudencial ha sido la interpretación del estándar consagrado en el artículo 340 del Código Procesal Penal bajo una lectura subjetivista. Se ha dicho, por ejemplo, que la convicción más allá de toda duda razonable debe ser identificada con la idea de certeza, por tener ésta una larga tradición en nuestra cultura jurídica (lo que facilitaría la labor judicial)<sup>3</sup>. Esto, combinado con la falta de justificación de la decisión sobre la suficiencia de la prueba<sup>4</sup>, ha provocado que el proceso penal chileno se encuentre expuesto a los mismos problemas y dificultades que existen en el contexto de origen del estándar “más allá de toda duda razonable”.

Sin embargo, para comprender por qué las distintas interpretaciones expuestas fallan en cumplir las funciones que le corresponden a los estándares de prueba, es necesario entender primero en qué consisten dichas funciones.

## 2. La distribución del error en el proceso penal.

---

<sup>1</sup> Es común señalar la imposibilidad de racionalidad absoluta en los asuntos humanos como una objeción a esta idea. Pero que la idea de racionalidad total sea ilusoria no implica sin más que debe renunciarse absolutamente a ella.

<sup>2</sup> Si los estados mentales suelen ser irracionales no pueden servirnos para diferenciar una duda racional de una que no lo es. Para ello, debemos poder diferenciar primero cuándo un estado mental está racionalmente justificado o no, y ello sólo puede hacerse conforme a la evidencia. De nuevo, es la prueba la que nos dirá si existe o no una duda razonable. Quizás, como suele señalar la concepción racionalista, sea el concepto de aceptación (planteado por Cohen) el único estado mental exigible al juzgador de los hechos en las decisiones probatorias. Véase Cohen, “Belief and Acceptance”, 368. Sin embargo, ella se exige *porque* las pruebas han superado el estándar probatorio y no *para* que lo superen (lo que tiene como consecuencia que si las pruebas son suficientes y no hay aceptación, el juzgador habrá errado).

<sup>3</sup> Horvitz Lennon y López Masle, *Derecho procesal penal chileno T. II*, 164.

<sup>4</sup> Respecto de dicha falta de justificación, analizando la jurisprudencia de los tribunales chilenos Accatino ha señalado: “[E]n las sentencias de Tribunales de Juicio Oral, [...] la aplicación del estándar se agota en la pura afirmación de la existencia de convicción del tribunal, sin que se aborde a través de una justificación reflexiva la cuestión de la suficiencia de las pruebas”. Luego añade: “[O]bservamos que una firme tendencia jurisprudencial excluye que la justificación de la suficiencia (o insuficiencia) de las pruebas pueda ser revisada, porque [en opinión de los tribunales superiores] la convicción del tribunal más allá de toda duda razonable es un asunto radicado en el fuero interno [...]”. Así, Accatino concluye: “[S]e deja abandonada al mismo tiempo la determinación de su suficiencia para tenerlos por probados a una suerte de epifanía del juzgador, liberada de toda exigencia de justificación racional y de todo control”. Véase Accatino, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, 496–98. Se han omitido las comillas internas. Los paréntesis son míos.

Hasta este punto, uno de los lugares recurrentes de este trabajo ha sido la idea de que los estándares de prueba distribuyen de una forma determinada el riesgo de error en los procedimientos judiciales. Así, en materia civil, la “preponderancia de la prueba” divide equitativamente el riesgo de error entre el demandante y el demandado, dado que el costo de una concesión errónea de la demanda se estima equivalente al costo de su rechazo erróneo. En cambio, en el proceso penal, el perjuicio provocado por una condena falsa es considerado notablemente mayor al producido por una falsa absolución. Por esto, el estándar que usualmente se juzga apropiado es el de la prueba “más allá de toda duda razonable”. Esta es, de hecho, una de las pocas cosas que podemos indicar con seguridad sobre dicho estándar en particular: que constituye un criterio exigente para la prueba de cualquier hipótesis acusatoria. Daniela Accatino ha manifestado esta idea de la siguiente forma:

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<sup>1</sup>.

Y sin embargo, ¿Qué significa que un estándar de prueba sea “particularmente exigente”? Si, como hemos visto en las secciones anteriores, “más allá de toda duda razonable” es un concepto ambiguo y subjetivo, pareciera ser que cualquier formulación exacta del grado de creencia o convicción necesario para condenar no puede ser más que arbitraria<sup>2</sup>.

Esta no es sólo una dificultad de las interpretaciones subjetivistas de la prueba “más allá de toda duda razonable”. De hecho, aunque abandonáramos dicho estándar o lo interpretáramos objetivamente, podríamos de todas formas preguntarnos con qué fuerza deben las pruebas apuntar a la culpabilidad del acusado si el juzgador de los hechos ha de emitir un veredicto condenatorio. El problema se encuentra en el hecho de entregar la

---

<sup>1</sup> Ibid., 489.

<sup>2</sup> Supongamos, por un momento, que es posible asignar valores de probabilidad a las creencias; ¿Con qué probabilidad debe creer el juez que el acusado realizó los hechos que se le imputan? ¿Exige la prueba “más allá de toda duda razonable” un 0.8 de probabilidad? ¿Un 0.9? ¿Un 0.95?

determinación del nivel de severidad del estándar al propio decisor: Si lo que deseamos es reducir la posibilidad de arbitrariedad en las decisiones, los criterios de suficiencia probatoria deberán estar previamente definidos.

Pero comencemos por explicar el funcionamiento de los estándares probatorios. En esencia, un estándar de prueba es una regla que indica al decisor de los hechos cuándo puede tener una hipótesis como probada conforme a la evidencia disponible. Esta función la realiza estableciendo un determinado umbral de suficiencia, que refleja el nivel de exigencia o severidad requerido para la prueba de una cierta proposición fáctica. Así, por ejemplo, un estándar podrá requerir que una proposición sea medianamente probable, que sea altamente probable, o que sea casi cierta, para que pueda utilizarse como premisa en la decisión.

Ahora bien, si esto fuese todo lo que debiese considerarse, sería natural concluir que una mayor exigencia probatoria es siempre deseable (mientras más exigente sea la prueba de una hipótesis, ella será más probablemente verdadera cuando se tenga por probada). Y sin embargo, requerir que una determinada proposición sea probada rigurosamente incrementará siempre el peligro de tenerla por no probada cuando es, de hecho, verdadera. Esta situación -cuando las decisiones tienen consecuencias prácticas- representa una desventaja que debe ser considerada<sup>1</sup>. Para explicar esta idea, detengámonos un momento en el proceso penal.

En los procedimientos criminales, la emisión de un veredicto condenatorio requiere que el estándar “más allá de toda duda razonable” sea satisfecho, criterio que, como hemos indicado, se estima exigente para la prueba de una proposición fáctica. Así, la probabilidad de que un acusado declarado culpable en un proceso penal sea genuinamente culpable, es considerablemente mayor a la probabilidad de que una proposición que se tiene por probada en un proceso civil sea verdadera. Este es precisamente el beneficio de establecer un criterio estricto. Pero si -como hemos dicho- la existencia de un estándar severo incrementa el

---

<sup>1</sup> Epistémicamente, no es lo mismo la falta de prueba de la proposición A que la prueba de su falsedad. Esto, quizás, permitiría sostener que un estándar de prueba exigente es adecuado para la prueba de toda proposición, y que la declaración de una proposición verdadera como no probada no constituye un error (ya que si el estándar no es satisfecho, ello no quiere decir que estará probada la falsedad de la proposición). Sin embargo, cuando estas decisiones tienen consecuencias prácticas (i.e. existe un costo tanto en la declaración de una proposición falsa como probada, como en la declaración de una proposición verdadera como no probada), la falta de prueba de una proposición equivale a la prueba de su negación. Esta situación se ve reflejada en las denominadas hipótesis “nulas” o “por defecto”.

peligro de no tener por culpable a quien de hecho ha delinquido, y dado que la falta de prueba de la culpabilidad tiene exactamente los mismos efectos que la prueba de la inocencia del acusado, la decisión de utilizar dicho estándar no producirá sólo beneficios: este hará más probable que se cometa un error al absolver.

Pero los inconvenientes de adoptar un estándar de prueba exigente no terminan ahí. La reducción de la probabilidad de cometer un error específico no sólo aumenta la probabilidad de cometer el error contrario, sino que también incrementa el número total de errores que el sistema arrojará. De esta manera, si nuestro único interés al diseñar un procedimiento judicial fuese la averiguación de la verdad para una correcta resolución del caso, todo estándar debiese estar diseñado para distribuir equitativamente el riesgo de error. En cambio, cualquier forma de distribución inequitativa (aunque pueda fundarse en muy buenas razones<sup>1</sup>) dará lugar a un incremento del número global de errores<sup>2</sup>.

En consecuencia, la determinación del nivel de exigencia requerido para la prueba de una proposición determinada, dependerá tanto de la evaluación de los costos relativos de los posibles errores, como de la cantidad global de errores que estemos dispuestos a tolerar (con el fin de reducir la probabilidad de un error específico). Así, diremos que la primera variable responde a consideraciones distributivas, mientras que la segunda lo hace a consideraciones reductivas. Ninguna de ellas puede ser perdida de vista. Al respecto, Accatino ha señalado:

En el caso de un estándar de prueba mínimo el fin que se persigue es evitar en general el error al determinar los hechos en un proceso. Se trata, en este sentido, del estándar más funcional si se toma en cuenta únicamente el fin de averiguación de la verdad.

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, la consideración de que la comisión de uno de los posibles errores de un procedimiento determinado es más costosa que la comisión del error alternativo, y por ello, deseamos evitarlo lo más posible.

<sup>2</sup> Existe un efecto interesante de los estándares de prueba que distribuyen desigualitariamente el error. En el primer capítulo nos hemos referido a la distinción entre inocencia o culpabilidad probatoria e inocencia o culpabilidad material. En el proceso penal, mientras que un veredicto de culpabilidad (probatoria) permite inferir razonablemente la culpabilidad material, un veredicto absolutorio no permite realizar inferencia alguna (e.g. si la culpabilidad tiene una probabilidad de 0.8 y el estándar exige 0.95, habrá inocencia probatoria pero difícilmente inocencia material). En cambio, en aquellos procesos en que rige un estándar óptimo en términos epistémicos, tanto el positivo como el negativo “probatorio” permite inferir razonablemente el positivo o negativo “material”.

Cuando se adopta, en cambio, un estándar probatorio más exigente, lo que está en juego es evitar especialmente un tipo de error, el falso positivo (declarar probada una proposición falsa), aun a costa de elevar el riesgo de falsos negativos (declarar no probada una proposición verdadera). Se trata, como se puede observar, de un fin diferente al de la pura averiguación de la verdad y que está parcialmente en tensión con éste<sup>1</sup>.

Es posible expresar esta idea desde otra perspectiva. En el primer capítulo nos hemos referido a la distinción entre veredictos verdaderos y veredictos válidos. De conformidad a ella, diremos que el aumento de la severidad del estándar de prueba provocará un incremento del número de casos de veredictos que son simultáneamente válidos y falsos<sup>2</sup>.

Una vez entendido los efectos (reductivos y distributivos) que la variación del nivel de severidad del estándar probatorio tiene sobre los resultados de un sistema de investigación, es posible comprender que su determinación no constituye una decisión netamente epistemológica, sino especialmente una de naturaleza político-moral. En palabras de Jordi Ferrer:

[...] la definición concreta de cada estándar de prueba presupone una decisión valorativa que corresponde hacer al poder legislativo.

[...] la determinación misma del nivel de corroboración exigido a una hipótesis fáctica en los distintos procesos judiciales y en las distintas fases de esos procesos es consecuencia de una valoración acerca de la distribución de errores que se considera admisible, valoración que corresponde hacer a cada sociedad [...]<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Accatino, "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal", 487–88.

<sup>2</sup> Sin embargo, esta forma de expresar la idea no es pacífica. Aunque Laudan es explícito al señalar que emite un veredicto válido (pero probablemente falso) el jurado que concluye que existe un 80 por ciento de probabilidad de que el acusado sea culpable, y que absuelve porque el estándar de prueba exige un 90 por ciento o más, podría entenderse que la validez, en sentido epistémico, no se adecúa al nivel de exigencia del estándar, y que por tanto, dicho veredicto es en realidad epistémicamente inválido (aunque jurídicamente válido). En tanto entendemos que la validez del resultado depende de lo que una persona razonable hubiese extraído de las pruebas disponibles, la exigencia de un estándar de prueba elevado afecta precisamente dicha validez (y no sólo la verdad del fallo): la determinación de "no culpabilidad" existiendo un 80 por ciento de probabilidad de "sí culpabilidad" no es, evidentemente, el resultado que esperaríamos de una persona razonable que busca desinteresadamente la verdad. Pero, de nuevo, la justificación de dichos veredictos está en la realización de objetivos extra-epistémicos. Véase Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 38–39.

<sup>3</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 142–43.

Dicha valoración, como bien señala Ferrer, será consecuencia de las concepciones políticas y morales vigentes en una sociedad determinada.

La conclusión de todas estas consideraciones es que la configuración del estándar de prueba que rige la adopción de las decisiones en un sistema de investigación determinado no es antojadiza ni puede depender de las apreciaciones personales de quien decide. En cambio, ella refleja la valoración social del riesgo de los distintos errores que pueden cometerse y del número de errores tolerables. Y “[l]os juzgadores de los hechos deben prorratear este riesgo entre las partes de una manera racional, imparcial y justificada”<sup>1</sup>. Ello significa, por una parte, que el criterio de distribución adoptado no puede tener una aplicación arbitraria, y por otra, que debe ser calibrado para reflejar la estimación social de los costos implicados.

## 2.1. Los costos relativos de los errores.

En este punto, es indudable que la estimación del costo de los errores juega un rol fundamental en la correcta configuración de los mecanismos de adopción de las decisiones probatorias. Para expresar dicha estimación en el proceso penal, utilizaremos la noción de “la razón proporcional  $n$ ” propuesta por Larry Laudan:

[...] si de algún modo pudiéramos descifrar los costos relativos que la comisión de condenas falsas y de absoluciones falsas representa para la sociedad, quizá pudiéramos utilizar la razón proporcional de dichos costos como un mecanismo para determinar la severidad de nuestro EdP [estándar de prueba]. Con tal objetivo en mente, definamos  $n$  como la razón proporcional socialmente aceptada de absoluciones falsas contra condenas falsas<sup>2</sup>.

Trabajaremos un poco sobre dicha noción, dada su utilidad para abordar el objeto principal de esta memoria.  $N$ , entonces, es “la razón proporcional socialmente aceptada de absoluciones falsas contra condenas falsas”. Aunque a primera vista no parece posible asignar un valor específico a dicha razón proporcional, podemos al menos decir que (en

---

<sup>1</sup> Stein, *Foundations of Evidence Law*, x. La traducción es mía.

<sup>2</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 110. Las cursivas son del autor; los paréntesis son míos.

nuestra cultura jurídica) existe consenso en torno a que el costo asociado a la condena de un inocente es considerablemente mayor al costo asociado a la absolución de un culpable<sup>1</sup>.

La razón detrás de dicho consenso se encuentra en las consecuencias para el individuo y la sociedad de los errores que es posible cometer en el proceso penal. Así, a pesar de que tanto cuando se castiga a un inocente como cuando se exonera a un culpable, la situación no ha sido resuelta del modo que como comunidad hemos determinado adecuado resolverla (i.e. el Derecho no ha sido aplicado correctamente), los efectos son considerados más perjudiciales en un caso que en otro.

Veamos cuáles son dichos efectos. Una falsa absolución implica sustraer a quien ha cometido un delito del castigo que se merece, privar al delincuente de la posibilidad de ser resocializado, fallar en la inocuización del malhechor frente al peligro que representa para la sociedad o fracasar en el cumplimiento de cualquiera que sea el fin de la pena sostenido<sup>2</sup>. Así, pareciera ser que todos los costos de absolver a un genuinamente culpable son asumidos por la sociedad.

A su vez, una condena falsa envuelve costos similares. En primer lugar, considerando que el acusado ha sido condenado, existe una alta probabilidad de que el hecho imputado realmente haya tenido lugar. Así, al tiempo que un genuinamente inocente ha sido penado, es probable que un genuinamente culpable haya sido exonerado. En segundo lugar, una condena errónea implica resocializar a quien no requiere resocialización, inocuizar al inofensivo o castigar a quien no lo merece. Todos ellos son también costos sociales. Pero es que un falso hallazgo positivo implica además un enorme costo para el individuo inocente, que típicamente se expresa en la privación de su libertad, en la afectación de su honra y en la perturbación de otros de sus derechos (incluso fundamentales), costos que usualmente se consideran inexistentes ante una falsa absolución. Es esta situación la que inclina la balanza

---

<sup>1</sup> Accatino atribuye dicha intuición a una "concepción moral que tiene una larga tradición en Occidente". Véase Accatino, "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal", 488. Sin embargo, a diferencia de la cultura jurídica anglosajona, en nuestra cultura jurídica la discusión respecto al costo relativo de los errores ha sido mínima o casi inexistente, y no se cuenta con la información empírica necesaria para ello.

<sup>2</sup> Es evidente que la adhesión a una u otra teoría de la pena afecta la evaluación de los costos relativos de los errores, en especial, del costo de una falsa absolución. Podemos decir, por ejemplo, que una teoría prevencionista especial negativa es poco favorable a la absolución de culpables, y no así una teoría prevencionista general positiva. Determinar el modo concreto en que una concreta justificación de la pena influye en dicha evaluación requeriría de un estudio que escapa a los límites de esta memoria. Aquí, basta señalar que un análisis adecuado de los costos relativos de los errores debe considerar dicha relación.

en el sentido de que, si un error ha de ser cometido, es mejor que se trate de un falso negativo.

Si esta es la lógica de la adopción de reglas que promueven una distribución inequitativa del error, difícilmente pueda decirse algo en su contra. Y sin embargo, el escenario debe ser matizado: Cuando se trata de adoptar decisiones racionales, el número de falsas absoluciones necesarias para evitar una falsa condena no puede ser irrelevante. Aquí radica la importancia del esfuerzo por evaluar los costos relativos y de la determinación de la razón proporcional  $n$ .

Aunque dicha labor pueda parecer difícil de realizar como sociedad, no es imposible. Podría, por ejemplo, utilizarse el propio proceso legislativo (concretamente la etapa del debate parlamentario) para acordar el número de falsos negativos que el sistema debe cometer antes de que sea aceptable un falso positivo (como un paso previo a la definición del estándar de prueba aplicable). O podría pensarse incluso en la realización de un plebiscito<sup>1</sup>. Los mecanismos para la determinación de estas cuestiones son los mismos que el sistema político prevé para la consecución de acuerdos en todo asunto políticamente controvertido. Por ello, aunque no exista una fórmula exacta para su cumplimiento esta no resulta una tarea implausible. Ella, no obstante, deberá realizarse considerando dos cuestiones fundamentales: (1) el punto inicial lo constituye el reconocimiento de que el falso hallazgo inculpatario es más grave que el falso hallazgo exculpatario; y (2) el resultado del proceso no puede ser una razón proporcional de  $1:2$ .

Es posible imaginar que el resultado de un proceso racional y explícito será una razón proporcional  $n$  probablemente menor a lo que intuitivamente podríamos decir. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un delito grave como el secuestro, el homicidio o la violación. ¿Diría un ciudadano común que es preferible diez mil secuestradores, homicidas y violadores libres, que un inocente condenado por dichos delitos? ¿Sería políticamente viable un discurso como este? ¿Podría un sujeto razonable preferir mil falsos negativos a un falso positivo? La respuesta a estas preguntas, independientemente de la teoría de la pena adoptada, es que

---

<sup>1</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 114.

<sup>2</sup> La razón es que el límite a la posibilidad del conocimiento empírico implica que la única manera de materializar una razón proporcional como la expresada es exigiendo la absolución en todo caso (o, lo que es lo mismo, proscribiendo las condenas). Esto evidentemente es absurdo: la propia existencia de conductas tipificadas y penas manifiesta un interés en que hayan condenas (a menos, obviamente, que la conducta no fuese realizada en ningún caso y por ningún sujeto, lo que es altamente improbable).

no parece aceptable una razón proporcional de este tipo, como tampoco parece posible que se logre un consenso en torno a ella.

En este punto cabe hacer una importante observación. La proporción en que efectivamente se distribuirán los errores en los procesos penales no depende sólo del estándar de prueba. En realidad, el sistema arrojará un falso hallazgo cada vez que un individuo genuinamente culpable no sea condenado (por ejemplo, por ejercerse el principio de oportunidad) o un individuo genuinamente inocente absuelto<sup>1</sup>. La importancia de entender esta cuestión radica en que existen instituciones que finalizan el procedimiento sin que el estándar sea utilizado y que producen errores por su propia cuenta.

Pero es que además, dichas instituciones influyen en la distribución de genuinamente inocentes y genuinamente culpables que sí son sometidos a un juicio propiamente tal, y que afectan, de esta forma, el funcionamiento del estándar probatorio en los procedimientos reales (no será lo mismo, por ejemplo, aplicar un estándar diseñado para absolver a diez culpables por cada inocente que sea condenado sobre una muestra de siete inocentes y tres culpables, que hacerlo sobre una población de tres inocentes y siete culpables)<sup>2</sup>. Es por ello que a pesar de que nuestro interés principal sea la proporción entre falsas absoluciones y falsas condenas (la que debe constituir el punto de partida en la determinación de la exigencia del estándar de prueba), la distribución efectiva del error en los procedimientos penales no puede ser –por sí sola- la forma de controlar que la formulación del estándar sea la adecuada<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Al respecto, es interesante examinar lo que ocurre en nuestro sistema procesal penal cuando los intervinientes recurren a la suspensión condicional del procedimiento. En términos simples, la suspensión condicional del procedimiento es una institución que permite, en ciertas circunstancias y respecto de determinados delitos, suspender el procedimiento penal seguido en contra de una persona cuando así lo acuerdan el fiscal y el imputado y existe aprobación del juez. Dicha suspensión tiene siempre el efecto de imponer condiciones al imputado por un determinado periodo de tiempo, que le significan un costo a través de obligaciones y restricciones, y que cumplidas, darán lugar al término del procedimiento (véase el artículo 237 del Código Procesal Penal chileno). Ahora bien, ¿Cuál es el sentido de la suspensión condicional del procedimiento desde una perspectiva distributiva? ¿Es la suspensión acordada entre el Ministerio Público y un inocente un error del sistema –dado que constituye un costo para éste- o un acierto –dado que, cumplidas las condiciones por el tiempo establecido, el inocente habrá sido exonerado-? Y lo mismo puede preguntarse respecto del imputado culpable. Aunque a mi juicio, la suspensión condicional del procedimiento respecto del inocente constituye un acierto del sistema (dado que ella no implica una declaración de culpabilidad), no podemos desconocer que lo deseable sería que al inocente el sistema no le impusiese condiciones que le signifiquen costo alguno.

<sup>2</sup> Instituciones como la suspensión condicional del procedimiento realizan valores extra-epistémicos (como la eficiencia económica de los recursos) que afectan la manera en que los errores efectivamente se distribuirán en los juicios penales.

<sup>3</sup> En cambio, ella es una forma de controlar el funcionamiento del sistema procesal penal en su conjunto (no sólo del estándar probatorio): la razón proporcional  $n$  sí debe materializarse en los procedimientos penales reales, si consideramos dentro de dicha categoría todos aquellos que no terminan mediante la utilización del estándar de prueba.

Para decirlo en términos categóricos: la importancia de la razón proporcional  $n$  no radica en la posibilidad de que ella sea reflejada estadísticamente en los procedimientos penales reales, sino en el “hecho de que constituye una manera [no arbitraria ni ambigua] de expresar las actitudes sociales respecto de los costos respectivos de las absoluciones falsas y de las condenas falsas”<sup>1</sup>.

## 2.2. El principio de indiferencia entre las absoluciones y las condenas.

Ante la imposibilidad de que la razón proporcional  $n$  sea materializada en los procesos penales reales sólo mediante la aplicación del estándar de prueba (i.e. probablemente cualquier serie de procedimientos tienda a una distribución distinta entre falsas absoluciones y falsas condenas), se ha mostrado la utilidad de una razón alternativa: la proporción entre absoluciones verdaderas y condenas falsas.

Supongamos, contrafácticamente, que las razones proporcionales [...] se refieren no a una forma de distribución de los errores, sino a algo relevantemente similar.

[...] Blackstone y el resto estarían diciéndonos algo como lo siguiente: “Nos desagradan sumamente las condenas falsas. Sin embargo, entendemos que de cuando en cuando algún inocente será hallado culpable. No obstante, no deseamos que este error ocurra con mayor frecuencia que una vez en diez casos (o una vez en veinte, o quizá en mil)”. Usaré la letra  $m$  para referirme a esta proporción de absoluciones verdaderas contra condenas falsas<sup>2</sup>.

No nos confundamos. Si consideramos una razón proporcional como la indicada, nuestro interés seguirá siendo la actitud social frente a los costos de los errores (de absoluciones falsas contra condenas falsas), por lo que su determinación todavía será fundamental para el inicio del proceso de construcción del criterio de suficiencia probatoria. Pero dado que el rendimiento concreto del estándar de prueba penal depende esencialmente de la forma en

---

<sup>1</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 117. Los corchetes son míos.

<sup>2</sup> Ibid. Las cursivas y las comillas son del autor.

que esté compuesta la muestra de casos sobre los que se aplicará, dicha actitud, ahora, no será incorporada directamente en su configuración<sup>1</sup>.

En cambio, la atención se centrará en los casos de genuinamente inocentes sometidos al proceso penal, y será la proporción de absoluciones verdaderas contra condenas falsas la que permitirá controlar si el estándar de prueba se encuentra funcionando correctamente.

La principal ventaja de esta manera de proceder es que, a diferencia de la distribución efectiva de los errores en el proceso penal, la materialización de la razón proporcional  $m$  en una serie de procedimientos penales reales no depende de la composición de la muestra sobre la que el estándar de prueba es aplicado. Si esto es así, deberemos entonces preguntarnos por el número de individuos verdaderamente inocentes que el sistema debe absolver antes de tolerar una falsa condena.

Antes de continuar, existe una importante cuestión que debe ser considerada. Mientras mayor sea la denominada “razón proporcional  $m$ ”, mayor será también la razón proporcional  $n$  (la única forma de incrementar el número de absoluciones verdaderas es incrementando la probabilidad de absolver; esto, evidentemente, implica también un aumento del número de absoluciones falsas)<sup>2</sup>. De esta manera, la alteración de la razón proporcional  $m$  afectará la forma en que los errores del proceso penal son distribuidos.

Imaginemos, por un momento, un procedimiento en que el total de casos de acusados genuinamente inocentes a los que se aplicará el estándar de prueba penal es de 110. Si la razón proporcional  $m$  que hemos estimado adecuada es de 50 absoluciones verdaderas contra 1 condena falsa, el sistema absolverá en 108 casos y condenará en 2. Supongamos, además, que el número total de acusados genuinamente culpables a los que se aplicará el estándar es también de 110 y que la tasa de errores del sistema es de un diez por ciento<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> La única manera de lograr efectivamente la distribución acordada en la configuración del estándar probatorio es llevar a juicio un número de casos que refleje dicha proporción. Así, si acordamos que sólo por cada 9 culpables absueltos será posible condenar a un inocente, dicha distribución sólo podrá realizarse en la práctica si de cada 9 culpables un inocente es llevado a juicio. Esto, evidentemente, es ilusorio.

<sup>2</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 119.

