



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**“FUNCIONAMIENTO DEL RECURSO DE NULIDAD PENAL POR
INFRACCIÓN A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA.
ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES DE
APELACIONES EN EL PERÍODO 2010-2016”**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

ALUMNOS:

**Ahumada Marín, Camilo Ignacio - Alzamora Bello, Gabriel Ignacio
Calvo Gálvez, Eduardo Marcial – Donoso Barrera, Cesar Ignacio
Jarufe Ojeda, Sofía Constanza Michelle - Matta Figueroa, David Sebastián
Troncoso Figueroa, Bárbara Karina – Vergara Delgadillo, Santiago José –
Villanueva Gutiérrez, Nicole Francisca – Vistoso Martínez, Bárbara Alexandra**

PROFESORA GUÍA:
RENÉE MARLENE RIVERO HURTADO

SANTIAGO DE CHILE
Noviembre 2017.

ÍNDICE

ÍNDICE	1
INTRODUCCIÓN.....	1
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	1
II. MARCO DE LA INVESTIGACIÓN.	5
1. Hipótesis de trabajo.	5
2. Objetivo general y objetivos específicos de la investigación.	5
III. METODOLOGÍA UTILIZADA.	6
1. Primer objetivo específico.	8
2. Segundo objetivo específico	10
A) Diseño del instrumento de levantamiento de datos	10
B) Construcción de una muestra probabilística.....	11
C) Aplicación del instrumento a las sentencias de la muestra	12
D) Resultados y análisis de los datos.	12
IV. ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.	12
V. AGRADECIMIENTOS.....	13
CAPÍTULO I. LA SANA CRÍTICA COMO SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.	15
I. CUESTIONES PREVIAS. UNA REVISIÓN A LAS INSTITUCIONES QUE CIMIENTAN EL CONCEPTO DE SANA CRÍTICA EN EL SISTEMA CONTINENTAL.	15
II. LA SANA CRÍTICA EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA. PRINCIPALES CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN.	21
1. Caracterización general: objetividad, fundamentación y parámetros racionales.	21
2. Concepto de sana crítica.	31
A) Concepto prescriptivo de sana crítica.....	31
B) Concepto analítico de sana crítica.	33
C) Concepto operativo de sana crítica.	33
3. Las reglas de sana crítica.	34
A) Racionalidad.....	34
a) Racionalidad definida por exclusión de emotividad.	35
b) Racionalidad definida en pos de una respuesta epistemológica.	35
B) Fundamentación.....	38
a) Los efectos que produce la motivación de la decisión judicial.	45
i) Efectos endo-procesal de la fundamentación	46
ii) Efectos extra-procesal de la fundamentación.	48
b) La motivación como vía de justificación.	50
c) Formas de la fundamentación.	51
i) Estilos de la fundamentación.	51
ii) Motivación exhaustiva.	53
4. Los parámetros racionales de la sana crítica.	54
A) Principios de la lógica.....	55
a) Concepto	56
b) Principios supremos de la lógica	56
c) Lógica no monotónica y lógica factual	57
B) Las máximas de la experiencia.	58
a) Juicio hipotético y abstracto.....	59
b) Sentido común.....	60
c) Equivalencia a sistema de sana crítica.....	60
C) Los conocimientos científicamente afianzados.	61