<sup>3</sup> En realidad, es altamente probable que la distribución efectiva no sea equitativa, dado que el promedio de culpabilidad aparente de los genuinamente culpables es mayor al de los genuinamente inocentes. Esto, de algún modo incide (debido a consideraciones estratégicas) en la composición de la muestra de casos llevados a juicio y decididos mediante el estándar de prueba penal.

Así las cosas, el sistema procesal penal habrá errado en 22 casos. Si, como ya hemos señalado, 2 de ellos son falsas condenas, 20 serán falsas absoluciones.

Conjeturemos, ahora, que la sociedad considera deseable un mayor número de aciertos respecto de los acusados genuinamente inocentes antes de que un error esté justificado (esto no es difícil, dado que parece una aspiración casi intuitiva). Imaginemos, por ejemplo, que ahora el estándar de prueba debe producir 100 absoluciones verdaderas antes de arrojar una condena falsa. Si esta fuera la situación, y manteniendo constantes las demás variables, el sistema absolverá a 109 inocentes y condenará sólo a 1. Dado que todavía se habrá errado en 22 casos, uno se trataría de una falsa condena y 21 de falsas absoluciones. Podemos ver que en el primer caso (en que una razón proporcional  $m$  de 50:1 se estima adecuada) la razón proporcional  $n$  será de 10:1, mientras que en el segundo (en que se acuerda una razón proporcional  $m$  de 100:1), será de 21:1. De esta forma, quizás, estaremos aumentando el número de falsas absoluciones más allá de lo querido.

La conclusión de estas consideraciones es que la razón proporcional entre absoluciones verdaderas y condenas falsas no debe ser determinada sin atender a la actitud social ante los costos de los errores. Por un lado, la sola consideración de  $n$  ignora que la composición de los casos que son llevados a juicio altera la forma en que el error es distribuido, y por otro, la sola consideración de  $m$  torna irrelevante la actitud social respecto del número necesario de condenas verdaderas frente a una absolución falsa. Ambos caminos son inadecuados. En cambio, será de la interacción entre ambas de la que surja el grado de severidad adecuado para el estándar de prueba penal.

Ahora podemos referirnos al “principio de indiferencia entre las absoluciones y las condenas”<sup>1</sup>. Una vez hemos determinado la actitud social respecto de las absoluciones verdaderas y las condenas falsas (considerando la actitud social frente a la distribución de los errores), y ella es plasmada en el diseño del proceso penal, el establecimiento de cualquier regla o institución que altere la razón proporcional  $m$  será, en principio, injustificado. De esta forma, sólo cuando el valor efectivo obtenido como resultado del sistema procesal penal sea menor o mayor a  $m$ , la sociedad querrá establecer instituciones favorables o desfavorables a las absoluciones. En palabras de Larry Laudan:

---

<sup>1</sup> Dicho principio ha sido propuesto por Larry Laudan. Véase Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 117–20.

[...] si podemos fijar un EdP que incorpore lo que la sociedad opina sobre el valor apropiado para  $m$ , sería un error proponer que otros aspectos del proceso (como las reglas probatorias) otorguen al acusado beneficios adicionales a la dosis del BdD ya concedido al fijar el EdP. Adoptar procedimientos pro-absoluciones o que aumenten la probabilidad de éstas violaría, de hecho, el contrato social establecido en torno al valor adecuado para  $m$ , dado que cada regla probatoria o procesal que incline la balanza para propiciar la emisión de absoluciones estaría incrementando el valor de  $m$ <sup>1</sup>.

Aunque para Laudan el estándar de prueba es la única regla que debe servir para materializar la razón proporcional  $m$ , a mi juicio, es posible que no todo el “beneficio de la duda” que como sociedad queramos otorgarle al acusado pueda ser incorporado en éste. Puede ser, por ejemplo, que la propia necesidad de que el estándar sea formulado en términos objetivos no lo permita.

Laudan, siguiendo a Ron Allen, ha propuesto una formulación objetiva del estándar de prueba penal, que, en sus términos, debiese reflejar una razón proporcional  $m$  equivalente a la “prueba más allá de toda duda razonable”. Ella consiste en la siguiente:

Si la teoría del caso presentada por la acusación es plausible y usted no puede concebir alguna historia plausible en la que el acusado resulte inocente, entonces condene; de lo contrario, absuelva<sup>2</sup>.

Dicho estándar, entonces, debiese reflejar en la práctica una razón proporcional  $m$  de 10:1. Sobre esta base, podemos ahora imaginar una formulación del estándar “prueba clara y convincente” que refleje una razón proporcional de 5:1, de la siguiente forma: Si la teoría del caso presentada por la acusación es plausible **y la defensa no ha formulado ninguna historia plausible en la que el acusado resulte inocente**, entonces condene; de lo contrario, absuelva.

Y entonces, ¿Qué ocurriría si la actitud social respecto del número de absoluciones verdaderas frente a una condena falsa fuese mayor a 5 pero menor a 10 (por ejemplo, de 7)?

---

<sup>1</sup> Ibid., 119. Los paréntesis son del autor. Laudan utiliza las siglas EdP para referirse al estándar de prueba y BdD para referirse al beneficio de la duda.

<sup>2</sup> Ibid., 127.

En tal caso, puede no ser posible la formulación de un estándar que exprese un nivel intermedio de exigencia probatoria, al menos en los términos esgrimidos. Este escenario permite sostener que, en ciertos casos, puede ser necesaria la existencia de reglas o instituciones que posibiliten conseguir los resultados esperados, ahí donde el estándar de prueba no puede hacerlo.

Para expresarlo de otra manera: el principio de indiferencia supone que la razón proporcional  $m$  sea materializada en forma correcta por el conjunto de instituciones que distribuyen el error en el proceso penal<sup>1</sup>. Y aunque este objetivo se realizará fundamentalmente a través del estándar de prueba, es posible que deba recurrirse a otras reglas cuando el primero resulte insuficiente<sup>2</sup>.

Así las cosas, sostener que es necesaria la determinación de la actitud social frente al costo de los errores en el proceso penal no es algo arbitrario o antojadizo. Por el contrario, mientras dicha labor no se realice, no podremos saber si nuestras reglas y prácticas procesales se encuentran incorporando adecuadamente el beneficio de la duda que deseamos otorgar al imputado, y así, comprobar si el sistema de justicia está siendo muy indulgente o muy severo con los individuos sometidos al proceso penal. Esta idea tendrá suma importancia en los capítulos posteriores.

### 3. Necesidad de formulación objetiva del estándar de prueba.

Hemos visto cuáles son los errores que un estándar de prueba distribuye en el proceso penal, y por tanto, qué debe ser considerado para la determinación de su nivel de exigencia. Corresponde ahora preguntarse por el modo en que dicho nivel puede ser incorporado en la formulación concreta del estándar, o, para ser más precisos, por la fórmula concreta que permitirá reflejar efectivamente la razón proporcional  $m$ . En relación a ello, la prueba “más allá de toda duda razonable” (al menos en la forma en que tradicionalmente ha sido interpretada) no parece ser útil para cumplir adecuadamente las funciones que esperaríamos que realizase.

---

<sup>1</sup> En el mismo sentido, Alex Stein señala: “[...] la asignación adecuada del riesgo de error es un objetivo establecido para todo el sistema de investigación de los hechos, no sólo para los estándares y cargas de la prueba”. Véase Stein, *Foundations of Evidence Law*, n. 34. Pero, a diferencia de Stein, creo que una vez distribuido el error en forma adecuada ninguna alteración estará justificada. Esta es la idea fundamental de la memoria, ya que sobre ella se construye la crítica a las prácticas e instituciones que veremos más adelante.

<sup>2</sup> No obstante, una vez lograda la proporción adecuada, no será deseable ninguna otra institución que la afecte.

En primer lugar, dado que ninguna de las interpretaciones que existen a su respecto establece realmente un umbral que le indique al juzgador de los hechos cuándo la prueba es suficiente para condenar y, en cambio, se preocupan principalmente por ciertos estados mentales o psicológicos, la prueba “más allá de toda duda razonable” resulta un criterio ambiguo y subjetivo, poniendo en cuestión su naturaleza misma de estándar.

En segundo lugar, y como consecuencia de su ambigüedad y subjetividad, no es posible determinar si la prueba “más allá de toda duda razonable” recoge adecuadamente la actitud social respecto de los costos de los errores. Más aún, la propia existencia de diversas interpretaciones demuestra que, en realidad, distintos valores sobre la razón proporcional  $n$  son considerados. En ocasiones, como cuando se señala que la superación de la duda razonable exige la certeza absoluta respecto de la culpabilidad del acusado, se supone una razón proporcional de  $\infty:1$  (esto, como se ha dicho, es absurdo). Otras veces, como cuando se la equipara con una creencia altamente probable o una convicción estable, se piensa en un valor alto pero no infinito. E, incluso, en otras ocasiones, como cuando se la compara con las creencias sobre las cuales se tomarían las decisiones importantes de la vida, no se considera razón proporcional  $n$  alguna.

Pero es que además, aun cuando un determinado valor de  $n$  sea aceptado, la construcción del estándar sobre ciertos estados mentales o psicológicos del decisor hace imposible su materialización: dos jueces que están de acuerdo (en abstracto) en que, en un mundo imperfecto como el nuestro, la condena de un inocente está justificada sólo si bajo el mismo criterio diez culpables han sido absueltos, adquirirán la convicción, la creencia o la seguridad en la culpabilidad de un acusado existiendo pruebas cuantitativa y cualitativamente distintas.

Podría pensarse que la solución es la formulación del estándar probatorio en términos probabilísticos. Esta forma de proceder supuestamente permitiría superar los problemas de subjetividad y ambigüedad asociados a la “duda razonable”. Y sin embargo, ya hemos visto las dificultades que esta concepción del razonamiento probatorio produce en el Derecho: la asignación de probabilidades a las creencias es una actividad esencialmente arbitraria y la utilización del cálculo matemático genera problemas relacionados con el principio de complementariedad para la negación, con la estimación de la probabilidad conjunta de dos o

más proposiciones, y con la presunción de inocencia (este último, como es evidente, tiene especial relevancia en el proceso penal). Si a ello añadimos que lo medido por el cálculo matemático es normalmente el grado de confianza o seguridad en una creencia, los problemas de subjetividad y ambigüedad se reproducen en la formulación probabilística del estándar probatorio.

No debemos olvidar que en cualquier sistema de investigación empírica los estándares de prueba actúan como criterios que le indican al decisor cuándo debe tener determinada hipótesis por probada. De esta forma, sus estados mentales son (y deben ser) irrelevantes: si la prueba examinada ha satisfecho el estándar y el sujeto cree en la hipótesis probada, su creencia será justificada. Si no cree en ella, su creencia será injustificada. En cualquiera de los dos casos, no será la creencia del sujeto lo que lo autorice a tener la hipótesis como probada<sup>1</sup>.

Cierto es que esperaríamos que personas razonables creyesen en aquello que ha sido probado cumpliendo las exigencias de un estándar objetivo. Pero cuando se trata de la adopción de decisiones racionales (como las decisiones públicas, y entre ellas, las judiciales) este hecho carece de importancia: el juzgador de los hechos actuará correctamente sólo si lo hace en base a la evidencia disponible. En palabras de Larry Laudan:

[...] un EdP [estándar de prueba] apropiado no depende de nuestra confianza subjetiva en la verdad de una hipótesis; al contrario, el EdP nos permite determinar si nuestra confianza en la verdad de la hipótesis en cuestión está justificada<sup>2</sup>.

La razón que explica por qué es incorrecto vincular el estándar de prueba a estados mentales o psicológicos es que la forma de maximizar la probabilidad de acierto en la investigación empírica es mediante el examen de la conexión lógica entre las pruebas disponibles y las hipótesis a probar. Las creencias, convicciones y demás estados mentales de los investigadores no presentan dicha conexión (i.e. factores extrínsecos a las pruebas

---

<sup>1</sup> La creencia del sujeto, en realidad, sólo podrá decir algo acerca de su racionalidad, la que deberá ser evaluada precisamente conforme a la evidencia.

<sup>2</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 125. Los paréntesis son míos; En el mismo sentido Gascón Abellán señala: "[...] los estándares de prueba [...] son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe. Marina Gascón Abellán, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28 (2005): 127–39.

pueden determinar la existencia de dichos estados mentales, incluso en un sentido contrario a la evidencia)<sup>1</sup>.

Pero es que además, como ya hemos indicado, existe otra razón para la adopción de estándares objetivos: ellos permitirían incorporar la actitud social respecto de las absoluciones verdaderas contra las condenas falsas y materializarla en una forma adecuada<sup>2</sup>.

La conclusión de estas consideraciones es que existe la necesidad de formular el estándar de prueba en términos objetivos y no cuantificables; esta constituye la otra cara de la valoración racional de la prueba<sup>3</sup>. Y exigir que un estándar de prueba sea objetivo significa que debe constituir un criterio de evaluación de suficiencia fundado en las relaciones inferenciales entre las pruebas disponibles (valoradas individual y conjuntamente) y las proposiciones sobre los hechos. Así, la emisión de un veredicto de culpabilidad deberá depender de si dichas relaciones presentan la fuerza exigida por el estándar probatorio y no del nivel de confianza subjetiva obtenido a través de un “proceso de introspección” del juzgador de los hechos<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Esto permite sostener que los estándares de prueba objetivos formulados en términos no cuantificables no sólo cumplen una función distributiva, sino también una reductiva. Subjetivistas y probabilistas parecen asumir la distinción entre los momentos de la valoración propiamente tal y de la decisión no sólo en términos analíticos, sino también prácticos: luego de la adquisición de un estado psicológico o de la asignación de una determinada probabilidad como resultado de la valoración, bastaría, en el momento de la decisión, comparar dicho estado o probabilidad con el requerido por el estándar de prueba aplicable, y así, determinar si un veredicto de culpabilidad debe ser emitido. En cambio, las formulaciones cualitativas exigen un examen de las relaciones o vínculos inferenciales existentes entre las pruebas y las proposiciones sobre los hechos, examen que en sí mismo, constituye un mecanismo de reducción del error.

<sup>2</sup> Evidentemente, esto requeriría un tipo de investigación empírica sobre la cantidad de aciertos y errores que produce un determinado estándar de prueba respecto de los acusados genuinamente inocentes, información de la que hoy carecemos. Pero dicho estudio, aunque difícil, es posible. Al respecto, Mauricio Duce ha señalado: “Lo cierto es que a diferencia de lo que ocurre en otros países, en Chile no existen investigaciones que de manera sistemática nos arrojen información acerca de condenas erróneas, sus causas y la probabilidad o porcentaje de casos en los que se podría condenar a inocentes. [...] En la medida en que no se ha cuantificado el fenómeno, o no se disponga de una base de datos pública en la que se identifiquen los casos problemáticos, se hace más factible que el tema pase desapercibido para la comunidad legal y la sociedad en su conjunto.” Mauricio Duce, “¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile?: Antecedentes comparados y locales para el debate”, *Ius et Praxis* 19, n° 1 (2013): 83–84. Un estudio como el propuesto por Duce permitiría conocer la forma en que la razón proporcional es materializada por el estándar “más allá de toda duda razonable”, que es el que actualmente rige en nuestro proceso penal. Lo cierto, es que sólo un estándar de prueba objetivo permitirá reflejarla de un modo no contingente.

<sup>3</sup> En otras palabras, de nada sirve establecer un sistema de valoración racional de la prueba conjuntamente con un estándar de prueba subjetivo. Es interesante notar cómo este constituye precisamente el problema del sistema procesal penal chileno, que combina la valoración conforme a la sana crítica (artículo 297 del Código Procesal Penal) con la exigencia de que el tribunal adquiera la convicción más allá de toda duda razonable (artículo 340 del Código Procesal Penal).

<sup>4</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 127.

A continuación, veremos una propuesta de construcción racional del estándar de prueba penal.

### 3.1. Modelo objetivo del estándar de prueba penal.

Para abordar las fórmulas objetivas será útil utilizar el esquema de exigencia o severidad propuesto por Marina Gascón Abellán para el estándar de prueba penal:

[P]odemos reconstruir los posibles grados de confirmación exigidos (para Hc) y tolerados (para Hi) asignándole el valor de 1 a la confirmación sólida, de 0.5 a la confirmación débil y de 0 a la ausencia de confirmación. Puede entenderse, a estos efectos, que hay una confirmación sólida cuando las pruebas, consideradas en su conjunto, sólo encuentran explicación si la hipótesis es verdadera ( $p \rightarrow h$ ); o sea, cuando no son compatibles con la hipótesis contraria o sería muy difícil explicarlas si la hipótesis contraria fuera verdadera. Por el contrario, estaremos ante una confirmación débil cuando las pruebas puedan explicarse si entendemos que la hipótesis es verdadera, pero no son incompatibles con la hipótesis contraria ( $h \rightarrow p$ )<sup>1</sup>.

De esta forma, los distintos niveles de severidad del estándar de prueba penal pueden ser ordenados, de menor a mayor, de la siguiente forma:

- SP1: Hc-0.5 (exigido) y Hi-1 (tolerado)
- SP2: Hc-0.5 (exigido) y Hi-0.5 (tolerado)
- SP3: Hc-0.5 (exigido) y Hi-0 (tolerado)
- SP4: Hc-1 (exigido) y Hi-1 (tolerado)
- SP5: Hc-1 (exigido) y Hi-0.5 (tolerado)
- SP6: Hc-1 (exigido) y Hi-0 (tolerado)<sup>2</sup>.

En este esquema “Hc” representa el grado de confirmación de la hipótesis de la culpabilidad y “Hi” el de la inocencia. Así, una condena exigirá un cierto grado de “Hc” y tolerará un cierto grado de “Hi”.

---

<sup>1</sup> Gascón Abellán, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, 136. Los paréntesis son de la autora.

<sup>2</sup> Ibid.

Dado que el estándar de prueba penal es considerado el más riguroso, utilizaremos la fórmula de “SP6” elaborada por Gascón Abellán. Así, dicho estándar exigiría una confirmación sólida de la hipótesis de la culpabilidad y no toleraría confirmación alguna de la hipótesis de la inocencia. Cualquier nivel inferior de “Hc” o superior de “Hi” obligaría al juzgador de los hechos a absolver. Sobre este grado de severidad podemos construir una formulación concreta del estándar de prueba penal de la siguiente forma: Si las pruebas practicadas en el juicio, consideradas en su conjunto, son explicadas por la hipótesis acusatoria, y además, son incompatibles con la hipótesis de la inocencia o muy difíciles de explicar si ella fuera verdadera, condene; en caso contrario, absuelva.

Entiéndase bien. No he querido sostener que esta fórmula sea la única posible y ni siquiera la más adecuada para la obtención de un criterio no arbitrario de las decisiones probatorias. En cambio, lo que esta forma de proceder permite, es demostrar que los estándares probatorios pueden construirse de una manera racional que posibilite una aplicación intersubjetivamente controlable.

### 3.2. Interpretación objetiva de la “prueba más allá de toda duda razonable”.

En este punto, es necesario señalar que ciertos autores han intentado formulaciones objetivas del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”. La iniciativa parece fundarse en la idea de “razonabilidad objetiva”, que permitiría interpretar la duda razonable como un concepto compartido y que haría posible su control intersubjetivo<sup>1</sup>:

[L]a referencia a dudas “razonables” admite un sentido normativo que podría indicar que lo relevante no es la presencia o ausencia subjetiva de dudas, sino *la presencia o ausencia en el conjunto de elementos de juicio disponibles de ciertas condiciones que debieran razonablemente suscitar una duda*<sup>2</sup>.

De conformidad a dicha interpretación, Daniela Accatino, siguiendo a Jordi Ferrer, ha postulado las siguientes condiciones que eliminarían la posibilidad de que la duda fuese razonable:

---

<sup>1</sup> Sobre la idea de “razonabilidad objetiva” véase Neil MacCormick, “Razonabilidad y objetividad”, *Revista de Ciencias Sociales*, n° 45 (2000): 10–15.

<sup>2</sup> Accatino, “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en el proceso penal y su control a través del recurso de nulidad”, 139. Las comillas y las cursivas son de la autora.

- (1) 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.
- (2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*<sup>1</sup>.
- (3) Que las pruebas de cargo cuya existencia resultara predecible, de acuerdo a nuestros conocimientos previos acerca del mundo, en el caso concreto, hayan sido efectivamente aportadas<sup>2</sup>.

Sólo cuando se hayan cumplido dichos requisitos, la duda razonable habrá sido superada y, así, la condena del acusado estará justificada. Si esta interpretación es posible, la discusión sobre el abandono de la prueba “más allá de toda duda razonable” parece superficial. Lo importante, en realidad, sería que ella sea interpretada objetivamente. Y sin embargo, la posibilidad de realizar dicha interpretación depende precisamente de criterios extrínsecos, sobre los cuales la sola alusión a la duda razonable nada tiene que decir. Para expresarlo en términos ligeramente distintos: ¿Qué razones tenemos para creer que el legislador, al utilizar la fórmula de la prueba “más allá de toda duda razonable”, no está pensando en una noción subjetiva de la razonabilidad, sino en una objetiva? Si dichas razones existen, no serán intrínsecas a la propia formulación del estándar probatorio.

Así las cosas (i.e. si lo que la “fórmula puede decir hoy “por sí sola”, de manera autoevidente, parece consistir sólo en la afirmación de su sentido como garantía para el acusado”<sup>3</sup>, pero nada dice respecto de cuánto de esa garantía exige), pareciera ser más adecuado el abandono de esta receta y su reemplazo por una que permita la determinación racional de la suficiencia de la prueba y que refleje adecuadamente la actitud social frente a los costos de los errores. En cambio, la insistencia en utilizar el estándar “más allá de toda duda razonable” sólo puede perpetuar la posibilidad de que éste sea interpretado de manera ambigua y subjetiva.

---

<sup>1</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 147; Jordi Ferrer Beltrán, “La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi bethamiana”, en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, 1a. ed. (Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010), 18.

<sup>2</sup> Accatino, “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en el proceso penal y su control a través del recurso de nulidad”, 140. Este tercer requisito es agregado por la autora en virtud de la dimensión del peso probatorio.

<sup>3</sup> Accatino, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, 492.

#### 4. Las dimensiones reductiva y distributiva de las reglas procesales.

Hasta aquí, dentro de los mecanismos de distribución del error nos hemos referido sólo a los estándares de prueba. La razón es que dada la atención que ha recibido el tópico durante los últimos años, la explicación del funcionamiento de los estándares probatorios facilita el entendimiento de los efectos que toda regla puede tener sobre los sistemas procesales. En efecto, cualquier norma que regule el proceso y la prueba es susceptible de incidir sobre el número total de errores que el sistema produce y perturbar la manera en que los mismos son distribuidos.

De manera ejemplar, Larry Laudan ha identificado tres instituciones del sistema estadounidense distintas al estándar de prueba (existentes también en nuestro sistema) que indiscutiblemente producen dichos efectos. Ellas son la presunción de inocencia, el beneficio de la duda y la carga de la prueba recaída en el acusador<sup>1</sup>. Tradicionalmente, la doctrina ha entendido estas instituciones como garantías para el imputado que todo sistema procesal penal debe poseer si ha de ser considerado justo. Ellas le otorgan una posición ventajosa en la determinación de los hechos que hace más probable que cuando el sistema sufra un traspie, este sea en su favor y no en su contra<sup>2</sup>. De esta forma, ellas alteran la razón proporcional de falsas absoluciones contra falsas condenas ya incorporada en el estándar de prueba, y por lo tanto, también la tasa global de errores que el sistema produce. Y sin embargo, la alteración de la forma en que el sistema procesal penal distribuye el error no es irrelevante. Si dicha forma de distribución se encuentra materializando correctamente la

---

<sup>1</sup> El autor las agrupa (junto al estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”) bajo el concepto de “doctrina de la distribución del error”. Véase Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 60.

<sup>2</sup> Si esta es la forma en que dichas instituciones deben ser entendidas (y a mi juicio, lo es), ellas sólo se justifican como garantías para el imputado genuinamente inocente. En otras palabras, el fundamento de la distribución inequitativa del error es la protección ante un falso positivo en el proceso penal. Ciertamente existen otras garantías que se fundamentan en la condición de persona del imputado (sea inocente o culpable), por ejemplo, la prohibición de la tortura y de otros métodos de interrogación consagrada en el artículo 195 del Código Procesal Penal chileno. Pero ellas realizan valores extra-epistémicos. En cambio, concebir la distribución inequitativa del error como garantía para el imputado culpable es implausible: hacemos más probable la absolución para que aumenten las absoluciones verdaderas y disminuyan las condenas falsas; que aumenten también las absoluciones falsas es un efecto inevitable (pero no directamente querido), y ciertamente no constituye el fundamento de tal distribución. Esta es la razón, como veremos más adelante, por la cual es necesario prestar atención a las reglas y prácticas que alteran la distribución del error haciéndola todavía más favorable al acusado: ellas aumentan las falsas absoluciones por sobre el margen que estamos dispuestos a tolerar.

actitud social frente a los costos de los errores, la incorporación de reglas, prácticas o instituciones que la modifican será de hecho injustificada<sup>1</sup>.

Supongamos, por un momento, que nuestro sistema procesal penal refleja adecuadamente la actitud social frente a los costos de los errores. En ese escenario, el objetivo racional de las restantes reglas procesales y probatorias será la reducción de la probabilidad de obtener un resultado erróneo y no la reducción de un tipo específico de error<sup>2</sup>. Así, dichas reglas deberían preocuparse de que las pruebas disponibles brinden una representación fiel de la culpabilidad material del acusado y de que el juzgador de los hechos extraiga las conclusiones correctas sobre ellas.

La noción de “culpabilidad aparente” propuesta por Larry Laudan puede sernos útil en este punto. La culpabilidad aparente es el grado de culpabilidad que parece tener el acusado a la luz de las pruebas disponibles. Como resulta evidente, aunque la determinación de la culpabilidad aparente es la mejor forma de investigar la culpabilidad material, ambas culpabilidades no necesariamente coinciden. En consecuencia, si bien el grado de culpabilidad aparente de los genuinamente inocentes normalmente será menor que el de los genuinamente culpables (la razón y la experiencia nos dicen que es menos probable que hayan pruebas inculpatorias contra un inocente que contra un culpable), existirán casos en que la situación sea precisamente la contraria.

Supongamos que la culpabilidad puede ser medida y situada en una escala que va de 0 hasta 1. Podemos, entonces, reformular la idea expresada en el párrafo anterior: En todo sistema procesal penal existirán acusados genuinamente inocentes que aparentan un grado de culpabilidad de, por ejemplo, 0.6, al tiempo que acusados genuinamente culpables lo hacen sólo con un 0.4<sup>3</sup>. En consecuencia, siempre existirá un tramo de dicha escala compuesto tanto por genuinamente culpables como por genuinamente inocentes. La función del principio reductivo (que demanda que las reglas sean diseñadas para disminuir el riesgo

---

<sup>1</sup> En contra pareciera Stein, *Foundations of Evidence Law*, 12. Stein señala: “Cualquier decisión relativa a la investigación de los hechos, incluyendo cualquier resolución que admite o excluye evidencia, asigna este riesgo [de error]”. La traducción es mía. Los paréntesis son míos. A mi juicio, la afirmación de Stein debe ser entendida como referida a la posibilidad de que con cada decisión relativa a los hechos el juzgador puede afectar la distribución del error. De nuevo, esto nos advierte sobre la dimensión distributiva de las reglas y prácticas procesales, pero nada dice sobre su justificación.

<sup>2</sup> Al contrario, cuando la razón proporcional  $m$  no esté siendo correctamente materializada será racional la adopción de reglas que alteren la forma en que el sistema procesal penal distribuye el error.

<sup>3</sup> Laudan utiliza gráficos y curvas para expresar esta idea. Véase Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 107–110.

de error) es precisamente disminuir el tramo de superposición, y su éxito dependerá de la existencia de reglas procesales y probatorias que constituyan a la culpabilidad aparente en un indicador adecuado de la culpabilidad material. La falta de este tipo de reglas incrementará el tramo compartido de culpabilidad aparente, teniendo una nefasta consecuencia: “[p]ara los jurados sería cada vez más difícil distinguir al genuinamente culpable del genuinamente inocente”<sup>1</sup>. Denominaremos a esta dimensión de las reglas como “dimensión reductiva” debido a que actúa sobre la probabilidad de cometer un error al decidir.

Pero es que además, como ya hemos señalado, la posibilidad de que el propio estándar de prueba refleje adecuadamente la actitud social respecto al costo de los errores también depende de la existencia de reglas procesales y probatorias que permitan que la culpabilidad aparente indique adecuadamente la culpabilidad material. Cualquier ventaja adicional, que haga más probable el resultado favorable para una de las partes, perturbará la idoneidad de dicho indicador, afectando, a su vez, la aptitud de los estándares probatorios para cumplir adecuadamente sus funciones.

Hemos visto que el aumento del nivel de severidad del estándar de prueba afecta la proporción entre falsas absoluciones y falsas condenas. Hemos dicho que, mientras el estándar de la preponderancia de la prueba distribuye equitativamente el riesgo de error (i.e. refleja una razón proporcional  $n$  de 1:1), los estándares que exigen un mayor nivel de culpabilidad aparente producen la condena de un menor número de inocentes pero la absolución de un mayor número de culpables. Esta, la otra cara de la moneda, debe ser considerada en el diseño de dichos mecanismos. Pero es que, además, esta relación es exponencial. Dado que, sobre 0.5, el número de genuinamente culpables que presente el grado de culpabilidad aparente requerido en cada tramo será cada vez mayor al número de genuinamente inocentes, el incremento del nivel de exigencia del estándar implica que cada vez más culpables serán absueltos por cada inocente que también lo sea<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ibid., 175.

<sup>2</sup> Aunque la composición efectiva de la muestra es algo que debe determinarse empíricamente, hay fuertes razones para creer que, a medida que aumenta el grado de culpabilidad aparente, el tramo correspondiente estará conformado por una mayor proporción de genuinamente culpables. Mientras que, por ejemplo, de 10 acusados que presentan un 0.6 de culpabilidad aparente, 6 serán genuinamente culpables y 4 genuinamente inocentes, de 10 acusados que presentan un 0.8 de culpabilidad aparente 8 serán genuinamente culpables y sólo 2 genuinamente inocentes. Esto implica que, aunque el cambio de un estándar de prueba que exige una culpabilidad aparente de 0.5 a uno que exige un 0.6 permitirá absolver a 2 inocentes al costo de absolver a 3 culpables, el cambio de este último a un estándar que exija ahora un 0.8 de apariencia de culpabilidad demandará la absolución de 8 culpables antes de que 2 inocentes sean absueltos.

Cualquier regla, práctica o institución que facilite el resultado favorable para una de las partes puede producir este efecto. Esta es la “dimensión distributiva” de las reglas procesales y probatorias. Y toda modificación del sistema procesal penal que no dé cuenta de ella puede provocar la transgresión del acuerdo social respecto a los costos de los errores, y, de esta manera, incrementar el número global de errores que el sistema produzca. En palabras de Laudan:

Aun cuando, sin duda, nos gustaría ver absuelto al acusado inocente, comprendemos perfectamente que toda concesión probatoria otorgada a éste también beneficiará a aquellos acusados que son culpables y, muchas veces, en mayor medida que al inocente<sup>1</sup>.

Para insistir en esta idea, imaginemos por un momento que la disminución de las condenas falsas es en realidad el único objetivo en el diseño del proceso penal. Siempre podremos proponer una nueva regla (o la modificación de una vigente) que inclinare la balanza en favor del imputado. Podríamos incluso pensar en una regla que demandase la absolución de todo acusado, y, de hecho, esta sería la única manera de eliminar absolutamente el peligro de la condena de inocentes. Esta sería una regla manifiestamente absurda, que encontraría la oposición no sólo de los participantes de la práctica jurídica sino también de la opinión pública. La razón es que (y aunque resulte obvio parece necesario decirlo) el sistema de justicia penal se encuentra regido no sólo por consideraciones distributivas. Si la existencia del derecho penal ha de tener algún sentido, nos interesará que existan condenas (más precisamente, que quien comete un delito sea condenado), a pesar de que ello implique el riesgo de producir condenas falsas. En otras palabras, el interés en la protección del inocente, que demanda la tolerancia de un cierto número de absoluciones falsas, jamás anulará absolutamente el interés en la condena de los culpables. Y la medida en que sí lo haga, será precisamente el objeto de la actitud social frente al costo de los errores. De ahí la importancia de su correcta determinación y respeto en el diseño de las reglas procesales y probatorias.

Antes de finalizar el presente capítulo me gustaría considerar un argumento típicamente utilizado en nuestra doctrina procesal penal para defender el desenfreno en las

---

<sup>1</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 183.

pretensiones distribucionistas: la presentación de la imagen de un imputado débil (la mayoría de las veces de escasos recursos económicos) que se enfrenta a un Estado omnipotente y a todo su aparato disponible. Ello justificaría el otorgamiento de toda ventaja imaginable al imputado, que equipararía las posiciones inicialmente desequilibradas. Este argumento ignora dos cosas: (1) Si el sistema se encuentra correctamente diseñado y funciona de manera adecuada, las posiciones ya han sido equilibradas mediante el establecimiento de normas que materializan la actitud social frente al costo de los errores; cualquier ventaja adicional al imputado importará un desequilibrio, ahora en su favor; (2) Los órganos encargados de la investigación se rigen por un mandato de objetividad y persiguen la consecución del bien común. Así, a diferencia de las facultades disponibles por las partes en otros procedimientos judiciales (que están orientadas a la consecución de pretensiones particulares), las facultades del Estado en la persecución penal no están disponibles para obtener una condena en sí misma, sino para obtener aquello que corresponde (sea una condena, una absolución, una salida alternativa, o aquello que el Derecho provea)<sup>1</sup>. Evidentemente, todavía existe la posibilidad de que dichos órganos se encuentren funcionando de una manera inadecuada. Pero si ese es el caso, ¿Es la instrumentalización del proceso penal la respuesta adecuada para corregir las distorsiones en el funcionamiento de los órganos de la investigación criminal?

Debemos concluir subrayando que, aunque pudiera parecerlo, nada de lo señalado importa renunciar a la legítima preocupación de que un inocente sea condenado como resultado de un procedimiento penal. De hecho, existe todavía una forma en que puede reducirse la probabilidad de una condena falsa, y que no implica la alteración de la manera en que el error es distribuido: procurando, precisamente, que las pruebas disponibles representen lo más fielmente posible la culpabilidad o la inocencia material, y favoreciendo la extracción de conclusiones apropiadas por parte del decisor de los hechos. Lo primero puede conseguirse aumentando “la calidad y cantidad de las pruebas” que el juez conocerá, y lo segundo, estableciendo “mecanismos adecuados para identificar veredictos erróneos” y corregirlos<sup>2</sup>. En cambio, actualmente existen diversas reglas y prácticas que no sólo no maximizan dicho objetivo, sino que actúan en el sentido opuesto. Ellas encuentran su fundamento en la realización de objetivos extra-epistémicos, y, en especial, en la protección

---

<sup>1</sup> De ahí que el proceso penal, si ha de ser racional, no debe estar diseñado para otorgar a todo acusado un 50 por ciento de probabilidad de ganar en el juicio (y así, “equilibrar las posiciones”). En cambio, debe estar diseñado para que el acusado culpable tenga una alta probabilidad de ser condenado y el acusado inocente tenga una alta probabilidad de ser absuelto.

<sup>2</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 176.

de los derechos del imputado. Examinaremos, en los siguientes capítulos, dos de ellas (la denominada “valoración negativa” de la prueba y la regla de exclusión de la prueba ilícita), y nos preguntaremos si ellas efectivamente realizan un principio que deba prevalecer ante la reducción y la acertada distribución del error, y si lo hacen en un grado que justifique los costos que su implementación provoca para los otros valores del sistema procesal penal.

## Capítulo IV: La “valoración negativa” de la prueba

### 1. Qué es la “valoración negativa”.

Es importante entender qué es lo que hace un tribunal de juicio oral en lo penal cuando “valora negativamente” la prueba y cuáles son las implicaciones para los objetivos de la reducción y distribución del error<sup>1</sup>. Para ello examinaremos dos casos resueltos por los tribunales con competencia penal.

El primer caso se refiere a un delito de tenencia ilegal de arma de fuego con su número de serie borrado<sup>2</sup>. Su juicio se realizó ante el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago y la acusación alegó los siguientes hechos (que en su interpretación configuraban el delito)<sup>3</sup>:

Cerca de las 16:00 horas del 9 de febrero de 2006, el acusado Carlos Alberto Muñoz Aceituno, fue detenido por funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, en cumplimiento de una orden judicial de detención emanada del 29 Juzgado del Crimen de Santiago, frente al inmueble ubicado en calle Lenka Franulic N° 4455, en la comuna de Macul, siendo posteriormente trasladado a su otro domicilio ubicado en Los Diamelos N° 8447, comuna de La Florida, encontrando en el interior de este último inmueble, un revolver marca Smith and Wesson, con su número de serie borrado, seis cartuchos calibre 32 y dos cartuchos calibre 6.35 mm. El arma y las municiones las tenía en su poder el acusado sin la autorización requerida para ello<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> En este punto es necesario realizar una advertencia: nuestra jurisprudencia no ha sido unívoca al utilizar la expresión “valoración negativa”. Existe, al menos, un sentido distinto al descrito en esta memoria en que la Corte Suprema ha utilizado el término: “[...] la lectura del motivo séptimo de la sentencia impugnada permite concluir que no es efectivo lo que se afirma, en orden a que se dio una valoración negativa al silencio del acusado en la audiencia de juicio para acreditar o reafirmar su participación en el ilícito”. CS, 20.2.2014, Rol 65-2014, considerando sexto. Sentencia redactada por la ministro Gloria Ana Chevesich Ruiz. CL/JUR/280/2014. Así, la Corte estaría utilizando la expresión para referirse a la extracción de inferencias desfavorables para el acusado de la circunstancia de haber permanecido en silencio durante el juicio. Este sentido puede ser interpretado en forma general para sostener, entonces, que cada vez que sobre un elemento de prueba el juzgador extrae inferencias desfavorables a la proposición que se pretende probar, este se encuentra valorándola negativamente. Como resulta evidente, este es un uso legítimo de la expresión y compatible con la valoración racional de la prueba.

<sup>2</sup> Dicho delito se encuentra previsto y sancionado en el artículo 13 de la Ley de Control de Armas, en relación al artículo 3° de la misma ley.

<sup>3</sup> Véase CS, 6.6.2007, Rol 678-2007. Sentencia redactada por el ministro Hugo Dolmetsch Urra. CL/JUR/4698/2007. La causa ante el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago es de RIT 148-2006, RUC 0600103830-1.

<sup>4</sup> Existe un error formal en la acusación: la orden había sido emitida realmente por el 30° Juzgado del Crimen de Santiago. Esto no tuvo relevancia en el debate.

Por mor de la exposición, asumiremos que una adecuada interpretación de las normas penales sustantivas requería la ocurrencia de los hechos precisamente en la manera descrita (en este tipo de delitos, en realidad, esta no parece una cuestión muy controvertida). Así, tres juicios orales fueron realizados: el primero fue resuelto con la absolución del acusado, el segundo con su condena, y el tercero, nuevamente con su absolución. El examen de la prueba en el segundo juicio es particularmente ilustrativo para la determinación del sentido de la “valoración negativa” y de sus implicancias sobre -para utilizar la formulación benthamita- la “rectitud de las decisiones”. En dicho juicio la prueba presentada por la fiscalía fue la siguiente<sup>1</sup>:

- (1) El testimonio de dos funcionarios de la Policía de Investigaciones que participaron en la detención del acusado y en la incautación del arma de fuego. Ambos funcionarios declararon, en forma conteste, que concurrieron hasta el primer domicilio y detuvieron al imputado en virtud de una orden de detención emanada del 30 Juzgado del Crimen de Santiago. Ambos señalaron, además, que la orden los facultaba para allanar y descerrajar los dos domicilios del imputado. El funcionario “A” declaró que concurrió hasta el segundo domicilio del imputado después de haberlo detenido, donde este último le permitió el ingreso voluntariamente, señalándole, una vez en el interior, que tenía un arma de fuego en el dormitorio principal. En dicho dormitorio, el funcionario (testigo “A”) encontraría un arma de fuego calibre 32 con el número de serie borrado y diversos cartuchos. El funcionario “B” declaró que llegó al segundo domicilio con posterioridad, en virtud del aviso del funcionario “A”, pudiendo verificar la existencia del revólver con el número de serie borrado y de los cartuchos. Ambos testigos reconocieron el arma y los cartuchos cuando les fueron exhibidos en el juicio. Los dichos de ambos testigos respecto del hallazgo del arma de fuego y de las municiones, y respecto de la tenencia de las mismas por partes del imputado, no fueron controvertidos por la defensa.
  
- (2) La declaración de dos peritos (un armero y un químico) que realizaron el examen del arma de fuego. El perito armero declaró haber examinado el revólver calibre 32 con su número de serie borrado, junto con seis cartuchos calibre 32 y dos cartuchos

---

<sup>1</sup> Sentencia del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 1.1.2007, RIT 148-2006. CL/JUR/4699/2007.

calibre 6.35 mm, los que reconoció cuando les fueron exhibidos en el juicio, y que fueron los mismos que reconocieron los testigos “A” y “B”<sup>1</sup>. Agregó que el número de serie se encontraba borrado por acción mecánica, y que el revólver estaba apto para el disparo como arma de fuego, lo que pudo constatar luego de haber practicado la prueba de funcionamiento correspondiente. Por último, señaló que las municiones eran compatibles con el revólver examinado y se encontraban aptas para ser disparadas. El perito químico, por su parte, declaró que, a pesar de que el arma tenía el número de serie borrado por acción mecánica, luego de practicadas las pruebas químicas de rigor, pudo establecer que dicho número era 71.250. Además, agregó que en sus exámenes detectó la presencia de residuos carbonosos y nitrados, tanto en la recámara del revolver como en el ánima, producto de la deflagración de la pólvora, y que por ello podía concluir que el arma había sido disparada con anterioridad a que la examinara el perito armero. Al serle exhibida el arma este perito también la reconoció como la que había sido objeto de su examen.

- (3) Como prueba material se presentaron el revólver incautado y las municiones, los cuales se exhibieron a los dos testigos y a los dos peritos, siendo reconocidos por los primeros como los objetos incautados, y por los segundos, como los objetos examinados mediante las pruebas correspondientes.
- (4) Como prueba documental, se presentaron dos oficios del departamento de Control de Armas y Explosivos de la Dirección General de Movilización Nacional. El primer oficio señalaba que el arma de fuego con número de serie 71.250 se encontraba inscrita a nombre de una persona distinta del acusado, y que tenía “encargo por robo” desde el año 2003. El segundo oficio señalaba que el acusado no tenía armas inscritas en el registro correspondiente y que, además, carecía del permiso que la autoridad competente debe otorgar para portar armas.

Utilicemos, entonces, la metodología de la inducción por eliminación expuesta en el capítulo 2 de esta memoria. Para ello adoptaremos la perspectiva de quien debe juzgar la

---

<sup>1</sup> Aunque el fallo no se refiere al respecto, podemos suponer que el NUE (“número único de la evidencia”, que se otorga a los objetos incautados y que permite la cadena de custodia a objeto de mantener la integridad de la evidencia material) es el mismo que el consignado en el registro de incautación y en los correspondientes informes de los peritos. Si ello no fuese así, evidentemente tendríamos un problema respecto de la prueba de la hipótesis acusatoria. Quiero sólo señalar que ello no fue considerado por los tribunales en ninguno de los tres juicios (o alegado por la defensa), y que no ha sido ese el motivo de la absolución ni en el primero ni en el segundo. De ahí que podamos omitirlo en el análisis.

prueba de las proposiciones alegadas (y no de quien debe probarlas, o en otras palabras, tiene la carga de la prueba).

En primer lugar, si la hipótesis acusatoria fuese cierta, los funcionarios de la policía que realizaron la detención y hallaron el revólver en el domicilio del imputado podrían declarar como testigos en el juicio oral<sup>1</sup>. Dichos funcionarios fueron citados (testigo “A” y testigo “B”) y relataron, en forma conteste, el hallazgo del revolver con el número de serie borrado y de las municiones en el domicilio del imputado (en la misma forma en que los sostuvo la acusación). Así, considerando la declaración del testigo “A” corroborada por la declaración del testigo “B” (y, como veremos, también por las declaraciones de los peritos y por las pruebas materiales presentadas), y no siendo controvertidas dichas declaraciones por la defensa, podemos decir que existe una prueba bastante fiable que otorga apoyo inductivo a la hipótesis de que el revólver con el número de serie borrado y las municiones fueron encontrados en el domicilio del acusado.

Y sin embargo, como jueces podríamos pensar en una explicación alternativa que pondría a los hechos fuera del alcance de la norma penal sustantiva. Así, podríamos decir que el revólver encontrado no se trataba en realidad de un arma de fuego, por no ser apto para el disparo<sup>2</sup>. De esta forma, de ser cierta la hipótesis acusatoria, las pruebas practicadas al revolver mostrarán su aptitud para ser disparado.

En efecto, la fiscalía presentó un perito armero y un perito químico, quienes expusieron los procedimientos científicos aplicados en el examen del revólver, así como sus resultados. Ambos peritos indicaron que el arma se encontraba apta para ser disparada, y por tanto,

---

<sup>1</sup> Recordemos que “[l]a corroboración de una hipótesis supone, pues, la posibilidad de predecir algún evento o estado de cosas empíricamente contrastable”. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 131.

<sup>2</sup> La jurisprudencia chilena ha entendido que es necesaria la lesión del bien jurídico protegido para que la conducta sea constitutiva del delito en cuestión. Véase Ronny Lara Camus, “Análisis dogmático del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego” (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007), 167–169. Así, se estrecha el supuesto fáctico de la norma penal, abarcando sólo los casos de armas aptas para el disparo. Para ejemplos de absoluciones fundadas en estas consideraciones puede verse: Juzgado de Garantía de Antofagasta, 9.7.2004, CL/JUR/5960/2004, considerando sexto (“[...] la declaración del perito presentada por el Ministerio Público en cuanto a la incapacidad que tenía el arma al tiempo de la pericia para ser disparada, introduce una duda más que razonable en orden a si estamos en este caso en presencia de una conducta en la cual exista el objeto material del delito que ha sido materia del requerimiento, vale decir, un arma de fuego que potencialmente pueda crear los riesgos o peligros que se pretenden evitar con la incriminación de su porte o tenencia ilegal. Dicha duda razonable, que ha sido introducida a través de la propia prueba del órgano persecutor, impiden a este Tribunal tener la convicción, más allá de toda duda razonable, que efectivamente se ha perpetrado el delito materia del requerimiento, toda vez que no existe certeza alguna respecto de la concurrencia de uno de sus elementos objetivos”); véase también la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 12.7.2002, RIT 20-2005, CL/JUR/6401/2005.

podía ser considerada como un arma de fuego para los efectos del delito en cuestión. El perito químico extrajo dicha conclusión de que en sus exámenes encontró residuos carbonosos y nitrados en el revólver, residuos que característicamente quedan en un arma de fuego cuando ha sido disparada. El perito armero, por su parte, pudo percibir directamente que el arma disparaba, mediante las pruebas de funcionamiento que típicamente se practican para verificar dicha circunstancia. Las declaraciones de ambos peritos son concordantes respecto de este hecho. Así, tenemos pruebas fiables y poderosas para dar por probada la hipótesis de que el revólver encontrado en el domicilio del acusado era un arma de fuego<sup>1</sup>.

No obstante, antes de emitir un veredicto condenatorio nuevamente podríamos imaginar una explicación alternativa que demandaría la absolución del acusado: que la tenencia del arma de fuego le correspondía a un tercero y no a él, a pesar de haber sido encontrada en su domicilio. Así, si la hipótesis acusatoria fuese verdadera, podríamos formular otra predicción: que existirán testigos que afirmen que era el imputado quien tenía el arma de fuego<sup>2</sup>. Aquí es la declaración del testigo “A” la que confirma dicha predicción, aunque para esta hipótesis pareciera ser que el testimonio es de oídas: el testigo “A” declaró que el imputado le indicó, mientras estaban en el patio de su domicilio, que tenía un arma de fuego en su dormitorio principal. Dicho testimonio fue corroborado por la declaración del testigo “B”, quien señaló que llegó con posterioridad al domicilio del acusado pudiendo presenciar la existencia del arma y de las municiones. Siendo coherente con la exposición del testigo “A”, el relato del testigo “B” mejora la credibilidad del primero. Pero es que además, si la hipótesis

---

<sup>1</sup> Duce describe cuatro requisitos para la admisibilidad de la prueba pericial: (1) la relevancia (requisito general para la admisibilidad de toda prueba), (2) la necesidad, (3) la idoneidad del perito, y (4) la confiabilidad del peritaje. Véase Mauricio Duce, “Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales. Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional”, en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, 1a. ed. (Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010), 76–86. Es interesante notar que por tratarse de criterios epistemológicos relativos a la fiabilidad de la prueba, los últimos dos pueden ser examinados por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal al valorar la prueba pericial, a pesar de haber sido ya examinados al admitir la prueba (como en el caso en cuestión). Así, como en todo caso, en este podrían suscitarse dudas respecto a la idoneidad de los peritos y a la confiabilidad de los procedimientos aplicados. Lamentablemente, dicha información no consta en el fallo del tribunal. Sin embargo, tratándose de funcionarios de organismos públicos y de procedimientos típicamente utilizados, es difícil que estos hayan sido controvertidos en el juicio. De todas formas, no son estas las razones dadas por los jueces para absolver en el primer y en el tercer juicio, por lo que aquí podemos pasar por alto este punto.

<sup>2</sup> Al igual que el “arma de fuego”, la “tenencia” es un hecho institucional que requiere de reglas que nos digan qué cuenta como tal y qué no (véase el capítulo I para la diferencia entre hechos brutos y hechos institucionales). Tratándose de conceptos jurídicos, dicha regla estará, evidentemente, determinada por el Derecho. Así, la doctrina penal chilena se ha manifestado señalando que la tenencia requiere una “esfera de custodia” que implica un “poder autónomo” sobre la cosa. Véase Sergio Politoff, *Lecciones de derecho penal chileno: parte especial*, 2da. ed. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 458–459. En este caso, el hecho de encontrarse el arma en el domicilio del imputado, junto al reconocimiento como propia, parecen bastar para establecer dicho “poder autónomo”.

de la tenencia por un tercero fuese verdadera esperaríamos que el acusado declarase en el juicio en tal sentido o que, al menos, la defensa realizase dicha alegación. Dicha predicción no se cumplió: al inicio del juicio oral el acusado declaró y no hizo referencia alguna a que la tenencia del arma correspondía a otra persona. Tampoco la defensa presentó este argumento. De esta forma, podemos decir que existe una prueba fuerte de que dicha tenencia le correspondía al acusado.

Hasta este punto, el análisis permite tener por corroborada la proposición de que un arma de fuego con el número de serie borrado y cuya tenencia correspondía al acusado fue encontrada en el domicilio de este último, junto con sus municiones. Y sin embargo, todavía podríamos pensar en una hipótesis alternativa que impediría la condena del acusado: que éste contaba con autorización de la autoridad competente para tener el arma de fuego hallada en su domicilio. En consecuencia, si la teoría de la acusación resultase cierta, podemos predecir que, consultado el registro de la autoridad correspondiente, el acusado no tendría la autorización requerida. Para ello se utilizaron dos caminos inferenciales.

En primer lugar, la fiscalía presentó la declaración del perito químico, quien señaló que a través de ciertos procedimientos técnicos pudo establecer que el número de serie del arma era 71.250. Consultado dicho número al departamento de Control de Armas y Explosivos de la Dirección General de Movilización Nacional, se obtuvo un primer oficio indicando que el revólver estaba inscrito a nombre de una persona distinta del acusado, quien lo reportó como robado tres años antes de tuvieron lugar los hechos de este caso. En el juicio se dio lectura de dicho oficio. En segundo lugar, se consultó directamente la información del acusado a la autoridad, obteniéndose un segundo oficio que señalaba que éste no poseía armas inscritas en el registro correspondiente y que carecía del permiso para portarlas. Este oficio también fue leído en el juicio. De esta forma, no siendo cuestionada la autenticidad de ambos documentos, tenemos una prueba altamente fiable de que el acusado carecía de autorización para tener el arma de fuego en cuestión.

Así las cosas, todas las circunstancias fácticas sostenidas por la acusación y necesarias para la configuración del delito parecen suficientemente acreditadas. El hallazgo del revólver y de las municiones, y la tenencia de los mismos por parte del imputado, fueron probados por las declaraciones de los dos testigos. El hecho de que el número de serie se encontraba borrado fue probado por las declaraciones de los dos testigos y de los dos peritos (estos

últimos agregaron que la causa fue la “acción mecánica”), y con la exposición del revólver ante el tribunal. La circunstancia de que efectivamente se trataba de un arma de fuego (i.e. era apta para el disparo) fue acreditada por la declaración de ambos peritos, quienes expusieron los procedimientos científicos utilizados para llegar a dicha conclusión. Y la falta de autorización del acusado para la tenencia del arma fue probada mediante la declaración del perito químico y los dos oficios de la Dirección General de Movilización Nacional. Por su parte, el dolo y el ánimo de tenencia fueron inferidos de la declaración de los dos testigos, quienes relataron cómo el propio acusado indicó la tenencia del revólver (por lo que tenía pleno conocimiento de ello). Y si todo lo indicado no fuese suficiente, el acusado declaró confirmando la detención realizada en el día y hora señalados y el hallazgo del arma de fuego y las municiones en su domicilio por parte de los funcionarios policiales, incrementando la fiabilidad de las declaraciones y la coherencia del relato.

En la causa, el tribunal realizó un razonamiento similar al descrito, valorando la prueba de un modo racional y cumpliendo lo requerido por el artículo 297 del Código Procesal Penal. Si al resultado de dicha valoración aplicamos el estándar de prueba más allá de toda duda razonable en su lectura objetiva, no podemos más que concluir que debía emitirse un veredicto condenatorio: la hipótesis de la culpabilidad, tal como fue expuesta en la acusación, explica coherentemente los datos disponibles; las predicciones que dicha hipótesis ha permitido formular han resultado confirmadas; y toda otra hipótesis alternativa plausible que sostenga la inocencia del acusado (i.e. que el arma no era apta para el disparo, que la tenencia correspondía a un tercero, que el acusado tenía autorización para tenerla) ha sido refutada. Además, se han aportado todos los elementos que podían preverse como necesarios para la prueba del delito en cuestión de acuerdo al estado actual del conocimiento sobre el mundo (requisito del peso probatorio).

En efecto, esta es la misma conclusión a la que llega el Séptimo Tribunal de Juicio Oral de Santiago:

De esta forma, ante la contundencia de la prueba de cargo que lo incrimina de manera categórica y la ausencia de una teoría alternativa capaz de generar siquiera un asomo de duda en los sentenciadores acerca de la participación que tuvo en los hechos el acusado, el Tribunal concluyó que a Carlos Alberto Muñoz Aceituno le correspondió participación en calidad de autor del delito de tenencia ilegal de arma de

fuego con su número de serie borrado, por el cual fue acusado, desde que intervino en su perpetración de una manera inmediata y directa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 número 1 del Código Penal<sup>1</sup>.