5. El control de la sana crítica como sistema de valoración.....	62
A) Extensión y criterios de control.....	62
a) Control sobre la formalidad o motivación.....	63
b) Control sobre la sustancialidad o racionalidad de la valoración de la prueba.....	65
c) Deferencia.....	67
d) Otros criterios.....	68
B) Formas de hacer el control a través del sistema de recursos.....	68
a) Recurso de Apelación.....	69
b) Vía Recurso de Nulidad.....	71
CAPÍTULO II. EL RECURSO DE NULIDAD COMO INSTRUMENTO PARA EL CONTROL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO.....	73
I. LA REFORMA AL PROCESO PENAL EN CHILE Y EL CAMBIO DE PARADIGMA EN MATERIA PROBATORIA Y RECURSIVA.....	73
1. La valoración de la prueba en el CPP.....	75
2. Control de la valoración de la prueba conforme a la sana crítica. El recurso de nulidad.....	81
II. EL RECURSO DE NULIDAD PENAL EN CHILE Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS EXIGENCIAS DEL DERECHO AL RECURSO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. ALCANCES DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 374 LETRA E) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	91
1. Caso Herrera Ulloa V/S. Costa Rica.....	96
2. Caso Mohamed V/S Argentina.....	99
3. Caso Norín Catrimán y Otros V/S Chile.....	101
4. Conclusiones.....	107
III. PROBLEMAS DEL RECURSO DE NULIDAD PENAL COMO INSTRUMENTO PARA EL CONTROL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CONFORME A LA SANA CRÍTICA.....	110
1. La difícil determinación de los límites del control de la valoración de la prueba conforme a la sana crítica. Entre la libre convicción y la apelación encubierta.....	111
2. Distinción entre control formal del razonamiento probatorio y control sustancial de la valoración de la prueba.....	113
A) Distinción que carece de justificación jurídico procesal.....	119
B) Restricción que sólo encuentra explicación en una interpretación subjetivista del estándar de prueba penal.....	122
3. Debilidad del sistema de recursos en el proceso penal.....	124
A) Prueba de cargo como condición de legitimidad previo al enjuiciamiento fáctico en sí mismo.....	125
B) La existencia de motivación como condición formal de legitimidad de la valoración.....	126
C) La racionalidad como condición de legitimidad material de la valoración de la prueba.....	126
CAPÍTULO III. RECOLECCIÓN DE DATOS Y RESULTADO DEL ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE NULIDAD PENAL DE LAS CORTES DE APELACIONES PERÍODO 2010-2016.....	128
I. RECOLECCIÓN DE DATOS.....	128
1. Observación y determinación previa de las categorías de argumentos utilizados por recurrentes y Cortes de Apelaciones.....	128
2. Diseño del instrumento para la recolección de datos y construcción de la muestra.....	132
A) Diseño de un instrumento para la recolección de los datos.....	132
B) Construcción de una muestra de sentencias.....	137
II. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	140
1. Datos técnicos del estudio.....	140
2. Recursos de nulidad penal por sana crítica respecto al total de nulidades.....	141
3. Uso del criterio de control formal/sustancial en la resolución del recurso de nulidad penal.....	142
4. Criterio de control y resolución del recurso de nulidad penal por control de sana crítica.....	143

5. Cantidad y porcentaje uso del criterio formal/sustancial en la resolución del recurso de nulidad penal.....	144
6. Evolución del uso del criterio de control en materia penal.....	145
7. Argumentos para rechazo formal del recurso de nulidad penal.....	146
8. Argumentos para rechazo sustancial del recurso de nulidad penal.....	146
9. Argumentos acoge/anula sustancial del recurso de nulidad penal.....	147
CONCLUSIONES.....	148
BIBLIOGRAFÍA.....	154
1. Fuentes Primarias.....	154
2. Fuentes secundarias.....	154
3. Jurisprudencia.....	160

INTRODUCCIÓN

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En el contexto de las reformas judiciales iniciadas en Chile a partir del año 1990, una de las intervenciones al sistema de justicia más relevantes fue la realizada al proceso penal, la que dio paso a un sistema procesal penal de corte acusatorio marcado por la separación de las funciones de investigación, acusación y juzgamiento y la centralidad del juicio oral en lo penal con plena vigencia del principio de inmediación, a cargo de un tribunal colegiado.

En materia probatoria, por su parte, uno de los principales cambios introducidos por la reforma, fue la consagración de un sistema de libertad de prueba y de apreciación racional conforme a los parámetros de la sana crítica y el establecimiento de un alto estándar probatorio que exige para la condena la necesidad de una convicción más allá de toda duda razonable.

Lo anterior, unido al principio de centralidad del juicio oral y la necesidad de garantizar el principio de inmediación en la percepción y apreciación de la prueba por parte de los jueces del primer grado jurisdiccional, hizo necesario modificar, finalmente, el sistema recursivo estableciendo un recurso idóneo y compatible con procesos por audiencia y los nuevos principios inspiradores de la reforma, lo que llevó a la eliminación del recurso de apelación y su reemplazo por un recurso de nulidad en el que cual se contempla, indirectamente, el control de la sana crítica por las Cortes de Apelaciones.