En conformidad con dicha conclusión el tribunal emitió un veredicto condenatorio. Si este fuere el desenlace de la historia, nada extraño habría que comentar. Sin embargo, la defensa interpuso un recurso de nulidad fundado en que ciertas pruebas habrían sido obtenidas con infracción de derechos constitucionales del acusado<sup>2</sup>. Y dicho recurso fue acogido porque, en opinión de la Corte Suprema, se habrían infringido las garantías de la inviolabilidad del hogar y del debido proceso, anulándose la sentencia y el juicio oral y ordenándose la celebración de un nuevo juicio<sup>3</sup>.

De esta forma, un nuevo juicio fue realizado. En él se rindieron esencialmente las mismas pruebas que en el juicio anterior, con una importante diferencia: la fiscalía pudo presentar un tercer testimonio correspondiente a un tercer funcionario de la policía que participó en la detención del acusado y en la incautación del arma de fuego, que reforzó la prueba de cargo y corroboró las declaraciones de los testigos “A” y “B”. Así las cosas, el tribunal ante el cual el tercer juicio fue celebrado también concluyó que todos los presupuestos fácticos del delito y de la autoría del acusado se encontraban probados por la acusación. Si esto era correcto, el tribunal debía emitir un veredicto condenatorio. En cambio, luego de dicha conclusión los jueces centraron el debate en el modo en que la prueba había sido obtenida:

Que, si bien es cierto estos sentenciadores han arribado a la convicción de que efectivamente ha existido un delito y que en este le cupo participación al acusado, no es menos que por mandato legal están obligados a examinar la prueba con tal rigurosidad que no quede duda razonable alguna respecto a su licitud, suficiencia y credibilidad y, frente a este trascendental principio de seguridad jurídica su labor -al momento de valorarla- debe centrarse en dos aspectos relevantes:

---

<sup>1</sup> Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 1.1.2007, RIT 148-2006, considerando noveno. CL/JUR/4699/2007.

<sup>2</sup> El artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal contempla dicha causal. Este señala: Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

<sup>3</sup> CS, 6.6.2007, Rol 678-2007, considerando sexto. Sentencia redactada por el ministro Hugo Dolmetsch Urra. CL/JUR/4698/2007.

1º.- que la prueba que se incorpora a juicio se haya obtenido sin vulnerar garantías fundamentales que se encuentran consagradas en nuestra Constitución Política de la República y en los Tratados Internacionales suscritos por el Estado de Chile y que, por mandato de la misma Constitución nos obligan; y,

2º.- que esa prueba alcance los estándares de convicción exigidos para dar por acreditado un hecho punible<sup>1</sup>.

Entendiendo que ambas labores constituyen parte de su función, el tribunal comenzó un análisis de los hechos relevantes en la configuración de dicha infracción de garantías fundamentales. En primer lugar, se consideró que existía una orden de detención emanada de un Juez del Crimen competente, que ordenaba la detención del acusado a fin de notificarle una sentencia por quebrantamiento de condena. Dicha orden consignaba dos domicilios, el de la madre del acusado y el del propio acusado, facultando a los funcionarios policiales para allanar y descerrajar ambos. Así, la policía detuvo al acusado frente al primer domicilio (el de su madre), y luego, dos de los funcionarios (que declararon en juicio) concurrieron con el acusado hasta su propio domicilio. Los policías ingresaron a dicho lugar en compañía del acusado, y encontraron una planta de marihuana en el patio trasero. Al consultarle al acusado si se encontraba cometiendo algún otro delito, este respondió que tenía un arma de fuego en su dormitorio principal, bajo la almohada. Los hechos descritos hasta aquí, aunque (como veremos) necesarios para la configuración de la infracción y no controvertidos en el debate, no son suficientes para afirmar la vulneración de las garantías del acusado.

Sin embargo, el tribunal dio un paso adicional: señaló que la orden judicial tenía por objeto sólo la detención del imputado, agotándose una vez realizada por la policía frente al primer domicilio. Así, a juicio del tribunal, a pesar de encontrarse consignado el segundo domicilio en la orden y de haberse facultado a la policía para allanar y descerrajar, luego de aprehendido el imputado ya no existía autorización para dichas actuaciones:

Que, conforme a lo declarado por los tres funcionarios policiales el acusado fue detenido en la calle, en las afueras del domicilio de su madre, por lo que, en consecuencia, con esta detención, se cumplió, se agotó, la orden que se les endosó,

---

<sup>1</sup> Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 9.7.2007, RIT 148-2006, considerando octavo. Es interesante notar que para el tribunal la licitud de la prueba debe ser probada más allá de toda duda razonable. Nuevamente esta posición se basa en consideraciones distributivas.

siendo innecesario constituirse en los otros domicilios bajo el pretexto de corroborar el domicilio real del acusado.

[...] los funcionarios aprehensores sólo tenían una orden que los facultaba para detener y poner a disposición del Tribunal al acusado y, para el evento de que no fuere habido, y se tuviere conocimiento de que se encontraba en uno de dichos domicilios, se facultaba el ingreso y allanamiento. En consecuencia, la actuación de la policía para obtener la prueba con la que se pretendió acreditar el hecho punible por el cual el Ministerio Público acusó, fue obtenida con vulneración de garantías fundamentales, como también vulnerando principios establecido en el Código Procesal Penal<sup>1</sup>.

A estas consideraciones, el tribunal agregó que el ingreso al domicilio no fue autorizado por el acusado, conclusión a la que llegó en virtud de la declaración de este último en el juicio y a pesar de haber sido contradicha por las declaraciones de los tres funcionarios policiales<sup>2</sup>. De esta forma, al no haberse cumplido -en opinión del tribunal- ninguno de los supuestos que permiten la entrada y registro de un lugar cerrado, el ingreso de los policías al domicilio del acusado habría vulnerado el derecho fundamental de la inviolabilidad del hogar. Más aún, siendo dicha garantía parte del debido proceso, también éste habría sido infringido.

Utilizando dichas razones como premisas, el tribunal concluyó que no podía otorgarle ningún valor a la prueba material presentada por la acusación (i.e. el arma de fuego y las municiones) por haber sido obtenida con vulneración de garantías fundamentales, como tampoco a todas las demás pruebas obtenidas en consecuencia (i.e. las declaraciones de los policías, las declaraciones de los peritos, y los oficios emitidos por la Dirección General de Movilización Nacional)<sup>3</sup>. En palabras del propio tribunal:

Que, frente a la vulneración evidente de garantías constitucionales en el procedimiento llevado a cabo por la policía, estos sentenciadores no pueden otorgarle ningún valor probatorio a la prueba incorporada por el órgano persecutor, encontrando sustento esta decisión en la doctrina de “los frutos del árbol

---

<sup>1</sup> Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 9.7.2007, RIT 148-2006, considerando décimo segundo.

<sup>2</sup> De esta forma el tribunal materializa su idea de que también la licitud de la prueba (y ya no sólo la culpabilidad del acusado) debe ser probada más allá de toda duda razonable.

<sup>3</sup> En virtud de la denominada doctrina de “los frutos del árbol envenenado”.

envenenado”, en cuanto resulta imposible utilizar como prueba en un proceso penal elementos de convicción obtenidos mediante la violación de garantías, cuyo es el caso de marras.

Que, descartada la prueba del órgano persecutor, sólo queda como pieza de convicción en contra del acusado su confesión, y no pudiéndosele condenar solo con ella, conforme lo dispone el inciso final del artículo 340 del Código Procesal Penal, deberá absolvérsele del cargo formulado por el Ministerio Público, como autor de delito de tenencia ilegal de arma de fuego, ocurrido en la comuna de la Florida<sup>1</sup>.

Como es posible ver, a pesar de que al considerar toda la prueba admitida al juicio y consignada en el auto de apertura el tribunal concluye que todos los presupuestos fácticos del delito resultan probados, con posterioridad (cuando “sólo queda como pieza de convicción” la confesión del acusado) señala que la prueba es insuficiente para condenar.

El segundo caso se refiere a un delito de tráfico de drogas, y su juicio se realizó ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó<sup>2</sup>. En lo relevante, funcionarios de Carabineros ingresaron al domicilio del acusado (existiendo autorización judicial para ello) y en su dormitorio encontraron un envoltorio que en su interior contenía 1,4 gramos de cannabis sativa. Luego, al registrar el vehículo que se encontraba estacionado en el frontis del domicilio y que pertenecía al acusado, la policía encontró también una hoja de diario con 59 bolsitas plásticas transparentes que en su interior contenían un total de 415 gramos de cocaína base. La droga y el automóvil fueron incautados.

Para probar dicho relato, la acusación presentó las siguientes pruebas:

- (1) La declaración de cuatro funcionarios policiales que participaron en el procedimiento de registro e incautación de la droga, de un testigo que declaró respecto de la cadena de custodia y de los análisis de las drogas, y de un testigo más que declaró respecto de la propiedad del acusado sobre el vehículo incautado.

---

<sup>1</sup> Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 9.7.2007, RIT 148-2006, considerando décimo quinto.

<sup>2</sup> Véase sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 1.7.2006, RIT 25-2006. CL/JUR/6356/2006. Dicho delito se encuentra previsto y sancionado en el artículo 3° de la Ley 20.000, en relación al artículo 1° de la misma ley.

- (2) La declaración de dos peritos químicos farmacéuticos, uno respecto del análisis de la cannabis con resultado positivo, y otro respecto del análisis de la cocaína en estado base también con resultado positivo.
- (3) Numerosas pruebas documentales respecto de la cadena de custodia de las drogas incautadas y de la propiedad del acusado sobre el vehículo en el cual se encontró la cocaína.
- (4) Numerosas fotografías de la droga y demás evidencias incautadas en el procedimiento policial<sup>1</sup>.

No aplicaré en este caso la metodología de la inducción por eliminación. Basta decir que el tribunal ni siquiera pretendió analizar la prueba rendida en el juicio oral con el objeto de determinar el grado de soporte o apoyo inductivo que proporcionaba a la hipótesis acusatoria<sup>2</sup>. En cambio, se concentró en examinar la licitud de los medios a través de los cuales la prueba inculpatoria fue obtenida.

Con dicho objetivo en mente, los jueces establecieron los siguientes hechos: En el caso existía una autorización otorgada por el juez de garantía para que Carabineros ingresara y registrara el domicilio del acusado. En virtud de dicha autorización, los funcionarios policiales ingresaron al inmueble y en el interior del dormitorio del acusado encontraron 1,4 gramos de cannabis sativa. Luego, dichos funcionarios registraron el automóvil del acusado que se encontraba estacionado en la vía pública, frente a su domicilio, encontrando 415 gramos de cocaína base. La autorización judicial no facultaba a la policía para abrir y registrar el automóvil, sino sólo el domicilio. Así, esta última actuación de los funcionarios policiales vulneró el derecho a la intimidad (o inviolabilidad de la vida privada) y el derecho de propiedad del acusado.

La afectación de estas garantías no sería problemática sólo si los hechos pueden encuadrarse en aquellos casos en que la ley la permite. En opinión del tribunal, dichos casos eran tres: la autorización del juez de garantía, el control de identidad y la detención por

---

<sup>1</sup> La exposición completa de la prueba presentada por la acusación puede verse en sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 1.7.2006, RIT 25-2006, considerando quinto. CL/JUR/6356/2006.

<sup>2</sup> De hecho, a pesar de que la prueba inculpatoria se mostraba bastante fuerte, la defensa ofreció una hipótesis alternativa explicativa de los mismos datos: una mujer conocida del acusado, que tenía una investigación pendiente por tráfico de drogas, habría plantado la cocaína en el automóvil del acusado el día anterior a su detención con el fin de obtener beneficios en el procedimiento seguido en su contra. El tribunal no se pronunció sobre esto. Véase el considerando cuarto de la sentencia ya citada.

flagrancia (en el desarrollo de su exposición el tribunal parece agregar un cuarto supuesto: el consentimiento del acusado en el registro del automóvil).

En relación a la primera, el tribunal se limitó a constatar que la autorización otorgada por el juez de garantía contemplaba sólo la entrada y registro del domicilio del acusado, y no de su automóvil. Así, no existiendo autorización judicial, el primer supuesto fue descartado. Respecto de si los hechos podían ser constitutivos de un control de identidad<sup>1</sup>, el inciso 1° del artículo 85 del Código Procesal Penal en vigencia a la época de los hechos indicaba que los funcionarios policiales debían, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella:

- (1) Hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta;
- (2) Se dispusiere a cometerlo;
- (3) Pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta<sup>2</sup>.

De esta norma, el tribunal concluyó que para realizar un control de identidad los funcionarios policiales debían estar frente a un caso fundado (lo que excluía el capricho o arbitrariedad de la policía), aun cuando los supuestos enumerados constituían meros ejemplos<sup>3</sup>. Y para el tribunal, existía un caso fundado si habían “méritos suficientes” para efectuar el control de identidad<sup>4</sup>. Así las cosas, la discusión debió centrarse en la existencia o

---

<sup>1</sup> El artículo 85 inciso 2° del Código Procesal Penal chileno permite a la policía, en virtud del control de identidad, registrar el automóvil del fiscalizado: “Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.”

<sup>2</sup> El artículo 85 del Código Procesal Penal fue modificado el año 2008 por la Ley 20.253 (conocida como Ley de Agenda Corta Contra la Delincuencia), que incorporó un supuesto adicional para realizar el control de identidad: el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. Para las demás modificaciones que introdujo dicha ley respecto de la institución en cuestión, y para un examen de su evolución desde la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal, puede verse Enrique Letelier Loyola, “Estatuto de las libertades en el proceso penal chileno a trece años de vigencia del sistema acusatorio”, *Opinión Jurídica* 12, n° 24 (2013): 158–61.

<sup>3</sup> Actualmente la enumeración es taxativa y no ejemplar, por lo que el caso será fundado sólo si puede subsumirse en alguna de las hipótesis enumeradas.

<sup>4</sup> Entender que un “caso fundado” es aquél en el que existen méritos suficientes para realizar el control de identidad sólo desplaza el problema de nivel (¿cuándo existen méritos suficientes?). Parte de la doctrina ha señalado que el caso será fundado cuando exista un fundamento o razón -más allá de la mera intuición del funcionario policial-, constituida por la orientación de la fiscalización a materializar fines de prevención, persecución e investigación de hechos delictuales. Véase Roberto Rabi González, “¿Qué rol y justificación tiene el control de identidad de una persona en nuestro sistema procesal penal considerando el actual texto del artículo

inexistencia de méritos suficientes para la fiscalización. En cambio, el tribunal simplemente dio por sentada la falta de dichos méritos en base a que, a su juicio, los agentes de la policía “sabían o estaban en conocimiento de quién era el sujeto buscado y que en esa oportunidad se encontraba al interior de la vivienda”, por lo que “no hay un análisis de indicios para identificar, sino derechamente el cumplimiento de una orden judicial de registro, que fue solicitada de manera nominativa sobre un inmueble dentro del cual se presumía la presencia de un sujeto del cual no había duda sobre su individualización”<sup>1</sup>. Conforme a estas razones el tribunal descartó que los hechos pudieran encuadrarse en alguno de los supuestos que posibilitan el control de identidad.

En este punto, antes de examinar el tercer supuesto que hubiese permitido a la policía registrar el automóvil del acusado, los jueces formularon ciertas observaciones respecto de su consentimiento. Así, señalaron que a pesar de ser efectivo que los funcionarios policiales declararon en el juicio que el acusado consintió en el registro del vehículo, sus testimonios fueron imprecisos. Ello, a juicio del tribunal, otorgaba credibilidad a la versión del acusado respecto de que los funcionarios sólo le preguntaron si esas eran las llaves de su vehículo, y ante su respuesta afirmativa las utilizaron para registrarlo, sin mediar consentimiento expreso para la práctica de la diligencia. Las razones que dio el tribunal para restar credibilidad a las declaraciones de los funcionarios fueron las siguientes:

Las imprecisiones no sólo dicen relación con el modo en que tomaron conocimiento de que el automóvil se encontraba en el lugar de los hechos o en cuanto a qué día dieron inicio a la investigación sino que además respecto de la entrega de las llaves, el Carabinero Patricio Acevedo Maturana declaró que le entregó las llaves a él personalmente y el funcionario Edmundo Cáceres Muñoz que el acusado entregó las llaves en forma voluntaria, pero no está seguro quién se las pidió y que él vio cuando las pasó; declaraciones que en ningún caso son concluyentes de que la entrega fue voluntaria, esto es que Cabello Espinoza entregó las llaves para el registro de su vehículo, sino que sólo deja establecido el hecho de la entrega pero no como se generó ésta. Hay que tener presente además que en el allanamiento participaron varios funcionarios policiales y en el dormitorio en que se

---

85 del Código Procesal Penal?”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 13 (2010): 334–36. A mi juicio, esta es solo una de las múltiples ambigüedades que debiesen ser guiadas por el principio general de inclusión de la prueba.

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 1.7.2006, RIT 25-2006, considerando noveno. CL/JUR/6356/2006.

encontraba el imputado, al momento del registro, se encontraban a lo menos tres de ellos, lo que de acuerdo a la experiencia nos lleva a concluir que el estadio más posible en el que se realizó la entrega haya sido bajo presión y coacción.

[..] además de acuerdo a las reglas de la lógica y de la experiencia resulta difícil aceptar que el imputado a sabiendas que mantenía la droga oculta al interior del automóvil otorgara sin oponer ningún tipo de resistencia las llaves del vehículo conduciendo así directamente a la fuerza policial a la obtención de una prueba fundamental que conduciría a su imputación<sup>1</sup>.

Es necesario detenerse en este punto: Aun si asumimos como cierta la existencia de imprecisiones en los dichos de los funcionarios de la policía que declararon como testigos, debemos considerar que, conforme a las observaciones del propio tribunal, ninguna de dichas imprecisiones se relaciona con el consentimiento del acusado en el registro del automóvil. Más aún, respecto de este punto dichas declaraciones fueron contestes. Por ello, para poder seguir sosteniendo la falta de consentimiento, el tribunal se ve forzado a afirmar entonces que ellas “en ningún caso son concluyentes”.

Esta posición es insostenible. Como ya es evidente, si lo que el tribunal pretende encontrar para dar por probado la existencia del consentimiento es una relación deductiva entre las pruebas y dicho consentimiento, siempre fallará en su cometido. Recordemos que la investigación sobre asuntos contingentes forma parte del razonamiento probabilístico, por lo que al requerir “pruebas concluyentes” el tribunal debe estar pensando en algo menos que una confirmación deductiva. El candidato obvio (tratándose de un procedimiento criminal) es el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”. Así parecen entenderlo los jueces, quienes utilizando como premisas el número de funcionarios policiales presentes en el lugar al momento de solicitarse las llaves del automóvil y una dudosa generalización respecto del comportamiento de las personas sujetas a un procedimiento policial, infieren que el registro no fue consentido por el acusado. Dichas circunstancias constituirían una “duda razonable”, por lo que el tribunal habría requerido muy poco para dar por refutada la hipótesis del registro consentido.

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 1.7.2006, RIT 25-2006, considerando noveno. CL/JUR/6356/2006.

Dos observaciones pueden formularse contra esta interpretación. En primer lugar, el tribunal debió haber explicado por qué considera que dicha duda es razonable. Lo cierto es que parece difícil aceptar que la sola presencia de tres funcionarios policiales convierta en razonable la duda respecto de la existencia de consentimiento por parte del acusado. Los procedimientos policiales son normalmente realizados por varios agentes, y ello implicaría - de ser cierto el razonamiento del tribunal- que en la práctica nunca habrá consentimiento del imputado en ningún procedimiento policial. Y sin embargo, la colaboración voluntaria es concebible (y de hecho sancionada positivamente bajo ciertas circunstancias en nuestro ordenamiento jurídico); consideraciones utilitaristas (como la creencia de los mismos en la obtención de algún beneficio procesal o penal) y consideraciones morales pueden actuar motivando la colaboración y descartando la “coacción” incluso en situaciones en que un considerable número de funcionarios policiales se encuentra presente.

Pero es que, en segundo lugar, la pretensión de que también la licitud de la prueba (en este caso la existencia del consentimiento del acusado) sea probada más allá de toda duda razonable, se funda en consideraciones distributivas. De esta forma, dicha pretensión, si no da cuenta de la manera en que el sistema procesal penal se encuentra efectivamente materializando la distribución del error, adolece de dos defectos: desprecia la actitud social respecto al costo relativo de los errores en el proceso penal y aumenta la tasa global de errores que el sistema produce.

El tercer supuesto que hubiese autorizado a la policía a registrar el automóvil del acusado lo constituye la situación de flagrancia<sup>1</sup>. Al respecto, el artículo 130 del Código Procesal Penal en vigencia a la época de los hechos indicaba que se encontraba en situación de flagrancia:

- (1) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- (2) El que acabare de cometerlo;
- (3) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;

---

<sup>1</sup> El artículo 129 del Código Procesal Penal vigente a la época de los acontecimientos indicaba en su inciso final: “En los casos de que trata este artículo, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para el solo efecto de practicar la respectiva detención”. Además, el artículo 89 del mismo código, en vigencia a la época de los hechos, permitía a la policía “practicar el examen de las vestimentas que llevare el detenido, del equipaje que portare o del vehículo que condujere, cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”.

- (4) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y
- (5) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaran como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.

Respecto de ellos, el tribunal precisó que sólo el primer supuesto (i.e. “el que actualmente se encontrare cometiendo el delito”) podía considerarse aplicable a los hechos del caso. Así, comenzó un examen poco riguroso de los requisitos que autorizaban la detención:

De lo anterior podemos concluir, que para darse esta institución procesal, necesariamente tenemos que tener dos elementos indispensables como son la temporalidad y la espacialidad, es decir que el delito se esté actualmente cometiendo, en tiempo y espacio, y, ¿qué pasaba en el caso en comento?, este delito se venía investigando ya meses, y respecto al espacio de detención, tampoco era de la única manera posible de obtenerla, bajo un inminente peligro de fuga o de frustrar todo tipo de evidencia. Pero acá estaban dentro de un domicilio, rodeado de Carabineros, sobre seguros, con orden judicial de entrada y registro, bastaba con ser más diligentes y solicitar la orden respectiva de detención, verlo de otro modo sería no cumplir con el otro parámetro establecido por el estudio mencionado cual es la proporcionalidad de la conducta por parte del ente persecutor<sup>1</sup>.

De esta manera, el tribunal comienza negando la concurrencia del *fumus commissi delicti* (el “delito se venía investigando ya meses”, por lo que no se estaba “actualmente cometiendo”), para concluir negando, como consecuencia de ello, la proporcionalidad de la detención. Esta no parece una forma muy adecuada de tratar la materia. Para ponerlo en términos simples: que un delito tenga cierto tiempo siendo investigado nada dice respecto de

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 1.7.2006, RIT 25-2006, considerando decimoprimeramente. CL/JUR/6356/2006. Para el tribunal la detención en flagrancia requiere, además de la existencia de alguna de las hipótesis enumeradas en el artículo 130 del Código Procesal Penal, que se presenten los presupuestos de toda medida cautelar: (1) el *fumus commissi delicti*; (2) el *periculum libertatis*; y (3) la proporcionalidad. No queda claro a cuál de todos los presupuestos se refiere el tribunal al hablar de “temporalidad” y “espacialidad” (aunque pareciera ser que al *fumus commissi delicti* específico de la detención en flagrancia).

la posibilidad de que actualmente siga cometiéndose (piénsese, por ejemplo, en los delitos continuados y en los delitos permanentes). Tampoco implica la imposibilidad de que, como resultado de la misma investigación, la policía se encuentre con una situación de flagrancia por un delito distinto cometido por el mismo autor<sup>1</sup>.

Pero es que aún si las consideraciones anteriores no fueran suficientes, es también cuestionable afirmar una falta de proporcionalidad en la detención debido a la existencia de una acción “sobre seguro” de la policía que –en opinión del tribunal- exigía solicitar una orden judicial. En primer lugar, porque la entidad de la afectación de los derechos del imputado será la misma: lo que está en juego no es su magnitud sino su procedencia (la medida cautelar será la detención, sea en caso de flagrancia o en virtud de una orden judicial previa, y por igual plazo máximo). Y en segundo lugar, porque al establecer la detención por flagrancia como una obligación para los agentes policiales (el artículo señala expresamente “los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito”), el legislador ya ha realizado el examen de proporcionalidad de la medida cautelar en cuestión.

Más aún, pareciera ser que al hablar de “proporcionalidad” el tribunal se está realmente refiriendo a la necesidad de la detención en el caso concreto<sup>2</sup>. Pero, como ya hemos señalado, es la propia ley la que obliga a la policía a realizar la detención en los casos de flagrancia sin orden judicial previa, sea que la policía actúe sobre seguro o no. Con ello, el legislador ya ha realizado el juicio de necesidad y proporcionalidad. Entender lo contrario implica que en cada situación de flagrancia los funcionarios policiales deberán examinar si actúan sobre seguro con el objeto de decidir si deben solicitar al Ministerio Público que requiera una orden judicial. Esto desvirtúa la naturaleza de la institución.

---

<sup>1</sup> Así ocurriría, por ejemplo, si un esposo se encuentra siendo investigado por lesiones graves en contexto de violencia intrafamiliar provocadas a su mujer, y en el curso de la investigación los funcionarios policiales concurren hasta el domicilio del matrimonio, percatándose, en el acto, de que el marido se encuentra golpeándola nuevamente.

<sup>2</sup> Parte de la doctrina identifica la necesidad de la medida cautelar con el “periculum libertatis”. Véase Montserrat De Hoyos Sancho, “Análisis comparado de la situación de flagrancia”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 12, n° 2 (2001): 144–146. Otra parte la establece como un requisito independiente del “fumus commissi delicti” y del “periculum libertatis”; Véase (aunque para la prisión preventiva) Diego Dei Vecchi, “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 26, n° 2 (2013): 196–99. En cualquier caso, la necesidad es entendida como un requisito distinto a la proporcionalidad.

En este punto, es necesario señalar que nada de lo dicho implica sostener que la detención por flagrancia no deba cumplir con los presupuestos de toda medida cautelar. Y sin embargo, una vez determinada la existencia en un caso concreto de alguna de las hipótesis de flagrancia contempladas en el artículo 130 del Código Procesal Penal (i.e. una vez determinado el *fumus commissi delicti*), los jueces no podrán determinar la improcedencia de la detención por falta de peligro en la libertad del imputado. Esta es una tarea que el legislador ya ha realizado, estimando, en ciertos casos, que el *periculum libertatis* lo constituye la continuación de la lesión del bien jurídico (como en la primera hipótesis del artículo 130), y en otros, que lo constituye el riesgo de fuga u ocultación (como en las demás hipótesis del mismo artículo).

Esta lógica no es ajena al Código Procesal Penal. Existen otros casos en que la ley obliga a la detención de una persona (sin orden judicial previa) a pesar de existir una situación de seguridad en la actuación de la policía. Piénsese, por ejemplo, en la detención de la persona que se niega a acreditar su identidad, la oculta, o proporciona una falsa, conforme a los incisos 4° y 5° del artículo 85 del mismo Código. En este caso, incluso se prevé que la detención sin orden judicial previa se realice en una unidad policial<sup>1</sup>. Y sin embargo, el tribunal concluye que:

[E]n la especie corresponde no considerar al momento de dictar sentencia toda la prueba obtenida como efecto del actuar irregular de los agentes policiales que afectó al acusado Cabello Espinoza registro del móvil sin contar con la autorización de su propietario ni del Juez, por lo tanto sin amparo legal [...], ya que todo esto nace de un actuar que infringió garantías constitucionales del imputado, por lo que necesariamente debe extenderse dicha ilicitud originaria a toda la prueba cuyo origen está vinculado a aquella vulneración, sólo así se asegura una efectiva protección de las garantías constitucionales, de los derechos fundamentales y se ampara el correcto actuar de los órganos jurisdiccionales<sup>2</sup>.