En los años venideros y siguiendo la tendencia marcada por la reforma al proceso penal, durante la discusión de la reforma al proceso laboral el legislador replicó el modelo del proceso penal estableciendo juicios por audiencia con preeminencia de los principios de oralidad e inmediación, la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica y la eliminación del recurso de apelación, reemplazándolo por un recursos de nulidad similar al penal. A diferencia del sistema penal, con todo, el legislador laboral estableció tribunales de primer grado

jurisdiccional de carácter unipersonal, consagrando, en caso de infracción de la sana crítica, la posibilidad de las Cortes de Apelaciones de dictar sentencia de reemplazo.

Se produjo así, en nuestro país, un cambio de paradigma por un lado, en cuanto a la forma de apreciación y valoración de la prueba y, por otro, en cuanto a la centralidad del juicio oral y el rol preeminente del juez del primer grado jurisdiccional en el conocimiento y fijación de los hechos en el proceso, lo que hacía necesario restringir el control que podían realizar las Cortes a través del sistema de recursos.

En lo que respecta al recurso de nulidad, una preocupación central manifestada durante la tramitación ambas reformas, sin embargo, aunque con más énfasis en la penal, fue la necesidad de establecer un sistema recursivo compatible con procesos por audiencia, pero que al mismo tiempo, permita un control de la valoración de la prueba por parte del juez del primer grado jurisdiccional conforme a la sana crítica, al tiempo que sea respetuoso y cumpla con las exigencias que contempla el derecho al recurso conforme a la Constitución y los tratados internacionales.

Siguiendo lo anterior, tanto en materia penal como laboral, el nuevo recurso de nulidad regulado contempló causales de nulidad específicas para el control de la valoración de la prueba conforme al sistema de sana crítica.

En lo que interesa a esta tesis, el legislador penal consagró expresamente, en el artículo 374, letra e), en relación con los artículos 342 y 297 del Código Procesal Penal, la nulidad de la sentencia cuando haya sido pronunciada con infracción de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a la sana crítica.

Así, no obstante la eliminación de la segunda instancia y la consagración de un sistema recursivo de carácter restringido, normativamente tanto el recurso de nulidad penal como el laboral consagraron causales expresas para el control por

parte de las Cortes de Apelaciones del cumplimiento de las reglas y parámetro de la sana crítica, permitiendo con ello un control indirecto en el establecimiento de los hechos por parte del juez del primer grado jurisdiccional.

Con todo, durante el proceso de implementación y consolidación de las reformas procesales señaladas y la interpretación y aplicación de las normas por los nuevos operadores del sistema, una de las principales dificultades y debate que se ha suscitado ha sido, precisamente, atendido el carácter restrictivo del nuevo recurso de nulidad, la determinación del ámbito y extensión del control de la sana crítica por parte de las Cortes de Apelaciones, entendiéndose, en general y bajo el llamado principio de “*intangibilidad de los hechos*”, que la valoración y fijación de los hechos es una cuestión que corresponde en exclusiva a los jueces del primer grado jurisdiccional.

Con motivo de lo anterior, y alegando la infracción por parte del Estado chileno de las exigencias y contenido mínimo del derecho al recurso consagrado por el Pacto de San José de Costa Rica y que ha venido siendo delimitado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos especialmente en los conocidos casos Herrera Ulloa c/ Costa Rica¹, Mohammed c/ Argentina², el año 2011, en el caso Norín y otros c/ Chile³, el Estado chileno fue demandado ante dicha Corte por considerar que el recurso de nulidad contemplado en el Nuevo Código Procesal Penal no cumplía con dichas exigencias.

Al efecto, y como se examinará en detalle más adelante, la parte reclamante sostuvo que el régimen de impugnación previsto en el Código Procesal Penal chileno no respeta las reglas del debido proceso, puesto que no permite una

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Sentencia “Mohamed vs Argentina.” p. 30. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf> [consulta: 23 de agosto de 2017].

² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Sentencia “Maritza Urrutia vs Guatemala.” p. 46. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf> [consulta: 23 de agosto de 2017].

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Sentencia “Norín Catrimán y otros vs. Chile.” p. 93. [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf> [consulta: 23 de agosto de 2017].

“revisión integral de la decisión”, estos es, de los hechos y el derecho, principio sentado por la misma Corte en la sentencia Herrera Ulloa c/ Costa Rica.

Sobre este punto del contencioso, las partes aportaron prueba contradictoria. La parte recurrente, por su parte, presentó cinco sentencias de Cortes de Apelaciones chilenas que restringían el ámbito de impugnabilidad a un nivel tal que no era compatible con el principio de la revisión integral. El Estado de Chile, por otro lado, presentó otras cinco sentencias de Cortes de Apelaciones que entendían la impugnabilidad en términos consistentes con el principio de la revisión integral.