[E]n consecuencia, *omitiéndose toda la prueba a que se hace referencia, no queda más que dictar sentencia absolutoria a favor del acusado Patricio René Cabello Espinoza, puesto que la prueba de cargo subsistente, no es suficiente para*

---

<sup>1</sup> ¿Hay algo más “sobre seguro” que esto?

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 1.7.2006, RIT 25-2006, considerando decimotercero. CL/JUR/6356/2006.

*tener por configurado el delito* por el cual se formuló acusación en contra del acusado y que en éste hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley<sup>1</sup>.

La exposición de todas estas consideraciones no es trivial. Lo que interesa mostrar es que, a pesar de todas las inconsistencias y ambigüedades conceptuales, existe una inclinación por parte de los tribunales a determinar que los derechos fundamentales del imputado efectivamente han sido afectados en una forma ilegítima, incluso si dicha determinación es dudosa o a lo menos oscura<sup>2</sup>. Este panorama, tal vez, no sería problemático si la consecuencia de aquella determinación no fuese la exclusión de la prueba obtenida. Pero, en cambio, los juzgadores evalúan estas cuestiones teniendo en consideración (y en una gran cantidad de casos derechamente buscando) dicha supresión, lo que compromete la posibilidad de alcanzar decisiones rectas.

Antes de continuar, detengámonos un momento en el lenguaje utilizado por los tribunales en los dos casos expuestos. Recordemos que en el primer caso, el tribunal del tercer juicio señalaba “que, frente a la vulneración evidente de garantías constitucionales [...], estos sentenciadores no pueden *otorgarle ningún valor probatorio a la prueba incorporada por el órgano persecutor* [...], en cuanto resulta *imposible utilizar como prueba* en un proceso penal elementos de convicción obtenidos mediante la violación de garantías, cuyo es el caso de marras. Que, *descartada la prueba del órgano persecutor*, sólo queda como pieza de convicción en contra del acusado su confesión [...]”<sup>3</sup>. Por su parte, el tribunal del segundo caso indicaba que “el fenómeno de la prueba ilícita no sólo puede ser enfocado como un problema de admisibilidad de la prueba, sino también como un *problema de valoración* o, en términos más generales, de *inutilizabilidad o ineficacia de la prueba* obtenida ilícitamente”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 1.7.2006, RIT 25-2006, considerando decimocuarto. CL/JUR/6356/2006. Las cursivas son mías.

<sup>2</sup> Posición que, a mi juicio, tiene sus raíces en lo que algunos autores denominan como la “vulgarización del derecho” a consecuencia del predominio del neoconstitucionalismo y el garantismo en la cultura jurídica contemporánea. Véase Rodrigo Correa, “Vulgarización por constitucionalización”, *Revista Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, n° 11 (2005): 161–70; Marcelo Alegre, “Vulgarización y deterioro del derecho democrático”, *Revista Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, n° 11 (2005): 178–85; Fernando Atria, “La hora del derecho: Los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho”, *Revista Estudios Públicos* 91 (2003): 61–69.

<sup>3</sup> Sentencia del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 9.7.2007, RIT 148-2006, considerando décimo quinto.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 1.7.2006, RIT 25-2006, considerando decimosegundo. CL/JUR/6356/2006.

Lo que ambos fallos tienen en común es que evitan referirse explícitamente a la actividad realizada por el tribunal como una “exclusión probatoria”. La razón es que existen poderosos argumentos (jurídicos y no jurídicos) en contra de que los tribunales de juicio oral en lo penal excluyan prueba (que ya ha sido admitida por otro tribunal de igual jerarquía)<sup>1</sup>, de los que los jueces debiesen hacerse cargo si han de admitir dicha exclusión en el juicio oral. Utilizar expresiones como “no otorgarle ningún valor probatorio”, “inutilizar”, “descartar” o “hacer ineficaz”, no constituye más que un absurdo intento de ignorar el problema.

Pero no son sólo los tribunales de instancia los que omiten tratar el asunto en términos apropiados. Es basta la jurisprudencia de los tribunales superiores que apoya dicha posición, y que de hecho, intenta sostener una diferencia conceptual entre la exclusión de la prueba y su valoración negativa fundada en la vulneración de derechos fundamentales. A continuación revisaremos algunos ejemplos.

## 2. La “valoración negativa” en la Corte Suprema.

Comenzaremos con el segundo caso expuesto en la sección anterior. Recordemos que el acusado fue absuelto porque, a juicio del tribunal, una vez descartadas las pruebas obtenidas mediante la vulneración de derechos fundamentales, no existía prueba suficiente para emitir una condena (i.e. prueba que permitiera superar el estándar “más allá de toda duda razonable”). En consecuencia, la acusación interpuso un recurso de nulidad fundado, *inter alia*, en que el tribunal del juicio oral habría omitido la valoración de los medios de prueba de manera conforme al artículo 297 del Código Procesal Penal<sup>2</sup>. Dicha causal fue desestimada por la Corte Suprema bajo los siguientes argumentos:

---

<sup>1</sup> Argumentos que trataremos en la siguiente sección.

<sup>2</sup> La exposición completa de las causales invocadas por la fiscalía puede verse en CS, 20.09.2006, Rol 3570-2006, considerandos primero, segundo, tercero y cuarto. Sentencia redactada por el ministro Rubén Ballesteros Cárcamo. CL/JUR/6355/2006. Para nuestros efectos, lo importante es que entre ellas se encontraba la causal señalada. El conjunto completo de artículos del Código Procesal Penal que establece dicha causal es el siguiente. Artículo 374 letra e): “El juicio y la sentencia serán siempre anulados: e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”. Artículo 342 letra c): “La sentencia definitiva contendrá: c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”. Artículo 297: “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 de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

[E]l examen del fallo recurrido demuestra evidentemente que dicha resolución cumple a cabalidad con las exigencias anotadas [i.e. la valoración de la prueba conforme al artículo 297], desde que se ha hecho cargo circunstanciada y razonadamente, con los debidos fundamentos, tanto de los aspectos de hecho como de derecho y doctrinarios que se estimaron aplicables al caso, para desestimar o restar valor a la prueba de cargos aportada y producida en la audiencia del juicio por el Ministerio Público en razón de su ilicitud, ello como consecuencia de una valoración negativa de la misma, en mérito de lo cual se absolvió al acusado por falta de acreditación de los cargos formulados en su contra<sup>1</sup>.

[E]l tribunal [...] procedió a restarle mérito o valor probatorio [a la prueba], situación que como se dijo, satisface las exigencias de fundamentación del fallo y no puede ser considerada como lo pretende el recurrente, un acto de exclusión de la misma [...]<sup>2</sup>.

[R]estar valor probatorio a la prueba rendida en la audiencia, no puede significar en caso alguno, que se desconoce la decisión del Tribunal de Garantía consignada en el auto de apertura, desde que ésta, si bien fija los medios de prueba a rendir en la audiencia del juicio oral, su valoración en miras a la decisión de la controversia, es atribución privativa de los sentenciadores llamados por ley a resolverla, esto es, los Jueces del Tribunal del Juicio Oral respectivo<sup>3</sup>.

Como es evidente luego de leer dichas consideraciones, el esfuerzo de la Corte Suprema se concentra en presentar la actividad de los tribunales de juicio oral en lo penal al desestimar la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, y, consecuentemente, adoptar su decisión considerando sólo las pruebas restantes, como una actividad que forma parte del proceso de valoración de la prueba conforme al artículo 297 del Código Procesal Penal. La Corte es de hecho explícita al indicar que dicha actividad no puede ser considerada un acto de exclusión probatoria, y que, en cambio, forma parte de la

---

<sup>1</sup> CS, 20.09.2006, Rol 3570-2006, considerando decimocuarto. Sentencia redactada por el ministro Rubén Ballesteros Cárcamo. CL/JUR/6355/2006. Los paréntesis son míos.

<sup>2</sup> CS, 20.09.2006, Rol 3570-2006, considerando decimoquinto. Sentencia redactada por el ministro Rubén Ballesteros Cárcamo. CL/JUR/6355/2006. Los paréntesis son míos.

<sup>3</sup> CS, 20.09.2006, Rol 3570-2006, considerando decimosexto. Sentencia redactada por el ministro Rubén Ballesteros Cárcamo. CL/JUR/6355/2006. Los paréntesis son míos.

valoración “en miras a la decisión de la controversia”, constituyendo así una atribución privativa de los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal.

Pero es que en casos más recientes la Corte Suprema ha ido incluso más lejos. La “valoración negativa” de la prueba constituiría ahora un deber de los jueces de fondo, y no meramente una “atribución” que forma parte de la libre valoración de la prueba conforme al artículo 297. Así, en un caso de robo en bienes nacionales de uso público cometido el año 2014, en que el autor fue condenado por el Juzgado de Garantía de Valparaíso, la Corte, luego de estimar que la prueba fue obtenida con infracción de garantías fundamentales, declaró:

El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración<sup>1</sup>.

Así, entonces [...] al haber sido declarada ilegal la detención por una actuación funcionaria que violó normas precisas y determinadas que regulaban el actuar policial, la ilicitud se extiende a todos los resultados generados cabalmente por ella, lo que en el caso de autos importaba extender la exclusión por valoración negativa de la prueba producida en la audiencia respectiva<sup>2</sup>.

Dejémonos de rodeos. No importa qué digan los tribunales que están haciendo cuando “valoran negativamente” la prueba; lo que importa es lo que realmente hacen. Recordemos los casos resueltos por los tribunales de juicio oral en lo penal expuestos en la sección anterior. En ellos, los juzgadores indicaban claramente que de un conjunto de pruebas “A”, conformado por las pruebas a, b, c, d y e, era posible extraer la conclusión de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Y que, luego de desestimarse, inutilizarse o valorarse negativamente algunas de las pruebas por haber sido obtenidas –a su juicio- con infracción de derechos fundamentales, de un conjunto distinto de pruebas “B” (conformado

---

<sup>1</sup> CS, 22.10.2014, Rol 23683-2014, considerando séptimo. Sentencia redactada por el ministro Carlos Künsemüller Loebenfelder. CL/JUR/7716/2014. La Corte ya se había pronunciado exactamente en el mismo sentido (y con las mismas palabras) en el caso de un delito de homicidio simple, sentencia de la CS, 16.04.2014, Rol 3828-2014, considerando duodécimo. Sentencia redactada por el ministro Hugo Dolmetsch Urra. CL/JUR/1378/2014.

<sup>2</sup> CS, 22.10.2014, Rol 23683-2014, considerando octavo. Sentencia redactada por el ministro Carlos Künsemüller Loebenfelder. CL/JUR/7716/2014. Los paréntesis son míos.

por las pruebas restantes -algunas pocas, a veces sólo una, de las pruebas que conformaban el primer conjunto “A”-) se extraía la conclusión de que la hipótesis acusatoria no había sido corroborada en grado suficiente.

La exclusión de prueba consiste en la supresión del conjunto de elementos sobre el cual se adoptará la decisión sobre los hechos, de un elemento de prueba determinado y en principio disponible para su conformación. Dado que, como hemos visto en el segundo capítulo de esta memoria, la conformación del conjunto probatorio no se agota con la declaración de admisibilidad de las pruebas realizada en una audiencia preliminar, sino que incluye también la práctica de la prueba, e incluso, su percepción por el tribunal, cualquier acto de desestimación de un elemento de prueba que tenga como consecuencia que este no forme parte del conjunto definitivo, constituye, por definición, un acto de exclusión probatoria. Decir que la “valoración negativa” no lo es, en el mejor de los casos, revela una incompreensión por parte de los jueces respecto de cómo funciona el razonamiento probatorio en el Derecho, y respecto de cómo debe concebirse la prueba si su finalidad principal es maximizar la probabilidad de obtener determinaciones correctas sobre los hechos.

La causa de que los tribunales presenten el asunto en estos términos se encuentra en que de esta forma podrían presentar la supresión de la prueba como parte de su valoración, la que –a diferencia de la exclusión probatoria- sí forma parte de la actividad que deben realizar los tribunales del juicio oral. El razonamiento parece ser el siguiente:

(1) Una valoración de la prueba jurídicamente correcta es aquella que se realiza conforme al artículo 297 del Código Procesal Penal.

(2) El artículo 297 del Código Procesal Penal señala:

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 aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación

deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

- (3) La “valoración negativa” de la prueba por haberse obtenido en forma ilícita no contradice los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, ni los conocimientos científicamente afianzados.
- (4) La exposición de las razones para haber considerado la prueba como ilícita y haberla “valorado negativamente” es, precisamente, hacerse cargo de la prueba desestimada.
- (5) La indicación de los medios de prueba supervivientes en que se funda la decisión de dar por probados –o no probados- los hechos de un modo racional, constituye el señalamiento de los medios de prueba por los que se acreditan los hechos probados de una forma que permite la reproducción del razonamiento.
- (6) Por lo tanto, la valoración negativa, cuando se han expuesto las razones para la desestimación de la prueba y se han señalado los medios de prueba restantes sobre los que se ha decidido explicando si estos son suficientes o insuficientes para dar por acreditados los hechos, es una valoración jurídicamente correcta.

Mediante esta forma de entender la exclusión probatoria por parte de los tribunales de juicio oral en lo penal, tanto los tribunales inferiores como los superiores no sólo desvirtúan el concepto de la valoración de la prueba, sino que contribuyen a la confusión existente en la teoría y práctica de la actividad probatoria en el Derecho. Así, la valoración de la prueba ya no constituiría la actividad del juez con el objeto de determinar el grado de apoyo o refutación que un determinado conjunto de pruebas otorga a las hipótesis jurídicamente relevantes, sino que incluiría el examen de diversas cuestiones que harían que ciertas pruebas fuesen “indeseables”.

Esta posición ignora que lo único intrínseco a la misma prueba que puede ser valorado es su grado de corroboración o refutación de las proposiciones fácticas. En efecto, cuando un tribunal “valora negativamente” una prueba ilícita no está valorando una característica intrínseca a la prueba producida, sino el medio a través del cual dicha prueba fue obtenida. Esto, que parece tan obvio, es perdido de vista cuando el tribunal utiliza expresiones como “valorar negativamente”.

Recordemos el caso del delito de tenencia ilegal de arma de fuego expuesto al comienzo de este capítulo. En éste, el arma de fuego y la declaración de los peritos que realizaron las pruebas técnicas (junto con otras pruebas) fueron valoradas negativamente por haber sido obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales del acusado. Dichas pruebas no adolecían en realidad de ningún defecto intrínseco que obligara al tribunal a tener la hipótesis acusatoria como refutada (o, al menos, como insuficientemente probada). Es más, si esas mismas pruebas hubiesen sido obtenidas de forma distinta, a pesar de ser su contenido y sentido exactamente el mismo, el tribunal las habría “valorado positivamente” (de hecho, tribunal admite que ellas corroboraban la hipótesis acusatoria en un grado que permitía superar el estándar de prueba aplicable). De esta forma, lo que el tribunal realmente efectúa es un examen de los hechos que constituyen el procedimiento a través del cual la prueba se obtuvo, valorando dichos hechos positivamente (si mediante ellos no se vulneraron derechos fundamentales) o negativamente (si mediante ellos sí se infringieron dichas garantías), y excluyendo del conjunto sobre el cual se adoptará la decisión la prueba obtenida como resultado de los hechos valorados de esta última forma.

Antes de continuar, debemos detenernos para realizar ciertas precisiones conceptuales. En realidad, dentro del conjunto de actividades que el tribunal ejecuta cuando realiza una “valoración negativa” existen ciertos actos que constituyen propiamente una valoración. Imaginemos que, en el caso descrito, un sujeto “A” ha visto a los funcionarios policiales ingresar al domicilio del imputado sin el consentimiento del propietario o del encargado, y sin que existieran signos de que se estuviera cometiendo un delito en el interior. Es más, imaginemos que así lo declara en el juicio oral. Con el objeto de establecer si efectivamente existió una vulneración de los derechos del imputado, dicha prueba será valorada determinando el grado de apoyo o corroboración que otorga a dicha hipótesis. Si ese fuere el caso, el tribunal se encontraría propiamente determinando el valor de la prueba en relación a la proposición que se pretende probar. Es más, lo estaría haciendo en una forma racional (estableciendo la existencia –o inexistencia- de relaciones inferenciales entre la prueba aportada y la proposición que se pretende probar). Y sin embargo, si ese fuere el caso, será el testimonio del sujeto “A” el que estará siendo valorado, y no la prueba obtenida a consecuencia del registro efectuado por los funcionarios policiales. Esto pone de relieve que en estos casos, si es posible concebir correctamente una “valoración negativa” de la prueba, ello será a costa de modificar la proposición fáctica objeto de la actividad probatoria:

ya no se trataría de probar la ocurrencia de los hechos operativos de la norma jurídica penal, sino de probar los hechos operativos de la exclusión probatoria.

Las consideraciones ya transcritas de la Corte Suprema son especialmente clarificadoras respecto de la verdadera naturaleza de la “valoración negativa”:

Así, entonces [...] al haber sido declarada ilegal la detención por una actuación funcionaria que violó normas precisas y determinadas que regulaban el actuar policial, la ilicitud se extiende a todos los resultados generados cabalmente por ella, lo que en el caso de autos importaba extender la exclusión por valoración negativa de la prueba producida en la audiencia respectiva<sup>1</sup>.

La Corte revela, probablemente en forma involuntaria, que dicha actividad constituye propiamente una exclusión. Y lo cierto es que esta constituye la única posición sostenible.

### 3. La exclusión de prueba por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

En todo procedimiento judicial adversarial existe la posibilidad de ofrecer prueba para que sea considerada por el juzgador de los hechos en la determinación de las premisas fácticas del razonamiento judicial. Desde una perspectiva racionalista (que, como hemos argumentado, es la que mejor da cuenta de las propiedades del razonamiento probatorio en el Derecho), cualquier acto de desprecio de la prueba ofrecida que impide que sea considerada para la decisión, constituye, por definición, un acto de exclusión probatoria<sup>2</sup>. Este ha sido el principal punto de la sección anterior.

Y sin embargo, sostener que la “valoración negativa” constituye, en realidad, una forma de exclusión de la prueba ilícita, nada dice todavía respecto de que ello sea posible (y correcto) conforme al Derecho. Es más, se ha dicho que aunque expresiones como “valorar negativamente” carecen de sentido, la exclusión de la prueba por parte de los tribunales de juicio oral en lo penal es conceptualmente posible.

---

<sup>1</sup> CS, 22.10.2014, Rol 23683-2014, considerando octavo. Sentencia redactada por el ministro Carlos Künsemüller Loebenfelder. CL/JUR/7716/2014. Los paréntesis son míos.

<sup>2</sup> La adherencia a una concepción subjetivista de la prueba tampoco permite justificar una noción como la “valoración negativa”. Más aún, dado que los estados mentales requeridos para la prueba de una proposición son el resultado de todos los factores (rationales e irracionales) susceptibles de incidencia, no tiene mucho sentido hablar de inutilizabilidad, ineficacia, o incluso exclusión una vez que la práctica de la prueba ha sido presenciada por el tribunal (como es precisamente el caso si ella es “valorada negativamente”).

Existen diversos argumentos jurídicos para sostener que los tribunales de juicio oral en lo penal no pueden excluir prueba del conjunto sobre el cual deberán adoptar la decisión de los hechos. El primero, se refiere a la organización jerárquica de los tribunales en nuestro país y a la forma en que las resoluciones judiciales pueden ser impugnadas. Dado que la exclusión de prueba por haberse obtenido con infracción de derechos fundamentales es decidida por medio de una resolución judicial dictada por el juez de garantía (denominada en Chile como “auto de apertura del juicio oral”), y dado que las resoluciones judiciales sólo pueden ser modificadas por el mismo tribunal que las dictó o por su superior jerárquico (y mediante los medios de impugnación expresamente previstos por la ley), el tribunal de juicio oral no podría modificar la decisión sobre qué pruebas deben ser excluidas del conjunto a considerar para determinar los hechos del caso. La razón es que estos tribunales no constituyen superiores jerárquicos de los jueces de garantía, ni han sido creados para revisar y modificar sus decisiones<sup>1</sup>.

Como es evidente, todo el peso del argumento descansa sobre la posibilidad de responder positivamente a la siguiente pregunta: ¿Es realmente la “valoración negativa” una forma de revisión de la exclusión probatoria resuelta por el tribunal de garantía? O, desde otra perspectiva: ¿Es el asunto decidido mediante una “valoración negativa” –o al menos parte de él- el mismo que ya ha sido decidido por el juez de garantía en el auto de apertura? Una respuesta negativa haría insostenible el argumento expuesto en el párrafo anterior. De hecho, todo el esfuerzo de los tribunales de juicio oral en lo penal y de los tribunales superiores puesto en construir una tesis de la “valoración negativa” fundada en la valoración del artículo 297 del Código Procesal Penal (y no sobre la exclusión de la prueba ilícita) apunta precisamente en este sentido: si la valoración negativa no constituye una forma de exclusión, el tribunal de juicio oral no estaría revisando y modificando una resolución dictada por un tribunal de igual jerarquía (sin ser competente para ello). En palabras de la Corte Suprema:

---

<sup>1</sup> Raúl Tavolari Oliveros, “Informe en derecho: del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia”, *Boletín del Ministerio Público*, n° 14 (2003): 153–54. Tavolari sostiene que, tanto de las normas sobre el escalafón judicial contenidas en el Código Orgánico de Tribunales como de la misma Constitución Política de la República, se infiere que “[...] ni los tribunales de juicio oral en lo penal ni quienes en ellos sirven como jueces, son superiores jerárquicos de los jueces de garantía”.

[R]estar valor probatorio a la prueba rendida en la audiencia, no puede significar en caso alguno, que se desconoce la decisión del Tribunal de Garantía consignada en el auto de apertura, desde que ésta, si bien fija los medios de prueba a rendir en la audiencia del juicio oral, su valoración en miras a la decisión de la controversia, es atribución privativa de los sentenciadores llamados por ley a resolverla, esto es, los Jueces del Tribunal del Juicio Oral respectivo<sup>1</sup>.

Examinemos, entonces, si ambas actuaciones judiciales deciden un mismo asunto o no. Para ello es útil recurrir a los elementos de la cosa juzgada, ya que ellos permiten precisamente determinar cuándo un asunto sometido al conocimiento de un tribunal es en realidad el mismo que otro ya resuelto. La doctrina tradicional ha indicado que entre ambas cuestiones debe darse una triple identidad: identidad de los sujetos, identidad del objeto pedido e identidad de la causa de pedir<sup>2</sup>.

Podemos decir que respecto de la “valoración negativa” no es posible cuestionar la existencia de identidad en los sujetos: tanto en la audiencia de preparación del juicio oral como en el juicio oral mismo actúa el mismo acusador (normalmente la fiscalía) contra el mismo acusado. Podemos decir, además, que también la causa de pedir, tradicionalmente entendida como “la razón de la pretensión o sea el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”<sup>3</sup>, es la misma tanto en la exclusión de la prueba ilícita como en su “valoración negativa”. Y la constituye la obtención de determinadas pruebas mediante la utilización de medios de investigación que han vulnerado los derechos fundamentales del acusado. Hasta aquí no existiría controversia.

Es por ello que, si la tesis jurisprudencial ha de ser plausible, debe sostener la distinción entre uno y otro asunto respecto de su objeto o “bien jurídico disputado”<sup>4</sup>. Así, en una actuación se pretendería que la prueba no sea practicada en el juicio oral, y en la otra, que a pesar de haber sido practicada su resultado no sea considerado para la determinación de los hechos en la sentencia (así de hecho lo señala el fallo de la Corte Suprema citado). En efecto, esta diferenciación es analíticamente posible. El problema consiste, más bien, en que

---

<sup>1</sup> CS, 20.09.2006, Rol 3570-2006, considerando decimosexto. Sentencia redactada por el ministro Rubén Ballesteros Cárcamo. CL/JUR/6355/2006. Los paréntesis son míos.

<sup>2</sup> Al respecto puede verse Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 337–38.

<sup>3</sup> *Ibid.*, 354.

<sup>4</sup> Conforme a Couture “cuando se habla de objeto en la cosa juzgada, se alude al bien jurídico disputado en el proceso anterior”. *Ibid.*, 352.

ella es irrelevante: sólo se refiere al momento en que la exclusión es realizada y no a la naturaleza de la actividad; en uno y otro caso se trata, en realidad, de que ciertos elementos de prueba no formen parte del conjunto sobre el cual se adoptará la decisión.

Una de las causas, tal vez, de que los tribunales entiendan que la exclusión sólo puede tener por objeto evitar la práctica de las pruebas, pudiendo así tener lugar únicamente antes de su rendición (otorgando a todo lo que pudiese realizarse con posterioridad –como la “valoración negativa”- una naturaleza distinta a la exclusión), la constituye la predominancia de la concepción subjetivista de la prueba y la importancia desmedida que esta le otorga al principio de inmediación<sup>1</sup>. Si, en efecto, aceptamos que el criterio para decidir sobre la prueba de las proposiciones es el estado psicológico o mental del juzgador (como la existencia de una convicción respecto a la ocurrencia de los hechos), una vez percibido por los jueces, será obviamente imposible imaginar la exclusión (la prueba ya se ha convertido, de manera irreversible, en un factor más de dicho estado mental). De esta forma, en etapas posteriores a la práctica de la prueba sólo sería posible “valorarla negativamente”. Y sería favorable a esta lectura el lenguaje utilizado por el Código Procesal Penal en sus artículos 276 y 277: ellos señalan que el juez **excluirá** ciertas pruebas de **“ser rendidas en el juicio oral”** y que indicará las restantes **“que deberán rendirse en el juicio oral”**. Así, pareciera ser que lo que está en juego en la exclusión probatoria es sólo la posibilidad de que la prueba sea rendida o no rendida. En cambio, una vez practicada, la decisión de considerarla o no para la decisión final es una cuestión completamente distinta.

Para decirlo sin rodeos, esta interpretación es absurda. En primer lugar, porque el artículo 297 del Código Procesal Penal obliga al tribunal de juicio oral a valorar toda la prueba producida, de manera que cuando el juez de garantía admite una prueba para “ser rendida en el juicio oral”, la admite para ser valorada y considerada en la adopción de la decisión sobre los hechos. En segundo lugar, porque una vez entendido (como la concepción racionalista señala enfáticamente) que el conjunto probatorio sólo termina de conformarse finalizada la práctica de las pruebas, es posible entender que el que una actuación judicial constituya un acto de exclusión no depende del momento en que se realice, sino de que suprima ciertos elementos del acervo definitivo sobre el cual se adoptará la decisión. La exclusión es perfectamente posible (aunque, como veremos, incorrecta e

---

<sup>1</sup> Sobre la predominancia de la concepción subjetivista en nuestra cultura jurídica procesal puede verse Accatino, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico”, 18–22.

indeseable) con posterioridad a que las pruebas sean rendidas<sup>1</sup>. Así, cuando un tribunal de juicio oral en lo penal “valora negativamente” la prueba, se pronuncia en realidad sobre un asunto que ya ha sido resuelto por el juez de garantía (existiendo identidad del bien jurídico sin importar que este sea disputado en dos momentos distintos). La conclusión es que existe triple identidad entre ambas cuestiones: la “valoración negativa” constituye una revisión y modificación del auto de apertura de juicio oral, al menos en la parte en que este último se refiere a la prueba admitida al juicio. Y, recordemos, los tribunales de juicio oral en lo penal no constituyen superiores jerárquicos de los jueces de garantía ni han sido creados para revisar sus decisiones.

El segundo argumento jurídico que puede formularse contra la exclusión de prueba por el tribunal de juicio oral en lo penal también depende de los elementos de la cosa juzgada, y puede ser reconstruido de la siguiente forma<sup>2</sup>:

- (1) La cosa juzgada convierte a una resolución judicial en irrevocable e inimpugnable.
- (2) Las sentencias interlocutorias firmes producen efecto de cosa juzgada, conforme al artículo 175 del Código de Procedimiento Civil.
- (3) Una resolución judicial es una sentencia interlocutoria, entre otras cosas, cuando resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva, conforme al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil<sup>3</sup>.
- (4) El auto de apertura del juicio oral resuelve sobre un trámite que debe servir de base para el pronunciamiento de una sentencia definitiva penal (ya que determina la prueba que deberá ser considerada por el tribunal de juicio oral para decidir sobre los hechos).
- (5) El auto de apertura del juicio oral es una sentencia interlocutoria, por lo que una vez firme, produce el efecto de cosa juzgada, siendo irrevocable e inimpugnable.

Si, como es posible apreciar, la producción del efecto de cosa juzgada depende de que la resolución se encuentre firme, la idoneidad del argumento estribará en que el auto de apertura lo esté con anterioridad a la “valoración negativa” de la prueba. Al respecto, el

---

<sup>1</sup> Conceptualmente, es incluso posible una vez que se ha adoptado la decisión.

<sup>2</sup> En términos similares Tavolari Oliveros, “Informe en derecho: del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia”, 157.

<sup>3</sup> Estas constituyen las denominadas doctrinariamente como “sentencias interlocutorias de segunda clase”.

artículo 281 del Código Procesal Penal determina explícitamente que la etapa del procedimiento ante el tribunal de juicio oral en lo penal sólo tenga inicio una vez que el auto de apertura se encuentre firme. En tanto no lo esté, este no será remitido por el juez de garantía. La consecuencia es obvia: la “valoración negativa” de la prueba sólo podrá tener lugar, en todo evento, una vez firme el auto de apertura del juicio oral<sup>1</sup>.

De esta forma, dado que se trata de una resolución firme y que se encuentra produciendo, así, efecto de cosa juzgada, el auto de apertura del juicio oral es inimpugnable e irrevocable ante el tribunal de juicio oral en lo penal.

En este punto es necesario precisar que el primer argumento (referido a la organización jerárquica de los tribunales) funciona independientemente del ahora presentado. En realidad, el tribunal de juicio oral en lo penal no podría revisar lo decidido por el juez de garantía aun si la resolución de este último no produjese efecto de cosa juzgada. Para ello sería necesario que el primero fuese el superior jerárquico de este último y que dicha facultad se encontrara dentro de sus competencias. De ahí que sean tratados en forma separada.

Existe, también, un tercer argumento jurídico, que dice relación con la historia fidedigna del establecimiento del inciso penúltimo del artículo 277 del Código Procesal Penal respecto de la forma de impugnar lo resuelto por el juez de garantía en el auto de apertura del juicio oral. Dicho inciso señala:

*El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.*

---

<sup>1</sup> De esta forma ni siquiera es necesario recurrir al artículo 174 del Código de Procedimiento Civil o al artículo 277 del Código Procesal Penal (que determina los recursos que proceden contra el auto de apertura del juicio oral) para sostener el argumento. El juicio oral nunca podrá comenzar válidamente en tanto el auto de apertura no se encuentre firme y produciendo, así, efecto de cosa juzgada.

A diferencia de la redacción vigente, el proyecto de Código Procesal Penal presentado por el Poder Ejecutivo negaba expresamente la posibilidad de que dicha resolución fuera recurrible<sup>1</sup>. Dicho punto fue motivo de discusión en el Senado, en donde la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento indicó:

Causó preocupación en la Comisión la norma contenida en el inciso segundo, que permite al juez rechazar pruebas, sin que esta resolución pueda ser apelable, lo que podría significar dejar a una de las partes en la indefensión antes de empezar el juicio, especialmente en lo que dice relación con la prueba ilícita y aquellas que puedan estimarse dilatorias, porque van a quedar entregadas al criterio del juez de garantía sin revisión posterior.

Entendió que el propósito obedece a que esta audiencia debe fijar el contenido del juicio oral, y precisamente se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, así como que un sistema de recursos demasiado amplio podría significar la paralización del proceso, porque todos apelarían ante cualquier prueba que se les suprima.

Por ello, acordó establecer un recurso a favor sólo del fiscal para apelar ante la Corte de Apelaciones contra el rechazo de pruebas que provengan de diligencias declaradas nulas o hayan sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales. De esta forma se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar. El recurso se concede en ambos efectos. Lo anterior no obsta a que las partes deduzcan por esta causa el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, si ello procediere de acuerdo a las reglas generales<sup>2</sup>.

En consecuencia, habiendo considerado la posibilidad de que el auto de apertura del juicio oral fuera impugnado, el legislador decidió que ello sólo pudiera hacerlo la parte acusadora y a través del recurso de apelación. Entiéndase bien, no se trata de que

---

<sup>1</sup> El artículo 358 del proyecto original indicaba expresamente: "El auto de apertura del juicio oral no será susceptible de recurso alguno".

<sup>2</sup> Véase la historia del establecimiento de la Ley 19.696. Informe de la quinta sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

involuntariamente se haya omitido señalar otros medios de revisión y modificación de lo resuelto, sino de que ellos expresamente han sido desechados. No podría, entonces, el tribunal de juicio oral en lo penal excluir prueba que ha sido admitida por el juez de garantía.

Existe, aún, un cuarto argumento que debe ser considerado. Este dice relación con la estricta legalidad de la competencia de los tribunales. Así lo expresa, entre nosotros, Raúl Tavolari:

Nunca resulta excesivo volver a destacar el régimen de estricta legalidad a la que se sujeta el tema de la competencia de los tribunales, legalidad reforzada por lo prevenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República y, en especial, por el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales, conforme al cual, la competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones [...].

Como sea, por la indiscutida militancia de este terreno -atribuciones de los Tribunales de Justicia- en el campo del derecho público, es fácil concluir que no pueden estos órganos públicos asumir otras atribuciones que aquellas que expresamente se les han conferido por ley<sup>1</sup>.

Este es, a mi juicio, el argumento más importante. Los tribunales sólo pueden actuar conforme a las facultades que el ordenamiento jurídico les otorga; todo lo demás les está prohibido. De esta forma, lo importante será determinar si el sistema jurídico confiere a los tribunales de juicio oral en lo penal competencia para excluir prueba cuando ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

En cierto sentido, los tres argumentos hasta aquí expuestos constituyen una respuesta negativa a esta pregunta: Que el tribunal de juicio oral en lo penal no sea el superior jerárquico del juez de garantía, que la resolución que se pronuncia sobre la exclusión de prueba tenga efecto de cosa juzgada y por tanto sea inimpugnable e inmutable, y que el legislador haya desechado -por distintas razones- la procedencia de otros recursos en contra de ella, dificulta en un grado considerable entender que dicha facultad fluye de una

---

<sup>1</sup> Tavolari Oliveros, "Informe en derecho: del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia", 155.

interpretación sistemática del ordenamiento jurídico. Pero lo que ahora interesa es la consideración de que, aun ignorando la existencia de dichos argumentos, es necesario que la ley confiera expresamente una facultad si su ejercicio ha de ser considerado una actuación válida del tribunal<sup>1</sup>. En tanto la atribución de excluir pruebas no lo sea, el tribunal de juicio oral actuará fuera de su competencia<sup>2</sup>.

En relación a ello, el artículo 18 del Código Orgánico de Tribunales determina la competencia de los tribunales de juicio oral en lo penal, y no contiene la exclusión de prueba ilícita entre sus facultades (mientras el artículo 14 del mismo cuerpo legal, que establece la competencia de los jueces de garantía, expresamente les encomienda en su letra a) -¡su primera letra!- asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal). Tampoco existe otra ley que le otorgue dicha competencia. De hecho, las normas del Código Procesal Penal que regulan la exclusión probatoria lo hacen refiriéndose explícitamente al juez de garantía, y a una instancia previa al juicio oral (i.e. la audiencia de preparación); respecto del tribunal de juicio oral en lo penal no se otorga facultad alguna<sup>3</sup>. La conclusión es evidente: Los tribunales de juicio oral en lo penal carecen de la facultad de excluir prueba<sup>4</sup>. En palabras de Tavorari:

En consecuencia, un tribunal de juicio oral, que abre debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada por el juez de garantía, o sobre su licitud, previamente admitida por dicho juez o, finalmente sobre cualesquiera otra mención del auto, no sólo actúa fuera de su competencia, en términos jurídicamente inaceptables sino,

---

<sup>1</sup> El artículo 7 de la Constitución Política de la República señala: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”

<sup>2</sup> Es por ello que este argumento es tratado en forma separada: este puede funcionar independientemente de otras consideraciones.

<sup>3</sup> Nuevamente vemos que la tesis de la “valoración negativa” fundada en el artículo 297 del Código Procesal Penal permitiría a los tribunales sortear esta dificultad (es la propia ley la que faculta y obliga a los tribunales de juicio oral a valorar la prueba). Pero, como ya hemos señalado, la “valoración negativa” no puede ser correctamente entendida como una forma de valoración de la prueba; en cambio, constituye propiamente una forma de exclusión probatoria.

<sup>4</sup> Un argumento típico en contra de esta afirmación consiste en indicar que, sin importar cuáles son las facultades expresamente otorgadas a los tribunales, dicha atribución fluye de la Constitución y de los propios derechos fundamentales. El problema de este argumento es que pone en cuestión el principio de legalidad y la utilidad del artículo 7 de la Constitución. Si es posible fundar atribuciones específicas de los órganos públicos directamente en los derechos fundamentales, ¿por qué detenernos en la exclusión probatoria?

además, vulnera la autoridad de cosa juzgada de que está revestido el mismo auto, por su condición de firme o ejecutoriado<sup>1</sup>.

En virtud de todas estas consideraciones, no parece posible afirmar que un tribunal de juicio oral en lo penal actúa correctamente (i.e. conforme al Derecho) cuando excluye prueba ilícita. Pero es que, además, esta es una práctica epistemológicamente indeseable. Dado que el tribunal deliberadamente disminuye la información sobre la cual adoptará su decisión, el riesgo cometer un error en la determinación de los hechos es considerablemente mayor (en la mayoría de los casos a favor del imputado). Con este tipo de prácticas no sólo se ignora la actitud social frente a los costos de los errores, sino que se eleva de manera irreflexiva el número global de errores que el sistema produce.

Por último (como si no fuese suficiente), la situación es aún más grave tratándose de una “valoración negativa”. Es que un mismo tribunal se encuentra realizando funciones que responden a racionalidades distintas que rigen en distintos momentos procesales, y que requieren la existencia de diferentes herramientas y dispositivos<sup>2</sup>: a diferencia de la audiencia de preparación, el juicio oral se encuentra técnicamente diseñado para la determinación de los hechos y no para la exclusión probatoria.

---

<sup>1</sup> Tavorari Oliveros, “Informe en derecho: del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia”, 159. En el mismo sentido, Tavorari Oliveros, *Instituciones del nuevo proceso penal*, 99.

<sup>2</sup> En ese sentido Jordi Ferrer señala: [La] clasificación en distintos momentos o fases de la actividad probatoria permite también una aplicación diferenciada de exigencias de racionalidad a cada uno de esos momentos. Dado que la actividad que en cada uno de ellos se realiza es sustancialmente distinta, también lo serán las exigencias que la racionalidad impone. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 68.

## Capítulo V: La exclusión de la prueba ilícita

En todo procedimiento penal existen tres tipos de valores: la averiguación de la verdad (o disminución de la probabilidad de error), la distribución del error que en algún punto se producirá y la realización de valores extra-epistémicos (dentro de los cuales el más importante lo constituye la protección de los derechos fundamentales del imputado)<sup>1</sup>. Dichos valores inevitablemente se encuentran en conflicto: existirán situaciones en que lo demandado por la realización de uno de ellos será incompatible con lo demandado por la realización de los otros. Y dado que la averiguación de la verdad -como requisito de la correcta aplicación del Derecho- constituye la función estructural del proceso judicial (i.e. es el único objetivo “por defecto”), será este el que normalmente colisione con la realización de otros. En palabras de Jordi Ferrer:

[...] las reglas que persiguen la garantía de esos otros fines del proceso o del derecho pueden imponer algún sacrificio epistemológico, en el sentido de que pueden ser contraproducentes para el objetivo de la averiguación de la verdad. En general es así, en efecto, cada vez que la protección o maximización de esos otros fines del proceso supone la exclusión de pruebas relevantes para el caso que debe decidirse<sup>2</sup>.

Por ello, toda regla que regule –o pretenda regular- el procedimiento, y en especial, la prueba, puede ser evaluada según su adecuación como medio para conseguir el valor que la justifica. Ante ella, y bajo esta idea de racionalidad teleológica, pueden plantearse tres cuestiones: 1) ¿Constituye dicha regla el mejor medio disponible para la realización del fin propuesto?; 2) ¿Existe un medio distinto a dicha regla que permita una realización similar del fin que la justifica y que no implique el sacrificio de los otros fines en el grado en que ella lo hace?; 3) Si no existe un medio alternativo, ¿debe el fin que la regla busca realizar prevalecer ante el fin que ella sacrifica, en los términos en que lo hace?

---

<sup>1</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 21–22.

<sup>2</sup> Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 77–78; En el mismo sentido Stein sostiene: “El derecho probatorio opera aún en otro dominio que adecúa reglas y doctrinas no relacionadas con el principio de la mejor evidencia y con la asignación del riesgo de error. Estas reglas y doctrinas son conducidas por preocupaciones extrañas a la investigación de los hechos. Ellas determinan los resultados de las colisiones entre la investigación de los hechos y otras metas y valores que el derecho sostiene y promueve. La resolución de esas colisiones a menudo resultan en la inhibición de la investigación de los hechos en aras de otras metas y valores.” Stein, *Foundations of Evidence Law*, 25.

Es desde esta perspectiva que intentaremos analizar la regla de exclusión de la prueba ilícita. La pregunta que intentará responder este capítulo es si la realización de los derechos fundamentales (como tradicionalmente señala la doctrina) justifica la existencia de una regla que, por su propia naturaleza, es ella misma la causante “de muchos veredictos incorrectos”<sup>1</sup>.

## 1. La exclusión de prueba ilícita.

En términos generales, la exclusión de la prueba ilícita es una regla o práctica procesal que exige que no sean incluidos en la conformación del conjunto de pruebas aquellos elementos obtenidos mediante una infracción de derechos fundamentales. Así, la prueba excluida no será considerada por el juzgador de los hechos en la valoración y en la adopción de la decisión.

La forma concreta en que dicha regla es consagrada varía según el ordenamiento jurídico en cuestión, tanto respecto de su fuente, como en sus características y alcances. En Estados Unidos, por ejemplo, la exclusión de la prueba ilícita ha tenido un origen jurisprudencial, desarrollándose de diversa forma conforme al derecho constitucional infringido (es más, debido a ello se habla de la existencia de diversas reglas de exclusión)<sup>2</sup>. Omitiendo las regulaciones particulares de cada Estado, la exclusión probatoria abarca principalmente tres tipos de evidencia: la obtenida en registros e incautaciones ilegales, las confesiones que vulneran el derecho a la autoincriminación, y la obtenida por “métodos tan perturbadores que su uso podría transgredir la cláusula del debido proceso”<sup>3</sup>. En todas ellas, la Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido diferentes posturas a lo largo del tiempo.

En Chile, en cambio, la regla de exclusión de la prueba ilícita se ha establecido por el legislador como parte del nuevo sistema procesal penal mediante la formulación amplia del inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal. Dicho inciso establece:

---

<sup>1</sup> La expresión es de Larry Laudan. Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 25.

<sup>2</sup> En general, las normas constitucionales básicas cuya infracción tendría como consecuencia la exclusión de la prueba obtenida están contenidas en la cuarta, quinta y sexta enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos. Ellas consagran respectivamente la protección contra registros, detenciones e incautaciones ilegales, el derecho a la no autoincriminación, y el derecho a ser asistido por un abogado.

<sup>3</sup> Ello a nivel federal. Véase Dallin H. Oaks, “Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure”, *The University of Chicago Law Review* 37, n° 4 (1970): 665.

El juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

## 2. El fundamento de la regla de exclusión.

Aunque suele señalarse que la exclusión de la prueba ilícita no es más que una consecuencia de la consagración de un “Estado de Derecho democrático y respetuoso de los derechos fundamentales de las personas”<sup>1</sup>, que los derechos fundamentales demanden una práctica como la descrita dista de ser algo obvio (este es, en realidad, un salto que debe ser justificado).

En el Derecho estadounidense, se han dado, en términos generales, dos tipos de justificaciones para la existencia de una regla de exclusión de la prueba ilícita. En primer lugar, se ha fundado dicha regla en el efecto disuasivo para los órganos (y agentes) encargados de la investigación penal: este constituye el denominado “deterrence effect”<sup>2</sup>. En segundo lugar, se ha dicho que ella es consecuencia necesaria para el mantenimiento de la “integridad judicial”<sup>3</sup>. Ambas justificaciones constituyen una forma de cerrar la brecha entre la demanda por respeto de los derechos fundamentales y la exigencia por dicha regla.

La decisión por una u otra ha tenido consecuencias prácticas, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, el fundamento de la exclusión probatoria constituye un criterio directo de decisión de casos particulares. Un ejemplo puede ser clarificador. En *Stonehill v. United States*, parte de una investigación por delitos tributarios se realizó en Filipinas, por agentes de policía de dicho país, quienes obtuvieron pruebas (documentos tributarios y contables) con infracción de las leyes filipinas y que habrían significado una violación de la cuarta enmienda de la constitución federal de los Estados Unidos si el procedimiento hubiese sido llevado a cabo por oficiales estadounidenses (i.e. un registro e incautación ilegal). La corte de apelaciones que conoció de la solicitud señaló que, dado que las pruebas fueron obtenidas por oficiales extranjeros, su exclusión no estaría

---

<sup>1</sup> Héctor Hernández, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo Proceso Penal chileno*, Colección de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado (Santiago de Chile, 2005), 7.

<sup>2</sup> Puede verse un estudio completo de la regla de exclusión en el proceso penal estadounidense y de su fundamento en el efecto disuasivo, en Oaks, “Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure”.

<sup>3</sup> En *Mapp v. Ohio*, 364 U.S. 643 (1961), la Corte Suprema de los Estados Unidos se refirió a ambos fundamentos.

justificada. Ello porque los tribunales estadounidenses carecerían de la facultad de disuadir a los agentes de policía extranjeros, y lograr así, que actúen respetuosamente de la constitución federal<sup>1</sup>. Si, en cambio, la corte hubiese optado por la justificación alternativa (i.e. el cuidado de la integridad judicial), la solución hubiese sido la contraria<sup>2</sup>.

El examen de los dos argumentos será el punto de partida para evaluar si, en alguna de sus formas, ellos justifican el establecimiento de una regla de exclusión probatoria como la existente en nuestro sistema procesal penal, teniendo siempre en consideración sus costos para la disminución de los veredictos erróneos y la materialización de la actitud social frente a los costos de los errores. Pero la importancia de dicho examen no se agota ahí: a pesar de que en nuestro país el debate sobre la justificación no es útil para resolver casos concretos, la elección por uno u otro determina el modo en que la regla de exclusión debe ser interpretada y aplicada. Veremos, entonces, que ciertos postulados tradicionales de nuestra doctrina procesalista en relación a la configuración de la regla de exclusión de la prueba ilícita resultan inconsistentes con sus propias asunciones.

### 2.1. El efecto disuasivo de la regla de exclusión<sup>3</sup>.

Es extensa la literatura académica que fundamenta la exclusión de la prueba ilícita en la idea de que ella reduce el número de transgresiones a los derechos fundamentales del imputado por parte de los órganos encargados de la investigación criminal. Ello sería consecuencia, en el corto plazo, del efecto disuasivo propiamente tal, y en el largo plazo, de la educación en el adecuado ejercicio de las labores investigativas<sup>4</sup>. Más aún, se afirma que ningún sentido tendría la consagración de los derechos fundamentales en el proceso penal si pudiese admitirse y valorarse la prueba obtenida como resultado de su infracción. El argumento puede reconstruirse, en términos simples, de la siguiente forma:

- (1) La constitución protege los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal.

---

<sup>1</sup> No sólo carecen de dicha facultad, sino que, dado que los casos que investigan los oficiales extranjeros no son habitualmente conocidos por tribunales estadounidenses, el efecto disuasivo sería al menos cuestionable.

<sup>2</sup> Véase *Stonehill v. United States*, 405 F.2d 733 (9<sup>th</sup> Cir. 1968).

<sup>3</sup> Oaks denomina al efecto disuasivo como la "justificación fáctica", y a la integridad judicial como la "justificación normativa". Véase Oaks, "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure", 668.

<sup>4</sup> *Ibid.*

- (2) La constitución prohíbe que los órganos encargados de la persecución penal realicen actos que vulneren los derechos fundamentales del imputado.
- (3) Toda prohibición requiere de desincentivos (medios de disuasión) para ser efectiva.
- (4) El medio más adecuado para que esta prohibición sea cumplida por sus destinatarios es la exclusión de la prueba obtenida como consecuencia de su incumplimiento.
- (5) La sanción a la infracción de la prohibición debe ser la exclusión de la prueba obtenida.

No quiero discutir aquí si la realización de un derecho fundamental exige -en todo caso- la prohibición de las conductas que lo vulneran (es decir, el paso de (1) a (2)). Tratándose de derechos de “primera generación” como la vida, la libertad y la propiedad, evidentemente lo hace. En cambio, nos centraremos en el medio elegido para hacer efectiva la prohibición. Y es que aun aceptando que la protección de los derechos fundamentales prevalecerá siempre y cada vez que colisione con la correcta aplicación del derecho sustantivo, es necesario examinar si realmente dicho interés puede ser satisfecho si y sólo si existe una regla (o práctica) de exclusión probatoria.

La “disuasión” ha intentado ser explicada desde tres perspectivas: desde la teoría económica de la elección racional, desde la teoría de la organización y desde la teoría comunicativa del castigo.

Desde la teoría de la elección racional se ha dicho que todos los individuos somos actores racionales que buscamos maximizar nuestra propia utilidad. Así, un agente de la policía vulnerará los derechos fundamentales (del imputado o de un tercero) con el fin de obtener pruebas, cuando la utilidad esperada de dicha vulneración exceda la “disutilidad” esperada de la sanción. Conforme a esta premisa, entonces, la regla de exclusión de la prueba ilícita desincentivará el comportamiento contrario a los derechos fundamentales si el grado de insatisfacción generado por la imposibilidad de utilizar en juicio la evidencia obtenida mediante dicho comportamiento, multiplicado por la probabilidad de que ella sea

efectivamente excluida por el juez, excede el valor de la prueba que el investigador espera encontrar<sup>1</sup>.

Son muchas las críticas que pueden formularse –en distintos niveles- a esta tesis. Lo primero que debe decirse es que -utilizando los términos de la propia tesis- no existen razones para creer que el agente considerará mayor el grado de insatisfacción y la probabilidad de producirse la exclusión, que el valor de la prueba que puede obtenerse y la probabilidad de que esta no se excluya. En segundo lugar, esta explicación no da cuenta del alto número de factores irracionales que influyen en las decisiones de los individuos: incluso asumiendo que, enfrentado explícitamente al cálculo, cualquier agente racional determinaría un alto grado de insatisfacción en la exclusión, no es posible afirmar, a priori, que este constituirá el factor predominante en las situaciones concretas.

La segunda explicación del efecto disuasivo se encuentra en la teoría de la organización. Para ella, la estructura, características y “cultura” de una institución enmarcan el comportamiento de los agentes. De esta forma, la conducta de los funcionarios obedecería no sólo a cálculos individuales, sino especialmente al sentido y objetivo de la institución. El efecto disuasivo dependerá, entonces, del entendimiento institucional de las funciones y objetivos de los órganos encargados de la persecución penal y del modo en que deben ser cumplidos.

También esta tesis adolece de defectos para justificar la regla de exclusión. Si el comportamiento de los individuos se inserta en un contexto institucional, este sólo podrá ser modificado interviniendo en la cultura policial e investigativa de una forma que transforme la estructura de las organizaciones<sup>2</sup>. Y descansar únicamente en una regla del procedimiento penal (como la exclusión de la prueba ilícita) para lograr este objetivo es manifiestamente ingenuo.

Por último, el efecto disuasivo puede ser explicado desde la teoría comunicativa del castigo. Desde esta perspectiva, la exclusión probatoria es vista como un castigo para los funcionarios que han obtenido evidencia con vulneración de derechos fundamentales. En realidad, la sola consideración del costo de la sanción (y de la probabilidad de ser aplicada)

---

<sup>1</sup> Kit Kinports, “Culpability, Deterrence, and the Exclusionary Rule”, *William & Mary Bill of Rights Journal* 21, n° 3 (2013): 832–33.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 833–34.

no sería suficiente para disuadir al agente de realizar una conducta: es la presión de los pares y la influencia social la que tiene un rol fundamental. En palabras de Robinson y Darley:

El verdadero poder para aumentar el cumplimiento de las conductas prescritas en las reglas sociales, descansa no en la amenaza o en la realidad de la sanción penal, sino en el poder de las fuerzas combinadas del control moral individual y social. Las redes de relaciones interpersonales en que las personas se encuentran, las normas y prohibiciones sociales compartidas en dichas relaciones y transmitidas a través de esas redes sociales, y las representaciones internalizadas de esas normas y preceptos morales, causan que la gente obedezca el derecho<sup>1</sup>.

Por ello, la atención debe estar centrada en el efecto educativo del castigo para la modificación de las preferencias de los agentes, que, en tanto individuos que buscan evitar la “disonancia cognitiva” que experimentan al ser agrupados con otros infractores del derecho, internalizan la perspectiva de las normas que prohíben investigar con menosprecio de las garantías del imputado. Así entendida, la regla de exclusión de la prueba ilícita es portadora de un mensaje de desaprobación de la sociedad a la vulneración de los derechos fundamentales, que busca alterar las preferencias de los funcionarios a cargo de la investigación, al inculcarles una animadversión por el comportamiento inconstitucional<sup>2</sup>.

Y sin embargo, la exclusión de la prueba típicamente tiene lugar en instancias posteriores a aquella en que se produjo la infracción de los derechos siendo el perjuicio sufrido por un órgano distinto al responsable. ¿Es posible entender que se entrega un mensaje de desaprobación a los funcionarios policiales cuando se excluye prueba en la audiencia de preparación del juicio oral? La respuesta parece negativa. Es más, en muchas ocasiones dichos funcionarios ni siquiera conocen la existencia de la exclusión.

Aunque cada una de las explicaciones sobre la disuasión adolece de problemas particulares (algunos de los cuales han sido señalados al exponerlas), existen también dificultades transversales a todas ellas. Dichas dificultades ponen en cuestión que la regla de

---

<sup>1</sup> Paul H. Robinson y John M. Darley, “Utility of Desert”, *Northwestern University Law Review* 91, n° 2 (1997): 457. La traducción es mía.