En razón de lo anterior, la Corte Interamericana resolvió que no contaba con evidencia suficiente para afirmar que, desde un punto de vista normativo, la ley chilena era violatoria del principio del debido proceso, sino que se trata, más bien, de un problema que tiene que ver con la forma como las Cortes de Apelaciones aplican la norma y vienen entendiendo la extensión de sus facultades de control.

En esta línea, la propia Corte Interamericana realizó una recomendación al Estado chileno en orden a que los tribunales internos llamados a conocer de la impugnación de los fallos condenatorios penales hagan una interpretación de las normas que permita un control integral sobre la sentencia, incluyendo por cierto a los hechos en los cuales esta se fundamenta.

Partiendo de lo anterior y no obstante que el caso judicial ya fue resuelto, tanto de *lege data*, esto es, a fin de revisar el funcionamiento y aplicación de estas normas en el actual sistema penal, como de *lege ferenda*, esto es, en el contexto del diseño de un nuevo sistema de justicia civil actualmente en el Parlamento, resulta necesario y de gran utilidad indagar en el modo en que las Cortes de Apelaciones han venido efectivamente interpretando y aplicando las reglas legales señaladas, con relación a la mayor o menor amplitud de sus competencias para conocer de la impugnación de las sentencias definitivas de primer grado por control de sana crítica.

En definitiva, y junto con indagar en el efecto que la sentencia de la Corte Interamericana ha tenido en nuestro país después del caso Norín a partir del año 2014, es preciso verificar la forma como las propias Cortes de Apelaciones entienden y aplican sus facultades de control respecto del sistema de apreciación de la prueba conforme a la sana crítica y si el recurso de nulidad es un mecanismo de impugnación adecuado para dicho control que cumple con las exigencias establecidas por la Corte Interamericana en materia de derecho al recurso.

II. MARCO DE LA INVESTIGACIÓN.

1. Hipótesis de trabajo.

Delimitado el problema de investigación en los términos expuestos, como hipótesis de trabajo establecemos que las Cortes de Apelaciones del país, a través del recurso de nulidad penal, no han realizado un control satisfactorio de la racionalidad en la apreciación de la prueba y la aplicación de las reglas y parámetros de la sana crítica por parte de los tribunales de primer grado jurisdiccional.

La hipótesis descansa, así, en la idea de que el control que han hecho los Tribunales Superiores de Justicia es deficitario, por lo que para su comprobación o refutación es necesario acudir al producto del trabajo de esta clase de tribunales, esto es, sus sentencias.

2. Objetivo general y objetivos específicos de la investigación.

Siguiendo lo anterior, el **objetivo general** de la investigación es determinar el modo en que las Cortes de Apelaciones del país han interpretado la causal contenida en el artículo 374, letra e) del Código Procesal Penal, que permite el control de la valoración de la prueba realizada por los jueces del primer grado jurisdiccional en materia penal.

Como **objetivos específicos**, la investigación, nos proponemos:

- A)** Identificar y caracterizar los diversos criterios de interpretación que se han sostenido respecto de estas reglas legales.

- B)** Determinar las opciones interpretativas que han seguido las Cortes de Apelaciones del país en el período 2010-2016.

III. METODOLOGÍA UTILIZADA.

Para la consecución de los objetivos propuestos, el enfoque de la investigación realizada ha sido de tipo mixto, esto es, contiene elementos del enfoque cualitativo y también de aquel cuantitativo. Su alcance, por su parte, es descriptivo pues, sobre la base de unas categorías conceptuales ya establecidas, tiene por objeto indagar en el modo en que un fenómeno, esto es, la interpretación de unas determinadas reglas jurídicas por parte de las Cortes de Apelaciones, está teniendo lugar en un período dado —años 2010-2016— y lugar, como es Chile.

De manera sintética y según se detallará a continuación, en lo esencial la metodología para la realización de la tesis seguida ha consistido, en primer lugar, en la confección del marco teórico necesario para dar sustento a la tesis y que servirá de referencia para contrastar los resultados de la investigación, para lo cual hemos procedido al levantamiento, búsqueda, recopilación, fichaje y revisión de fuentes primarias y secundarias relevantes en la materia objeto de estudio en derecho nacional y comparado.

Como resultado de lo anterior, hemos identificado un catálogo de alternativas de interpretación de las normas legales que habilitan la revisión de la sentencia de primer grado respecto de la aplicación de la sana crítica, para luego determinar la forma y proporción en que son utilizados por la jurisprudencia.

A fin de abordar el examen de las sentencias de nulidad del período 2010-2016, se ha procedido, en segundo lugar, al diseño del instrumento o ficha para el levantamiento y recolección de los datos y a la construcción de una muestra aleatoria probabilística de sentencias que permita un análisis de resultados con un margen de error inferior al 5%, de manera tal que los resultados de la

investigación sean estadísticamente representativos y extrapolables a nivel nacional.

Con dicho objeto trabajamos y contamos con el apoyo metodológico del Ministerio de Justicia, a través de Felipe Opazo Inostroza, quien fue el profesional encargado del diseño y aplicación de dicho instrumento y la determinación de la muestra aleatoria de sentencias. A fin de obtener acceso al universo completo de dichas sentencias, solicitamos y contamos con las respectivas bases de datos, las que nos fueron facilitadas por el Poder Judicial a través de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (DECS), mediante transparencia activa.

A lo largo de casi 12 meses, y bajo la dirección de la Prof. Rivero como docente guía de la memoria y el apoyo metodológico de Felipe Opazo Inostroza, la investigación se desarrolló mediante el trabajo individual y conjunto de los 10 memoristas integrantes del equipo cuyo resultados fueron controlados semanalmente mediante la realización de talleres de seguimiento, simulación y discusión de los diversos temas que fueron surgiendo durante el curso de la misma. Uno de dichos talleres se dedicó en su totalidad a la validación experta de los criterios o tipologías de argumentos levantada, contando con la participación de los profesores Doctores en Derecho Flavia Carbonell Bellolio, de la Universidad de Chile y Carlos del Río Ferretti, de la Universidad Católica del Norte.

Durante este proceso, y junto con el levantamiento y construcción del marco teórico, a cada uno de los memoristas integrantes del equipo le correspondió la revisión aproximada de 300 fallos de nulidad y la correspondiente caracterización de las sentencias mediante el relleno de la ficha diseñada, todo lo cual justificó la necesidad de contar con un grupo suficiente de memoristas que permita hacer un levantamiento adecuado de la información que se pretende obtener.

El trabajo culminó, finalmente, con un taller de presentación y análisis de datos con el Ministerio de Justicia y la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, realizado el 11 de octubre de 2017 en la Facultad de Derecho, a fin de levantar y

extraer las principales conclusiones de la investigación realizada las que, en su mayoría, están recogidas en el apartado de conclusiones de la tesis.

Partiendo de lo anterior, las distintas herramientas para la recolección y análisis de información siguen la estructura de los objetivos específicos y se detallan a continuación.

1. Primer objetivo específico.

La determinación de las posibles interpretaciones de las normas legales relevantes se ciñe a la metodología de la investigación conocida como “dogmática jurídica”⁴, la cual aborda al fenómeno (las normas jurídicas) desde la perspectiva de los participantes (comunidad de operadores jurídicos) en un contexto espacial y temporal específico, todo lo cual se corresponde con el enfoque cualitativo⁵.

Siguiendo lo anterior, el marco general de referencia o marco teórico⁶ para este análisis está constituido por dos áreas conceptuales: la sana crítica como sistema de valoración racional de la prueba y el sistema de recursos —en este caso el recurso de nulidad penal— como instrumento para el control de dicho sistema de valoración en relación con las exigencias y contenido mínimo del sistema recursivo como parte de la garantía del debido proceso.

En lo que respecta a la sana crítica, se han revisado los textos de los autores especializados en el derecho procesal que sirven de referencia en los sistemas jurídicos de la tradición occidental. La función y contenido mínimo de los

⁴ La dogmática jurídica se ha definido como el “conjunto de los conceptos y de los enunciados dedicados a la clarificación y a la explicación del sentido de las normas, elaborados y a la vez verificables o refutables mediante el análisis del lenguaje legal, formulado en un lenguaje metalingüístico respecto de éste y que de él extrae dogmáticamente sus propias reglas de uso”. FERRAJOLI, L. 2008. La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos, en FERRAJOLI, L., ATIENZA, M., MORESO, J., La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Madrid-España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 52.