<sup>2</sup> Kinports, “Culpability, Deterrence, and the Exclusionary Rule”, 834–35.

exclusión de la prueba ilícita pueda encontrar realmente su justificación en el efecto disuasivo.

El primer problema es que “la disuasión no es susceptible de prueba empírica, y así, en gran parte es una cuestión de conjetura”<sup>1</sup>. No podemos conocer la magnitud en que la regla de exclusión desincentiva (si es que lo hace en alguna medida) las conductas inconstitucionales de los agentes encargados de la investigación. De esta forma, no es posible determinar, tampoco, si constituye un buen medio para conseguir el respeto por las garantías fundamentales, de manera que el sacrificio de la averiguación de la verdad se encuentre justificado<sup>2</sup>.

La segunda cuestión, es que todas las teorías expuestas sobre el efecto disuasivo son aplicables a cualquier mecanismo de disuasión; ninguna exige específicamente una regla de exclusión de prueba ilícita. Así, puede ser igual (o incluso mucho más costoso) para los agentes encargados de la investigación ser considerados personal y civilmente responsables (y por tanto, condenados al pago de una indemnización de perjuicios), ser considerados culpables de un delito específico, o ser sancionados administrativamente. Si el cálculo racional comprendiese estas otras formas de insatisfacción, parecería más probable, a priori, que el individuo se abstenga del mal comportamiento. Puede ocurrir, también, que el efecto educativo que se espera de la regla de exclusión sea mayor si se utilizan medidas distintas. De hecho, no parece posible que la modificación de las normas culturales que rigen la investigación criminal (la denominada “subcultura policial”) pueda lograrse mediante un mecanismo simple como la exclusión probatoria. Y puede ser que el mensaje desaprobación del comportamiento que infringe derechos fundamentales sea mejor transmitido mediante sanciones administrativas o penas propiamente tales (esto es especialmente evidente cuando se considera que los funcionarios encargados de ejercer la acción penal -los fiscales- normalmente no son los mismos que aquellos que han realizado las conductas inconstitucionales -generalmente las policías-).

---

<sup>1</sup> Ibid., 832. La traducción es mía; En el mismo sentido Albert Alschuler señala: “[C]uantificar los efectos de la regla de exclusión en el comportamiento [de las policías] es [...] imposible” Albert Alschuler, “Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic”, *The University of Chicago Law Review* 75, n° 4 (2008): 1368. La traducción es mía.

<sup>2</sup> Un eminente juez de los Estados Unidos ha sido enfático: “Nadie en realidad sabe qué tan efectiva es la regla de exclusión como disuasivo [...]” Richard A. Posner, “Rethinking the Fourth Amendment”, *The Supreme Court Review*, 1981, 54.

En tercer lugar, aceptar la disuasión como justificación de la regla de exclusión de la prueba ilícita tiene varias consecuencias que tradicionalmente han sido consideradas indeseables. Una de ellas es que la prueba de la defensa obtenida con infracción de derechos fundamentales también deberá ser excluida: así como deseamos disuadir a la policía de un mal comportamiento, también deseamos disuadir a todo otro interviniente en el proceso<sup>1</sup>. Otra, es que la excepción de la “buena fe” resultará justificada: en tanto los agentes policiales han actuado razonablemente y de buena fe, la disuasión no puede ser efectiva. De esta forma, no tendría sentido excluir la prueba aun cuando se hayan vulnerado derechos fundamentales<sup>2</sup>. Y entonces, si ha de adoptarse una tesis coherente de la exclusión probatoria, o dichos consecuencias deben ser aceptadas o la justificación de la exclusión de la prueba ilícita no puede ser el efecto disuasivo.

Así las cosas, resulta inevitable preguntarse si existen otros mecanismos disuasivos que no adolezcan de estos problemas y que puedan ser incluso más efectivos. Ellos serían preferibles, no sólo por las razones expuestas, sino también porque no implican el sacrificio de la actuación del derecho penal sustantivo en el grado en que la exclusión de prueba lo hace. Si dichos mecanismos existen, insistir en una regla de exclusión probatoria parece manifiestamente absurdo<sup>3</sup>.

En este punto debemos señalar que desde la teoría comunicativa del castigo se ha intentado un argumento contra los medios alternativos de disuasión. En realidad -se dice- la existencia de sanciones severas (como la responsabilidad civil, penal o administrativa del funcionario) cuando existe una baja probabilidad de ser aplicada en los casos concretos, deteriora la función comunicativa<sup>4</sup>. Dado que lo que interesa es modificar el comportamiento de los agentes, la imposición de una sanción por la sola consideración de su costo no tendrá el efecto querido sino se considera su impacto sobre la influencia social y la presión de los pares. Así, la sustitución de la exclusión probatoria por sanciones distintas puede ser contraproducente y aumentar las infracciones si “ellas crean la percepción de que [lo que es considerado] el mal comportamiento es demasiado amplio o de que el castigo [a la conducta

---

<sup>1</sup> Héctor Hernández es explícito al señalar que ello no sería necesario ni en el procedimiento chileno, ni en el derecho comparado. Para ello debe recurrir a una justificación distinta al efecto disuasivo. Hernández, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo Proceso Penal chileno*, 64–65.

<sup>2</sup> Entre quienes se oponen a dicha excepción, *ibid.*, 74. Para ello nuevamente debe recurrirse a una justificación distinta al efecto disuasivo.

<sup>3</sup> Especialmente en los términos amplios en que actualmente está consagrada en el artículo 276 del Código Procesal Penal chileno.

<sup>4</sup> Kinports, “Culpability, Deterrence, and the Exclusionary Rule”, 846–49.

inconstitucional] es injusto”<sup>1</sup>. En términos simples: sanciones más altas no implican mayor disuasión, e incluso pueden tener el efecto contrario si son combinadas con una baja probabilidad de ser impuestas. Así -se concluye- incrementar la certeza de la exclusión (y no sustituirla por otras sanciones) es la manera adecuada de maximizar la disuasión<sup>2</sup>.

Este argumento no sólo es contraintuitivo y carece de sustento empírico, sino que utiliza una premisa altamente cuestionable: que el incremento de la severidad de las sanciones impacta negativamente sobre las normas sociales y la presión de los pares. En realidad, la situación parece ser precisamente la contraria: Si mantenemos constante la probabilidad de que la sanción sea aplicada (y no existe razón alguna para afirmar que esto no es posible), el incremento de la sanción no sólo aumentará la “disutilidad” de la obtención ilícita de evidencia (y, por tanto, existirá un mejor desincentivo desde el punto de vista de la elección racional), sino que influirá positivamente sobre las normas sociales y la presión de los pares, reforzando el mensaje de desaprobación de la conducta. Es dudoso que el establecimiento de sanciones como la responsabilidad civil, penal o administrativa, sea considerado a tal grado injusto por los funcionarios a cargo de la investigación, que ellas causen más vulneraciones de los derechos fundamentales de lo que haría la regla de exclusión probatoria.

Sin embargo, se ha dado un segundo argumento contra los medios alternativos a la regla de exclusión:

Una mejora de la responsabilidad que sitúe a los oficiales de la policía bajo el nivel de disuasión adecuado debe, *ex hypothesi*, disuadirlos de infringir el derecho en el desarrollo de sus investigaciones. En este escenario, los oficiales de la policía nunca obtendrán prueba utilizando medios inconstitucionales y otros ilegales. La regla de exclusión, entonces, es instrumentalmente superior a los métodos alternativos de disuasión. Este punto es bastante sencillo. En el curso adecuado de las cosas –esto es, bajo el escenario en que los oficiales de la policía son adecuadamente disuadidos y no infringen el derecho- la prueba que la regla de exclusión actualmente suprime no llega a existir. La pérdida de dicha prueba bajo la regla de exclusión es, entonces,

---

<sup>1</sup> Ibid., 847; Esta proposición descansa en la idea de que “la credibilidad moral del derecho penal es esencial para el control efectivo del delito”. Véase Robinson y Darley, “Utility of Desert”, 457. Así, la legitimidad de la sanción a la vulneración de los derechos fundamentales pasaría a ser parte central en el análisis del efecto disuasivo.

<sup>2</sup> Kinports, “Culpability, Deterrence, and the Exclusionary Rule”, 848.

ilusoria más que real. Esta pérdida no puede propiamente contar como el costo social de la regla –un punto que subraya la ventaja de la regla de exclusión sobre sus alternativas disciplinarias, penales y de daños-<sup>1</sup>.

Este argumento aborda la discusión desde la perspectiva de la corrección de los medios de investigación penal. De esta forma sería posible decir que no existe ningún costo social en la exclusión de prueba relevante que ha sido obtenida con infracción de derechos fundamentales: si un medio alternativo hubiese sido implementado (como la responsabilidad penal, administrativa o civil) y este hubiese sido eficaz (i.e. hubiese logrado la disuasión del funcionario), dicha prueba nunca hubiese llegado a existir. ¿Y cómo podría haber un costo en la pérdida de algo que de otra manera no hubiese siquiera existido? En términos simples, el argumento le dice al interlocutor: ¿Usted está de acuerdo en establecer sanciones que en la investigación de los delitos disuadan a los funcionarios de infringir derechos fundamentales? Si está de acuerdo, no se preocupe si el medio elegido es la exclusión de prueba u otro alternativo, puesto que en ambos casos la prueba no llegará a ser utilizada (en el primero porque fue excluida, en el segundo porque nunca se obtuvo). Así, la regla de exclusión no supondría un sacrificio a la averiguación de los hechos mayor que el que supone cualquier otro medio disuasivo.

Esta posición debe ser examinada cuidadosamente. En realidad, ningún medio puede tener un efecto disuasivo perfecto: aunque sea posible disminuir la frecuencia con que tiene lugar en el mundo, el comportamiento prohibido jamás desaparecerá completamente sólo en virtud de su sanción. Así, necesariamente existirán casos en que deba lidiarse con las consecuencias de dicho comportamiento (i.e. la obtención de evidencia) y los costos asociados a su supresión. Para utilizar los términos del argumento: la pérdida de la prueba bajo la regla de exclusión es real y no ilusoria, y así, lo es también el sacrificio de la averiguación de la verdad. El problema de esta posición es que no da cuenta que es precisamente *porque* seguirán existiendo casos de obtención de prueba ilícita que se discute acerca de la idoneidad de las distintas sanciones. Y realizar esta observación no implica de modo alguno avalar la conducta inconstitucional.

Por último, es usual encontrar cierta estrategia retórica para defender la regla de exclusión. Ella consiste en presentar a sus partidarios como contrarios a los medios de

---

<sup>1</sup> Stein, *Foundations of Evidence Law*, 29. La traducción es mía.

investigación que atentan contra los derechos fundamentales (y por tanto, defensores de estos últimos), y a sus detractores, como indiferentes ante las conductas inconstitucionales (o incluso promotores). Y sin embargo, no es esto lo que está en discusión. Ambas posiciones están de acuerdo en la prohibición de los medios de investigación ilícitos, pero difieren en la forma de maximizar la disuasión y en el destino que debe darse a la prueba obtenida considerando el sacrificio que su exclusión implica para los otros objetivos del proceso penal.

La conclusión de todas estas consideraciones es que justificar la exclusión de la prueba ilícita en su efecto disuasivo no parece muy prometedor. No existe ningún argumento convincente para considerar que el medio más adecuado para evitar futuras infracciones de las garantías del imputado, de otros intervinientes del proceso penal, o incluso, de terceros, es la inadmisibilidad en juicio de la prueba obtenida. Las cosas se complican más aún si consideramos que la existencia de reglas y prácticas de este tipo aumentan el número global de errores que el sistema procesal penal comete, y lo hacen provocando falsas absoluciones.

## 2.2. El remedio a las personas afectadas.

Antes de tratar la preservación de la integridad judicial, es necesario referirnos brevemente a un tipo de justificación que no ha tenido desarrollo en la jurisprudencia estadounidense, pero sí en la doctrina. Conforme a esta, la regla de exclusión de la prueba ilícita existiría para compensar al individuo cuyos derechos han sido infringidos<sup>1</sup>.

Existen varios problemas asociados a esta forma de justificar la regla. Ellos son expuestos apropiadamente por Mike Madden:

La racionalidad de la compensación, aunque atractiva a primera vista, sufre de distintas debilidades. Primero, como una cuestión de lógica, excluir evidencia obtenida impropriamente no hace nada por “compensar” al acusado; en cambio, la exclusión meramente evita castigar al acusado mediante la admisión de evidencia que llevaría a una condena. Sería, quizás, más coherente explicar la exclusión no

---

<sup>1</sup> Mike Madden, “A Model Rule for Excluding Improperly or Unconstitutionally Obtained Evidence”, *Berkeley Journal of International Law* 33, n° 2 (2015): 453.

como una forma de compensación al acusado, pero como una forma de privar al Estado [...]. Segundo, al igual que lo que ocurre con la racionalidad de la disuasión, podría decirse que la racionalidad de la compensación inhibe el desarrollo de remedios más robustos y efectivos para compensar las infracciones de los derechos por parte del Estado. [...] Más aún, la exclusión es una forma de compensación absolutamente inefectiva para las personas que sufren una violación constitucional pero que no son procesadas, porque el remedio de la exclusión está sólo disponible para los acusados. Cualquier otra persona cuyos derechos fueron infringidos pero que no termina enfrentando un juicio penal no puede (y no tendría necesidad de) acceder al remedio de la exclusión<sup>1</sup>.

De esta forma, existiendo mejores formas de compensación, que de todas formas serían necesarias para los casos en que los afectados no enfrenten un juicio oral, no parece adecuada la existencia de una regla de exclusión probatoria. Sería más adecuado, al menos para conseguir estos objetivos, establecer remedios distintos (como la indemnización de perjuicios por responsabilidad civil de los funcionarios o por responsabilidad del Estado).

Es necesario indicar que, al igual que el efecto disuasivo, la compensación centra su atención en el propio derecho fundamental afectado. Las justificaciones siguientes, en cambio, parecen promover un valor distinto.

### 2.3. La preservación de la integridad judicial.

El recurso directo a los derechos fundamentales sustantivos no parece ser el mejor argumento para fundamentar la exclusión de la prueba ilícita. Abandonando las posiciones puramente retóricas (las infracciones de los derechos fundamentales por parte del Estado tienen siempre –justificadamente– una carga tan negativa que, en la práctica, convencen de cualquier cosa que parezca estar en su contra), no existe vínculo alguno entre el fin perseguido y el medio elegido para obtenerlo. Y allí donde parece existirlo, es posible encontrar medios alternativos más idóneos para realizar el derecho infringido.

Si, por ejemplo, en un procedimiento se infringe la inviolabilidad del hogar, difícilmente puede entenderse que la exclusión de la prueba reestablece la privacidad ya vulnerada. Esto

---

<sup>1</sup> Ibid., 453–54.

es especialmente evidente cuando el afectado es un tercero distinto al imputado. Y si esperamos que la sanción disuada de nuevas infracciones del mismo derecho, que porte un mensaje de desaprobación de la conducta, que repare al sujeto perjudicado o que constituya una expresión de reafirmación, todo ello podrá lograrse –y de mejor manera- mediante métodos distintos que no comprometen la aplicación del derecho sustantivo.

Pensemos, por un momento, en casos distintos a la infracción de garantías fundamentales, donde la consideración de cierta prueba relevante es igualmente excluida por razones extrañas a la averiguación de los hechos o a la distribución del error. Para utilizar un ejemplo, el artículo 303 del Código Procesal Penal chileno exceptúa a ciertas personas de prestar declaración en contra del imputado en razón de su estado, profesión o función legal<sup>1</sup>. En estos casos, es la misma admisión de la prueba la que daña el valor que el sistema busca promover, y por eso, es excluida. En otras palabras, si nuestro objetivo es evitar que cierta información sea divulgada por haber sido obtenida en razón de la especial relación entre dos personas (e.g. las relaciones abogado-cliente, médico-paciente, confesor-confesante), establecer una regla que imposibilite obligar a declarar al testigo que es parte en dicha relación no es sólo el medio disponible más adecuado, sino lógicamente necesario para conseguirlo (se impedirá la divulgación de cierta información, excluyendo, precisamente, la divulgación de dicha información).

En estos casos, lo considerado indeseable es directamente excluido. Cualquier otra alternativa, a pesar de que pudiese constituir un desincentivo, reparación o castigo (por ejemplo, la indemnización al imputado por la declaración del testigo privilegiado), supone la producción del daño que la regla intenta evitar. En palabras de Alex Stein:

Bajo tal privilegio, la revelación forzada de la información que el privilegio protege es generalmente percibida como un daño en sí misma. Esta perspectiva de daño directo como opuesta al indirecto no deja espacio para alternativas basadas en incentivos a la supresión de la prueba. Si la revelación forzada de cierta información privilegiada sólo distorsionase los incentivos del individuo para actuar en alguna forma socialmente beneficiosa, estas alternativas entonces habrían estado firmemente en la agenda. Sin embargo, como la revelación de dicha información

---

<sup>1</sup> El artículo 303 inciso primero del Código Procesal Penal señala: “Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto”.

constituye un daño en sí misma, estas alternativas no tienen posibilidades de aplicación<sup>1</sup>.

La relación entre la exclusión probatoria y el derecho fundamental infringido, en cambio, no puede ser establecida de esta forma. Insistir en este tipo de justificación sólo subraya la posibilidad e idoneidad de remplazar dicha regla por otros mecanismos.

Una forma de sortear esta dificultad ha sido considerar a la regla de exclusión de la prueba ilícita como un mecanismo que, en realidad, preserva la integridad judicial. Así, la razón de su existencia -se dice- es que los jueces no deben tomar parte en las conductas de los agentes de la investigación penal que han vulnerado derechos fundamentales del imputado. Esta constituye la razón original por la cual la regla fue adoptada en su sistema de origen (luego sería remplazada por el efecto disuasivo)<sup>2</sup>. En palabras de un ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

En un gobierno de leyes, la existencia del gobierno será puesta en peligro si este falla en observar escrupulosamente el Derecho. Nuestro Gobierno es el potente, omnipresente educador. Para bien o para mal, enseña a toda la gente con su ejemplo. El crimen es contagioso. Que el gobierno se convierta en un infractor, engendra desprecio por el Derecho; invita a cada uno a hacer de sí mismo la ley; invita a la anarquía. Declarar que en la administración del derecho penal el fin justifica los medios -declarar que el Gobierno puede cometer crímenes en orden a asegurar la condena de un delincuente particular- tendría una retribución terrible. Contra esta perniciosa doctrina esta Corte debe resueltamente hacer cara<sup>3</sup>.

Conforme a ello, los tribunales deben distanciarse de otros actores del proceso penal que han tenido un comportamiento inconstitucional. Y esto sólo podría lograrse mediante la exclusión de la prueba obtenida como consecuencia de la conducta ilícita<sup>4</sup>; cualquier otra solución pondría en cuestión la legitimidad de los tribunales<sup>5</sup>. Si aceptamos esta justificación,

---

<sup>1</sup> Stein, *Foundations of Evidence Law*, 30.

<sup>2</sup> Véase *Weeks v. US*, 232 US 383 (1914).

<sup>3</sup> *Olmstead v. US*, 277 US 438, 485 (1928). Voto disidente del juez Brandeis.

<sup>4</sup> Madden, "A Model Rule for Excluding Improperly or Unconstitutionally Obtained Evidence", 450.

<sup>5</sup> Robert Bloom y David Fentin, "A More Majestic Conception": The Importance of Judicial Integrity in Preserving the Exclusionary Rule", *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 13, n° 1 (2010): 50.

será posible fundar la regla de exclusión probatoria sin explicar cómo un derecho que ya ha sido infringido es ahora realizado mediante la supresión de la prueba.

Entre nosotros, ciertos autores han presentado el argumento en términos de la “legitimidad de la acción estatal”. Dicha legitimidad exigiría la exclusión de la prueba, puesto que “de esa forma se asegura que el acto ilegítimo no pueda contribuir a la eventual imposición de una pena que cargaría con la misma nota de ilegitimidad”<sup>1</sup>. Todo el argumento descansa sobre la distinción de dos momentos: el de la obtención –ilegítima- de la prueba y el de la emisión del veredicto. Y debe velarse por el que este último esté libre de la ilegitimidad del primero.

En algún sentido (i.e. si nos situamos en el momento en que debe decidirse sobre la exclusión, que se encuentra entre los dos momentos indicados en el párrafo anterior), la tesis del efecto disuasivo, de la reparación y del castigo son retrospectivas: excluimos prueba *porque* en el procedimiento se han vulnerado derechos fundamentales. La tesis ahora en consideración (al igual que la expuesta en la sección siguiente), en cambio, es prospectiva: excluimos prueba *para que* en el procedimiento no se dicte sentencia considerando prueba obtenida con dicha vulneración<sup>2</sup>. Así, para esta última resultaría inapropiado preguntarse por la protección de los derechos fundamentales al justificar la exclusión de la prueba ilícita: dichos derechos ya se encontrarían vulnerados y la supresión de la prueba no buscaría realizarlos mediante la disuasión de futuras infracciones, de la compensación del daño o del castigo del transgresor. En cambio, la regla de exclusión perseguiría un valor que actúa en el momento de la decisión de la causa: que no se emita un veredicto sobre la base de prueba ilícita.

De esta forma, se considera el legítimo ejercicio de la jurisdicción (o la integridad judicial) como un valor en sí mismo. Y existiendo una conexión lógica entre el fin perseguido –el legítimo ejercicio de la jurisdicción a través de decisiones adoptadas sólo sobre pruebas legítimamente obtenidas- y el medio elegido para realizarlo –la exclusión de la prueba ilegítimamente obtenida-, la existencia de la regla de exclusión de la prueba ilícita estaría justificada.

---

<sup>1</sup> Hernández, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo Proceso Penal chileno*, 61.

<sup>2</sup> Es importante entender que esta perspectiva es interna a un procedimiento particular. Si consideramos el proceso penal como sistema, en cambio, es perfectamente posible decir que la tesis de la disuasión es prospectiva: excluimos prueba para disuadir de nuevas infracciones.

El principal problema de que adolece esta tesis puede ser descrito de la siguiente forma: si lo que está en juego es un valor distinto a la realización de los derechos fundamentales, será necesario, entonces, justificar por qué dicho valor debe también prevalecer sobre la correcta aplicación del derecho sustantivo (i.e. sobre la posibilidad de determinar correctamente quién ha cometido un delito y debe ser castigado, y quien es inocente y debe ser absuelto). Y es que uno de los beneficios de recurrir a los derechos fundamentales es precisamente que permite ignorar la discusión sobre qué valor debe prevalecer: los derechos fundamentales predominan siempre ante cualquier otro fin con el que colisionen. Ahora, en cambio, la elección debe ser justificada. Y ello considerando especialmente que la adopción de decisiones materialmente falsas también compromete la legitimidad del poder judicial. En tanto ello no se efectúe, esta parece una pobre razón para el sacrificio –sin más- de la averiguación de la verdad.

Pero es que, además, el argumento debe ser capaz de explicar por qué tratándose de la utilización de pruebas obtenidas ilícitamente la ilegitimidad es transmitida a la decisión final, mientras que la utilización de las consecuencias de otros actos ilegítimos no la transmite.

Por último, esta justificación de la regla de exclusión también implica ciertas consecuencias que la doctrina tradicionalmente ha considerado indeseables. La más importante es que, si la jurisdicción no puede considerarse legítimamente ejercida sobre la base de pruebas obtenidas ilícitamente, también la prueba exculpatoria obtenida por la defensa con infracción de derechos fundamentales deberá ser excluida<sup>1</sup>. Esto puede provocar, absurdamente, que el castigo a un sujeto que es probablemente inocente del delito

---

<sup>1</sup> Esta consecuencia es considerada indeseable incluso por autores partidarios de este tipo de justificación de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Véase, por ejemplo, Hernández, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo Proceso Penal chileno*, 64–65. Autores como Hernández, en realidad, parecen estar motivados por consideraciones distributivas: demandan que la protección de los derechos fundamentales prevalezca frente a la maximización del acierto en la decisión, pero sólo cuando ello no implica que el riesgo de error producido por la exclusión perjudica al acusado. Así, cuando este posea evidencias que acrediten su inocencia ellas deberán admitirse, sea cual sea su origen, e incluso si se han obtenido ilícitamente. Esta posición es ingenua (porque no considera los efectos de la alteración de la forma en que el error se distribuye sobre el número global de errores) e ilegítima (porque desprecia la actitud social frente a los costos de los errores). En palabras de Larry Laudan: “Reducimos errores, como he argumentado ya, buscando que el jurado tenga conocimiento de todas las pruebas relevantes que las partes posean. Este objetivo no es fomentado cuando después se afirma que debemos facilitar al acusado la presentación de pruebas exculpatorias y no así la presentación de tales pruebas al Estado. Tampoco se fomenta cuando se considera que cierto tipo de pruebas deben ser excluidas porque podrían conducir a una condena falsa (si tales exclusiones incluso tienden a producir aún más absoluciones falsas). [...] La imparcialidad probatoria –que es otra expresión del principio de admisión de toda prueba relevante- debe motivar la selección de reglas probatorias y procedimentales”. Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 182.

que se le imputa (existe prueba exculpatória aunque obtenida ilícitamente), sea precisamente la condena por ese delito.

#### 2.4. El derecho del acusado a que no se adopte una decisión utilizando pruebas obtenidas con infracción de sus derechos.

Una segunda forma de evitar los problemas de las tesis del efecto disuasivo, de la compensación y del castigo, ha sido considerar a la exclusión de la prueba ilícita como un mecanismo para evitar el daño directo a un derecho fundamental distinto al que ya habría sido infringido (i.e. independiente de las garantías sustantivas a las que tradicionalmente se recurre, como el derecho a la privacidad, a la libertad o a la propiedad)<sup>1</sup>. Este consistiría en el derecho, precisamente, a que el juez no considere la prueba obtenida con vulneración de otros derechos fundamentales en la determinación de los hechos. Y dado que es difícil imaginar un ordenamiento jurídico que lo consagre explícitamente, este se integraría como parte esencial del debido proceso. La jurisprudencia española ha sido explícita:

[...E]l Tribunal Constitucional [español] ha establecido que la regla de exclusión comentada no se halla explícitamente proclamada por ningún precepto constitucional, *ni tiene lugar en virtud del derecho originariamente afectado*, sino que expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya posición preferente e inviolabilidad exigen que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso; y más concretamente, que la admisión de la prueba ilícita supondría una infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad entre las partes en el juicio. [...] En suma, la regla de exclusión se configura en el derecho español como una garantía constitucional de naturaleza procesal residenciada en el derecho a un proceso con todas las garantías<sup>2</sup>.

Antes de continuar, será necesario detenernos en cierta clasificación de los derechos fundamentales que inciden en los procesos judiciales (y especialmente en el proceso penal). Ellos suelen dividirse en dos categorías: los derechos sustantivos (o materiales) y los

---

<sup>1</sup> En otras palabras, el derecho fundamental protegido mediante la exclusión de la prueba ilícita sería lo que en la doctrina constitucional angloamericana se denomina “free-standing right”. Véase Stein, *Foundations of Evidence Law*, 31–33.

<sup>2</sup> Gascón Abellán, “¿Freedom of proof?”, 63–64. Las cursivas son mías; se omitieron las cursivas internas. Los paréntesis son míos. Véase también la sentencia del Tribunal Constitucional español 114/1984 de 29 de noviembre de 1984. La razón por la que se ha intentado configurar dicho derecho fundamental como parte del debido proceso, es que, diferencia de este último, no existe texto constitucional que lo consagre explícitamente.

derechos procesales. Los primeros pertenecen al individuo en tanto persona, y por tanto, protegen un valor en sí mismos. De ahí que tradicionalmente se diga ellos son anteriores e independientes al Estado. Las garantías procesales, en cambio, son aquellas que tiene la persona en tanto participante de un proceso judicial (o administrativo).

Ambas categorías juegan roles en el proceso penal: los primeros limitan el ejercicio de la persecución penal; los segundos se orientan a la corrección de la decisión (como manifestación de un derecho fundamental a la correcta determinación de los hechos y aplicación del derecho). En palabras de Ferrajoli:

[E]s posible caracterizar las garantías procesales de la carga de la prueba al principio de contradicción o al derecho a la defensa, como las que aseguran en grado máximo, en el plano jurisdiccional, la averiguación de la *verdad fáctica*, es decir, que exigen, en concreto, la *verificación* por las hipótesis acusatorias de la acusación y permiten su *refutación* por parte de la defensa<sup>1</sup>.

Utilizando esta clasificación, entonces, podemos decir que las tesis del efecto disuasivo, de la compensación y del castigo, fundan la regla de exclusión de la prueba ilícita en la realización de los derechos fundamentales sustantivos. Así, por ejemplo, la razón esgrimida para excluir la prueba obtenida como consecuencia del registro ilegal de un establecimiento será (para estas teorías) la protección de los derechos de propiedad y de privacidad. Y así, la exclusión de las confesiones logradas mediante coacción será (para estas teorías) motivada por la protección de la libertad, autodeterminación, vida e integridad física.

Sin embargo, si ahora (con el objeto de evitar la discusión respecto de la conveniencia de la adopción de medios alternativos) se sostiene que la justificación de la regla de exclusión se encuentra en un derecho fundamental distinto al originalmente afectado, derecho que formaría parte del debido proceso, la atención se centraría en un lugar distinto. Ahora parece

---

<sup>1</sup> Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (Madrid: Trotta, 2008), 68; Las cursivas son del autor. En el mismo sentido Stein se pregunta: "Asumamos, contrafácticamente, que el problema de la falibilidad epistémica no existe y que los investigadores de los hechos no se equivocan. En un mundo como ese, ¿habría espacio para derechos procesales y probatorios valiosos intrínseca y no instrumentalmente?". La respuesta de Stein es negativa: "El derecho a ser escuchado, y, en efecto, todo el conjunto de derechos de participación en juicio, son derechos que en último término derivan de la falibilidad epistémica, no de la virtud moral". Stein, *Foundations of Evidence Law*, 33. A mi juicio, esta tesis es una manifestación de la dimensión político-moral que la averiguación de la verdad posee. De ahí que se otorguen derechos a las partes que maximicen las probabilidades de acierto en la decisión; así, los únicos derechos que se encuentran realmente fundados en objetivos distintos e independientes a aquél, son los que aquí se denominan "derechos fundamentales sustantivos".

tratarse de la realización de un derecho procesal. Y aquí el problema es puesto de relieve: El derecho a excluir pruebas, muchas veces relevantes y fiables, no puede fundarse en la aspiración de obtener decisiones rectas y justas. De hecho, como hemos visto en los capítulos segundo y tercero de esta memoria, la exclusión probatoria produce precisamente el efecto contrario (i.e. aumenta la probabilidad de emitir veredictos erróneos). De ahí que, si queremos fundar la regla de exclusión de la prueba ilícita en un derecho fundamental autónomo, estamos obligados a sostener que éste protege un valor en sí mismo, asemejándolo a los derechos fundamentales sustantivos<sup>1</sup>.

Pero, ¿Es posible afirmar que, en la adopción de las decisiones judiciales, la desestimación de pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales es un valor en sí mismo (en el sentido de que no constituye un medio para la consecución de valores distintos)? De hecho, una de las razones que explicaría por qué el discurso respecto de la exclusión de la prueba ilícita se estructura hegemónicamente en torno a las garantías sustantivas tradicionales (como la vida, la libertad, la privacidad, la honra y la propiedad), es, precisamente, que la exclusión de prueba no se justifica en sí misma. ¿Por qué habríamos de considerar que el acusado, en realidad, no tiene un derecho a que no se viole su propiedad privada, sino que tiene un derecho a que se excluya la prueba obtenida como consecuencia de dicha violación?

En realidad, la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente difícilmente puede ser considerada como un derecho que preserva un valor distinto e independiente de los derechos fundamentales sustantivos. Es sólo como consecuencia de estos últimos que su existencia es razonable<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> A mi juicio, la tesis del valor absoluto de las garantías procesales (sean orgánicas o funcionales) es insostenible. Piénsese, por ejemplo, en la garantía del juez natural, que prohíbe el establecimiento de tribunales ad-hoc para juzgar casos particulares. La doctrina es casi uniforme al fundar dicha garantía en la igualdad ante la ley, constituyéndola, así, en un valor en sí misma, independiente de la corrección de la decisión judicial. Véase, por ejemplo, Valeria Lübbert Álvarez, "El derecho a no ser juzgado por comisiones especiales: análisis crítico de jurisprudencia", *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 15 (2011): 93-95. En realidad, existe una razón por la que dicha garantía busca evitar la formación de tribunales especiales: ellos han sido históricamente formados para el juzgamiento de casos y personas con un sesgo que predetermina su resultado en base a consideraciones distintas de la corrección jurídica de la decisión. Basta decir, por ejemplo, que si todos los casos penales son juzgados por comisiones especiales sesgadas contra el imputado el principio de igualdad sería respetado. Pero no es cualquier igualdad la que nos interesa, sino la igual aplicación correcta del derecho.

<sup>2</sup> Es difícil encontrar un fundamento deontológico para un derecho como el descrito, especialmente considerando que en una gran cantidad de casos este producirá que una injusticia sea compensada con otra (la vulneración del derecho fundamental originalmente afectado será compensada con la absolución de un delito).

Y es que las reglas que protegen los derechos fundamentales que inciden en el proceso penal, agrupadas ampliamente bajo la etiqueta de “debido proceso”, no constituyen derechos fundamentales en sí mismas, sino modos en que el Estado puede interferir legítimamente con los “derechos de libertad negativa”<sup>1</sup>. Así, una regla que protege un “derecho fundamental sustantivo” en el proceso penal (e.g. una regla que prohíbe la tortura en las interrogaciones de la policía, protegiendo, así, el derecho a la vida y la integridad física) regulará las condiciones en que el Estado puede interferir antes de la sentencia (e.g. interrogando sin recurrir a la tortura). Y, así, una regla que protege un “derecho fundamental procesal” (e.g. una regla que permite que la defensa interroge a los testigos) regulará las condiciones en que el Estado puede interferir en virtud del derecho sustantivo que la sentencia busca realizar (e.g. permitiendo la interrogación de la defensa para determinar los hechos conforme al mayor número posible de controles y pruebas, y así, establecer correctamente si han tenido lugar en el mundo los hechos que permiten la intervención legítima del Estado).

Esto -tratándose de la justificación de la regla de exclusión- tristemente nos regresa al punto de partida.

La conclusión de estas consideraciones es que resulta necesario examinar la justificación de la regla de exclusión de la prueba ilícita. Oponerse a su existencia bajo ningún punto de vista significa estar en contra de la prohibición de realizar actos que priven a las personas de sus derechos fundamentales. El Derecho debe prohibirle a las policías y, en general, a todos los funcionarios que ejercen la persecución penal, que obtengan confesiones mediante coerción, que realicen registros e incautaciones sin autorización, o que atenten de otros modos contra los derechos del imputado. Pero puede y debe hacerlo en una forma coherente, que no implique el sacrificio injustificado de los otros valores que el proceso penal busca realizar.

### 3. Verdad y autodeterminación.

Hasta este punto, hemos expuesto las distintas razones que la doctrina utiliza para justificar la adopción de una regla de exclusión de la prueba ilícita. Se ha dicho no sólo que ninguna es completamente convincente y que, si se desarrollan coherentemente, todas

---

<sup>1</sup> Para la tesis del debido proceso como las condiciones de interferencia del Estado sobre los derechos de “libertad negativa” y no como un derecho en sí mismo, puede verse Fernando Atria, “¿Existen Derechos Sociales?”, *Discusiones: Derechos Sociales*, n° 4 (2004): n. 13.

tienen consecuencias que típicamente se consideran indeseables, sino también -y primordialmente- que la exclusión de prueba fiable y altamente relevante afecta la forma en que el riesgo de error es asignado y la tasa global de errores que el sistema produce. En palabras de Larry Laudan:

Excluir pruebas relevantes, y no-redundantes, por la razón que sea, disminuye la probabilidad de que personas, en principio, racionales lleguen a conclusiones correctas”<sup>1</sup>.

Esta manera de abordar el problema puede verse enfrentada a una poderosa objeción moral: Si las personas han de ser tratadas como fines en sí mismas, cada caso debe ser resuelto conforme a su propio mérito y no por sus efectos sobre la generalidad del sistema jurídico. De ahí que, sea cual sea el efecto que la exclusión de la prueba ilícita pueda tener en el sistema procesal penal, este no pueda ser tomado en cuenta al decidir sobre su justificación<sup>2</sup>. La ventaja que esta posición otorga es evidente: permite decir que, en tanto la existencia de la regla de exclusión de la prueba ilícita se funda en consideraciones deontológicas, su abolición sólo encuentra razones utilitaristas (o, más ampliamente, consecuencialistas)<sup>3</sup>.

En lo que resta, trataré de defender que es el mismo reconocimiento de la persona como un fin el que exige la mayor precisión posible en la determinación de los hechos, y por tanto, el que demanda que toda la prueba relevante disponible sea considerada.

Aunque en la literatura especializada existe una tendencia a justificar la averiguación de la verdad como un interés primordialmente epistemológico, existen otros tipos de consideraciones que demandan la correcta determinación de los hechos. Y es que si bien, en cierto sentido, el conocimiento sobre el mundo constituye un valor en sí mismo, el

---

<sup>1</sup> Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 46.

<sup>2</sup> Es necesario distinguir la discusión respecto de si consideraciones utilitaristas pueden guiar la decisión de casos concretos, de aquella sobre si dichas consideraciones pueden ser tomadas en cuenta en la decisión sobre las reglas que regulan dichos casos concretos. Véase John Rawls, “Dos conceptos de reglas”, en *Foot, Philippa. Teorías sobre la ética* (México, D.F.: Fondo de cultura económica, 1974), 229–42. La objeción presentada actúa en el segundo contexto. Así, se señala, mientras la exclusión de prueba ilícita considera al sujeto como un fin en sí mismo, su admisión considera al sujeto como un medio para lograr una distribución adecuada del error.

<sup>3</sup> Típicamente referidas a la efectividad de la persecución criminal, a la seguridad social, etc., pero que pueden ser perfectamente remplazadas por la disminución de la tasa global de errores que el sistema comete en su conjunto.

proceso judicial no está interesado en averiguar la verdad simplemente por hacerlo; lo está, en cambio, porque ella es necesaria para la realización del derecho sustantivo<sup>1</sup>.

Hemos dicho en el primer capítulo de esta memoria, que una de las funciones principales del Derecho es la motivación de la conducta de sus destinatarios. Ello sólo podrá realizarlo si pretende ser aplicado únicamente cuando los hechos operativos de la normas han tenido lugar en el mundo. Aquí, entonces, radica la importancia de la averiguación de la verdad en el Derecho: ella constituye una condición lógica para su realización. Sobre esta función estructural se construye un valor político moral que suele pasar desapercibido:

Autonomía pública y autonomía privada se entrecruzan en la constitución de la autonomía comunicativa, que condiciona la posibilidad de vincular al sujeto a la norma (de comportamiento) como su destinatario, en tanto la norma puede ser reconducida al propio sujeto como interviniente (potencial) en el procedimiento de su establecimiento<sup>2</sup>.

Quiero sostener que, si lo único que justifica la pretensión de fidelidad al Derecho es la reconducción de la norma a la autonomía del destinatario, la investigación de los hechos en los procesos judiciales debe estar orientada a la averiguación de la verdad: La norma sólo podrá ser reconducida a la autonomía del justiciable si los hechos que pretende regular han tenido lugar en el mundo. Ya no se trata, meramente, de la posibilidad de que el Derecho motive la conducta de sus destinatarios, sino de la justificación de dicha motivación. En ello reside, por una parte, la importancia de la autonomía del razonamiento jurídico, y por otra, de la averiguación de la verdad a través de la prueba en el proceso judicial<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta es la única razón por la que es jurídicamente relevante conocer los hechos de un caso concreto. Es más, las verdades que conciernen al Derecho son -en un importante sentido- triviales: el interés no se encuentra -normalmente- en hechos que atañen a la humanidad o que constituyen leyes generales. Véase Twining, *Rethinking Evidence*, 114.

<sup>2</sup> Mañalich se refiere a la justificación de la pena desde un punto de vista retributivo. El argumento, empero, es aplicable a toda decisión jurisdiccional. Juan Pablo Mañalich R., "Pena y ciudadanía", *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 6 (2005): 66.

<sup>3</sup> Para la defensa de la autonomía del razonamiento jurídico véase Fernando Atria, "Del Derecho y el razonamiento jurídico", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 22 (1999): 79-120; Fernando Atria, "El Derecho y la contingencia de lo político", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 26 (2003): 319-47; Fernando Atria, "Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo", *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 5 (2004): 119-41. Es precisamente la idea del poder judicial como poder nulo la que exige una concepción cognoscitivista de la prueba que permite el control intersubjetivo de las decisiones sobre hechos probados.

Y es que el reconocimiento de las personas como fines en sí mismas demanda la aplicación de normas establecidas en un procedimiento que ha reconocido al –que ahora se posiciona como- destinatario la capacidad de intervenir como persona deliberativa, y –sólo- a los sucesos del mundo para los cuales la norma ha sido establecida<sup>1</sup>. Quien autónomamente en un sentido público, se compromete a ser fiel al derecho en su autonomía privada, sólo es desleal cuando incumple el comportamiento acordado o realiza el comportamiento prohibido. Quien, en cambio, sufre las consecuencias de una norma jurídica sin que su hecho operativo haya tenido lugar en el mundo, no ha sido desleal: La decisión no podrá ser reconducida a su autonomía, y su imposición no será más que instrumentalización<sup>2</sup>.

Este es el sentido político-moral de la averiguación de la verdad. Y este sentido debe ser considerado en toda su dimensión al momento de diseñar los procedimientos judiciales. No basta la mera alusión –en muchas ocasiones en forma irreflexiva- a los derechos fundamentales para justificar todo tipo de instituciones que imponen un sacrificio a dicho objetivo. Y es que la correcta determinación de los hechos no sólo cumple una función lógica y una función epistemológica: Ella, además, constituye una condición para la realización de valores político-morales que, considerando su conexión con la autodeterminación del individuo, no pueden ser desconocido por la sola apelación a los derechos fundamentales.

---

<sup>1</sup> La pregunta puede ser planteada de la siguiente forma: ¿Por qué aceptamos una cierta decisión jurisdiccional, como imponer una pena, declarar un estado o situación jurídica, imponer una obligación, embargar los bienes de un deudor, etc.? Ello sólo se justifica en tanto la decisión jurisdiccional puede ser reconducida al propio sujeto cuyo conflicto resuelve (i.e. la decisión aplica una norma en cuyo establecimiento el sujeto ha tenido autonomía pública). Si a un demandante se concede su demanda de indemnización de perjuicios por haber sido atacado por un tigre de Bengala que habitaba en el patio de la casa del demandado, dicha decisión se justifica político-moralmente, a pesar de que el demandado sostenga que lo justo es denegar la demanda por no existir negligencia de su parte, en tanto el artículo 2327 del Código Civil puede ser reconducido a su autonomía pública. Así, tanto demandante como demandado son tratados como fines en sí mismos.

<sup>2</sup> Algo en el mundo –por oposición al sujeto cognoscente, o juzgador de los hechos- debe haber ocurrido (la falta de fidelidad al derecho o deslealtad comunicativa) para que la norma pueda ser reconducida a su destinatario. De ahí la importancia de la verdad y la prueba.

## Conclusiones

Esta memoria se ha propuesto dos objetivos principales. El primero de ellos, de carácter específico, ha sido mostrar cómo la “valoración negativa” por parte de los tribunales de juicio oral en lo penal no puede ser entendida propiamente como un tipo de valoración de la prueba. En cambio, ella constituye una forma de exclusión de la prueba ilícita. Para ello, se han formulado los fines y propiedades de la prueba desde la perspectiva de una concepción racionalista, y se han expuesto las características que tendría un método que efectivamente buscase maximizar dichos fines. Esta forma de proceder ha puesto en evidencia que la “valoración negativa” de la prueba no puede realmente ser entendida de la manera en que nuestra jurisprudencia lo ha intentado hacer.

El segundo objetivo, de carácter más amplio, ha sido mostrar que reglas o prácticas procesales como la “valoración negativa” y la exclusión probatoria aumentan la probabilidad de cometer un error en la determinación de los hechos y afectan la manera en que el error se distribuye, en una forma tal vez incluso ilegítima. Y es que la averiguación de la verdad no sólo constituye un valor epistémico, sino también una condición de la realización de valores político-morales. Así, su sacrificio irreflexivo a través de estas prácticas constituye un atentado contra la autonomía de la persona en dos niveles: despreciando la forma en que la comunidad ha considerado adecuada la distribución del error en los procesos penales y prescindiendo de la reconducción a la autonomía pública para justificar la aplicación de las normas jurídicas.

El problema elemental parece encontrarse en la apelación inmediata en el discurso jurídico a los derechos fundamentales y a su prevalencia sobre cualquier otro tipo de consideraciones, que ha empobrecido el análisis de las reglas y prácticas procesales, desconociendo sistemáticamente la importancia de la determinación del grado de adecuación en que el proceso penal se encuentra cumpliendo efectivamente sus funciones y la manera en la que lo hace. Y una de las principales consecuencias de esta forma de abordar el proceso penal ha sido la apatía que ha mostrado la doctrina frente a la inexistencia de información empírica respecto estos asuntos. Y es que legislar y adoptar prácticas procesales ignorando estas cuestiones no puede conducirnos más que a la confusión.

## Bibliografía

- Accatino, Daniela. "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 37 (2011): 483–511.
- . "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en el proceso penal y su control a través del recurso de nulidad". En *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, 1a. ed., 119–43. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010.
- . "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico". *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 19, n° 2 (2006): 9–26.
- . "Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial". *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 13 (2002): 9–25.
- Ackoff, Russell L. "Management Misinformation Systems". *Management Science* 14, n° 4 (1967): B 147-B 156.
- Alegre, Marcelo. "Vulgarización y deterioro del derecho democrático". *Revista Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, n° 11 (2005): 177–89.
- Aliseda, Atocha. "La abducción como cambio epistémico: C. S. Peirce y las teorías epistémicas en inteligencia artificial". *Analogía filosófica: Revista de Filosofía, Investigación y Difusión* 12, n° 1 (1998): 125–44.
- Alschuler, Albert. "Studying the Exclusionary Rule: An Empirical Classic". *The University of Chicago Law Review* 75, n° 4 (2008): 1365–84.
- Alvarado Velloso, Adolfo. *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá: Editorial Temis, 2004.
- Atria, Fernando. "Del Derecho y el razonamiento jurídico". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 22 (1999): 79–120.
- . "El Derecho y la contingencia de lo político". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 26 (2003): 319–47.
- . "¿Existen Derechos Sociales?" *Discusiones: Derechos Sociales*, n° 4 (2004): 15–59.
- . "Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo". *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 5 (2004): 119–41.

- . “La hora del derecho: Los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho”. *Revista Estudios Públicos* 91 (2003): 45–89.
- . “Sobre las lagunas”. En *Atria et al. Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- Austin, John L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1998.
- Barbosa Moreira, José. “El neoprivatismo en el proceso civil”. En *Montero Aroca, Juan y Adolfo Alvarado Velloso. Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Bentham, Jeremy. “Rationale of Judicial Evidence”. En *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. 7. Edinburgh: Published under the Superintendence of His Executor, John Bowring, 1838.
- Black, Max. *Inducción y probabilidad*. Madrid: Cátedra, 1984.
- Bloom, Robert, y David Fentin. “‘A More Majestic Conception’: The Importance of Judicial Integrity in Preserving the Exclusionary Rule”. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 13, n° 1 (2010): 47–80.
- Carnap, Rudolf. *Logical Foundations of Probability*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.
- Cohen, L. Jonathan. “Belief and Acceptance”. *Mind* 98, n° 391 (1989): 367–89.
- . *The probable and the provable*. Vol. 10. Clarendon library of logic and philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1977.
- Correa, Rodrigo. “Vulgarización por constitucionalización”. *Revista Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, n° 11 (2005): 161–75.
- Cortez Matcovich, Gonzalo. *El Recurso de Nulidad: Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Chile: LexisNexis, 2006.
- Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ta. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2007.
- Damaška, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- Dancy, Jonathan. *Introducción a la epistemología contemporánea*. Madrid: Tecnos, 2007.
- De Hoyos Sancho, Montserrat. “Análisis comparado de la situación de flagrancia”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 12, n° 2 (2001): 137–47.
- Dei Vecchi, Diego. “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 26, n° 2 (2013): 189–217.

- Duce, Mauricio. "Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales. Un modelo para armar en la jurisprudencia nacional". En *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, 1a. ed., 45–86. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010.
- . "¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile?: Antecedentes comparados y locales para el debate". *Ius et Praxis* 19, n° 1 (2013): 77–138.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- Ferrer Beltrán, Jordi. "La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi bethamiana". En *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, 1a. ed., 3–19. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010.
- . *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- . *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- . "Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia". *Revista de la Maestría en Derecho Procesal* 4, n° 1 (2012): 1–26.
- García Suárez, Alfonso. "Historia y justificación de la inducción". En *Black, Max. Inducción y probabilidad*. Madrid: Cátedra, 1984.
- Gascón Abellán, Marina. "¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria". *Jueces para la democracia*, n° 52 (2005): 74–86.
- . "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28 (2005): 127–39.
- Giménez Pericás, Antonio. "Sobre la prueba ilícitamente obtenida". *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 6 (1992): 29–36.
- González Lagier, Daniel. "Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II)". *Jueces para la democracia*, n° 47 (2003): 35–50.
- . "Presunción de inocencia, verdad y objetividad". En *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho: debates sobre abducción*, 83–117. Granada: Comares, 2014.
- González Solano, Gustavo. "La abducción en el campo jurídico". *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, n° 9 (2005): 223–58.
- Haack, Susan. *Ciencia, sociedad y cultura. Ensayos escogidos*. 1a. ed. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2008.
- . *Evidence and inquiry: towards reconstruction in epistemology*. Oxford: Blackwell, 1993.
- Hacking, Ian. *El surgimiento de la probabilidad: un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia estadística*. Barcelona: Gedisa, 1995.

- Hart, H. L. A. *El Concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.
- Hempel, Carl G. *Filosofía de la ciencia natural*. Madrid: Alianza, 1999.
- . “Inductive Inconsistencies”. En Kazemier, B. H. and D. Vuysje. *Logic and Language: Studies Dedicated to Professor Rudolf Carnap on the Occasion of His Seventieth Birthday*. Dordrecht: Springer, 2013.
- Hernández, Héctor. *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo Proceso Penal chileno*. Colección de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Santiago de Chile, 2005.
- Horvitz Lennon, María Inés, y Julián López Masle. *Derecho procesal penal chileno T. I*. 1a. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- . *Derecho procesal penal chileno T. II*. 1a. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Hume, David. *Tratado de la naturaleza humana: ensayo para introducir el método del razonamiento humano en los asuntos morales*. México, D.F.: Porrúa, 2005.
- Keynes, John Maynard. *A Treatise on Probability*. Mineola, NY: Courier Corporation, 2013.
- King, Patricia. “Internalismo, Externalismo y Autoconocimiento”. *Critica. Revista Hispanoamericana de Filosofía* 32, n° 96 (2000): 99–119.
- Kinports, Kit. “Culpability, Deterrence, and the Exclusionary Rule”. *William & Mary Bill of Rights Journal* 21, n° 3 (2013): 821–56.
- Lara Camus, Ronny. “Análisis dogmático del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego”. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007.
- Laudan, Larry. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28 (2005): 95–113.
- . “Una breve réplica”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28 (2005): 151–55.
- . *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Loyola, Enrique Letelier. “Estatuto de las libertades en el proceso penal chileno a trece años de vigencia del sistema acusatorio”. *Opinión Jurídica* 12, n° 24 (2013): 151–68.
- Lübbert Álvarez, Valeria. “El derecho a no ser juzgado por comisiones especiales: análisis crítico de jurisprudencia”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 15 (2011): 87–107.
- MacCormick, Neil. “Razonabilidad y objetividad”. *Revista de Ciencias Sociales*, n° 45 (2000): 399–436.

- Madden, Mike. "A Model Rule for Excluding Improperly or Unconstitutionally Obtained Evidence". *Berkeley Journal of International Law* 33, n° 2 (2015): 442–88.
- Mañalich R., Juan Pablo. "Pena y ciudadanía". *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 6 (2005): 63–83.
- Maturana Baeza, Javier. *Sana crítica: un sistema de valoración racional de la prueba*. 1a. ed. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2014.
- Miranda Morales, Lorenzo. "El principio de objetividad en la investigación fiscal y el proceso penal. Una reforma urgente". *Revista de Derecho y Ciencias Penales de la Universidad San Sebastián*, n° 15 (2010): 35–54.
- Montero Aroca, Juan. "La ideología de los Jueces y el caso concreto. Por alusiones, pido la palabra". En *Montero Aroca, Juan y Adolfo Alvarado Velloso. Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Oaks, Dallin H. "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure". *The University of Chicago Law Review* 37, n° 4 (1970): 665–757.
- Parra Quijano, Jairo. *Racionalidad e ideología en la pruebas de oficio*. Bogotá: Editorial Temis, 2004.
- Peirce, Charles Sanders. *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1934.
- Politoff, Sergio. *Lecciones de derecho penal chileno: parte especial*. 2da. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Popper, Karl R. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1962.
- Posner, Richard A. "Rethinking the Fourth Amendment". *The Supreme Court Review*, 1981, 49–80.
- Rabi González, Roberto. "¿Qué rol y justificación tiene el control de identidad de una persona en nuestro sistema procesal penal considerando el actual texto del artículo 85 del Código Procesal Penal?" *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 13 (2010): 323–63.
- Ramsey, F. P. "Truth and Probability". En *Philosophy of Probability: Contemporary Readings*, 52–94. London: Routledge, 2010.
- Rawls, John. "Dos conceptos de reglas". En *Foot, Philippa. Teorías sobre la ética*, 210–47. México, D.F.: Fondo de cultura económica, 1974.
- Rivadulla, Andrés. "Estrategias del descubrimiento científico. Abducción y producción". *Filosofía e História da Ciência no Cone Sul, 6º encontro*, 2010, 120–29.

- Robinson, Paul H., y John M. Darley. "Utility of Desert". *Northwestern University Law Review* 91, n° 2 (1997): 453–99.
- Searle, John R. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.
- Stein, Alex. *Foundations of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Taruffo, Michele. "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad". *Discusiones: Prueba y conocimiento*, n° 3 (2003): 15–41.
- . *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- . *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.
- . *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- . "Tres observaciones sobre 'Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar' de Larry Laudan". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 28 (2005): 115–26.
- Tavolari Oliveros, Raúl. "Informe en derecho: del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia". *Boletín del Ministerio Público*, n° 14 (2003): 151–60.
- . *Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Thayer, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1898.
- Twining, William. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. 2nd. ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006.
- Valenzuela S., Jonatan. "Inocencia y razonamiento probatorio". *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 18 (2013): 13–23.