⁵ Para la determinación del enfoque y desarrollo metodológico de la investigación, hemos seguido a HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ-COLLADO, C., BAPTISTA, P. Metodología de la investigación, 4ª Edición, McGraw-Hill, México 2006. Estos autores entienden el enfoque cualitativo como aquel que “se enfoca a comprender y profundizar los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con el contexto”, p. 364.

⁶ Con relación al marco de referencia de la investigación, ob. cit., p. 354 y ss.

recursos, por su parte, se analiza sobre la base de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia en aplicación de las garantías contenidas en el Pacto de San José de Costa Rica.

El abordaje específico de las posibles interpretaciones de los textos legales chilenos se acomete mediante el estudio de:

- El contenido de los textos legales relevantes, esto es, los artículos 297⁷, 342, letra c)⁸ y 374 letra e)⁹, todos del Código Procesal Penal y los antecedentes histórico-legislativos que dieron lugar a su dictación.
- El modo en que su contenido es entendido por la comunidad nacional, a través de los autores nacionales que han abordado la materia.
- El modo en que los jueces de las Cortes de Apelaciones expresan los fundamentos de sus decisiones al resolver los recursos de nulidad interpuestos.

La consideración conjunta de estos elementos, nos ha permitido construir conceptualmente las alternativas de interpretación en unos términos que sean, al mismo tiempo, consistentes con los textos jurídico-positivos vigentes, y reconocibles en el lenguaje efectivo utilizado por los sentenciadores. La construcción conceptual obtenida, ha sido sometida, finalmente, a validación experta. En este caso se trata de los profesores Doctores Carlos del Río Ferretti,

⁷ **“Artículo 297.- Valoración de la prueba.** Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida (...).

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

⁸ **“Artículo 342.- Contenido de la sentencia.** La sentencia definitiva contendrá:

c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.

⁹ **“Artículo 374.- Motivos absolutos de nulidad.** 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)”.

de la Universidad Católica del Norte y Flavia Carbonell Bellolio, de la Universidad de Chile.

2. Segundo objetivo específico

Habiéndose identificado las alternativas de interpretación posibles, para la recolección de datos acerca de la proporción que cada una de ellas representa dentro del acervo jurisprudencial, se siguieron los siguientes pasos:

- A) Diseño del instrumento de levantamiento de datos
- B) Construcción de una muestra probabilística de sentencias
- C) Caracterización de las sentencias mediante el instrumento diseñado
- D) Análisis de datos y conclusiones

A continuación, se detallan las acciones que se siguen en cada uno de ellos.

A) Diseño del instrumento de levantamiento de datos

El instrumento permitirá adscribir a cada sentencia examinada un conjunto de valores que permitan caracterizar al caso individual (Corte de Apelaciones, fecha del fallo, género de los integrantes, existencia de voto disidente, etc.) y otros que caractericen la decisión conforme a las alternativas de interpretación fijadas de acuerdo al objetivo específico precedente.

El instrumento consiste en una ficha electrónica que permitirá estructurar los datos recogidos en forma automática, de modo de facilitar la tabulación y análisis de los resultados.

B) Construcción de una muestra probabilística

Para la construcción de la muestra se seguirán los siguientes pasos:

- La información disponible, proporcionada por el Poder Judicial permite identificar individualmente los fallos dictados por las Cortes de Apelaciones del país en materia de nulidad penal entre los años 2010 y 2016.
- No todos esos fallos se ocupan de la cuestión que es objeto de la presente investigación, de modo que no resultan adecuados para configurar el universo de datos en relación con los cuales se identificarán las alternativas de interpretación.
- En razón de lo anterior, se aplicó una revisión de una muestra representativa de la totalidad de fallos de cada año, destinada a conocer qué proporción del total de fallos de nulidad se ocupan de la materia que interesa a la investigación, en otros términos, cuántos fallos permiten identificar la alternativa de interpretación que utilizan los sentenciadores para resolver un recurso de nulidad.
- Consecuencialmente, para cada año se selecciona una muestra que permite determinar, con un 95% de confiabilidad y un margen de error de 5%, la cantidad de fallos en que es posible identificar la alternativa de interpretación que utilizan los sentenciadores. Esta cantidad (especificada para cada año) constituye el universo de datos respecto del cual se harán afirmaciones basadas en técnicas de estadística inferencial.
- Para cada año se determina el tamaño requerido de una muestra, de modo tal que se puedan hacer observaciones respecto del universo con un 95% de confiabilidad y no más de un 5% de margen de error.
- Fijado el tamaño de la muestra, los fallos son buscados uno a uno dentro del total de fallos dictados para cada año hasta completar el tamaño muestral deseado. En dicha búsqueda se utiliza una herramienta que

asegura la aleatoriedad de la selección, de modo que todas las sentencias tienen la misma posibilidad de ser seleccionadas dentro de la muestra.

- Lo anterior implica la construcción de 7 muestras, una para cada uno de los años comprendidos en el período 2010-2016.

C) Aplicación del instrumento a las sentencias de la muestra

Mediante la ficha, se caracterizarán todos los fallos de cada una de las muestras. Todos los datos recogidos son compilados en una base de datos estructurada.

D) Resultados y análisis de los datos.

Recogidos y tabulados los datos, se determinará qué interpretaciones de las normas legales han sido utilizadas por las Cortes de Apelaciones de Chile en cada uno de los años comprendidos en el estudio, en la materia penal.

IV. ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.

Como se ha indicado precedentemente, la investigación determinará, para un elenco dado de alternativas de interpretación de los textos legales, cuáles y en qué proporciones han sido escogidas por las Cortes de Apelaciones de Chile durante el período comprendido entre 2010 y 2016.

Los datos permitirán observar la eventual existencia de una evolución de la tendencia jurisprudencial a lo largo del tiempo.

La posibilidad de hacer segmentaciones adicionales dependerá de la existencia de resultados similares entre los grupos muestrales, que permitan adicionarlos entre sí generando tamaños suficientes para que las nuevas segmentaciones puedan tener representatividad suficiente. Por lo anterior, si se observan diferencias o tendencias de evolución significativas entre las muestras, la única segmentación será aquella temporal.

Tampoco es un objetivo de la investigación, y consecuentemente no se podrán obtener conclusiones al respecto, la determinación de la opción interpretativa correcta de entre aquellas disponibles. El estudio sólo intenta mostrar la participación que cada una de ellas tiene en el universo de sentencias.

V. AGRADECIMIENTOS

La presente memoria para la obtención del grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas constituye un trabajo inédito en razón del enfoque metodológico de corte esencialmente cuantitativo empleado —de utilización poco usual en el ámbito de las Ciencias Jurídicas—, siendo resultado de un trabajo en equipo que ha contado con el apoyo y colaboración de diversas personas e Instituciones.

En esta línea, queremos agradecer, en primer lugar a nuestra Facultad, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y en particular el Departamento de Derecho Procesal, su Director y funcionarios, que han creído en este proyecto y ha apoyado su ejecución facilitado los medios humanos y materiales necesarios e imprescindibles para la conclusión exitosa de la investigación.

Agradecemos, asimismo, al Ministerio de Justicia, a través de la Unidad de Coordinación y Estudios, por el interés en el tema y desarrollo de esta investigación y el apoyo metodológico prestado. En particular, nuestros agradecimientos a Mónica Naranjo, Nicolás Muñoz, Hermann Schwaderer y Verónica de la O, por la asistencia, participación y valiosos comentarios aportados en los talleres de seguimiento y resultados realizados con el equipo de investigación.

De manera especial y principal, nuestro reconocimiento a Felipe Opazo Inostroza, quien inicialmente como profesional del Ministerio de Justicia y luego a título personal, fue el encargado del diseño y ejecución impecable de la metodología seguida para el desarrollo de esta investigación y en particular de la construcción de la muestra aleatoria de sentencias a utilizar para el examen, el diseño de los instrumentos necesarios para la recolección de datos y de la

obtención y análisis de los robustos resultados obtenidos, apoyando, asimismo, a la dirección de la investigación y al equipo de estudiantes en cada uno de los pasos a seguir, así como en la resolución de las dudas y no pocos problemas que surgieron durante el curso del trabajo.

Agradecemos, por su parte, a la Dirección de Estudios de la Corte Suprema por la ayuda prestada para la obtención de las bases de datos con las sentencias de nulidad dictadas por las Cortes de Apelaciones del país en materias penal desde el año 2010 a 2016, indispensables para poder llevar a cabo la investigación, así como por el interés y participación en el taller de resultados realizado al término de la investigación.

Nuestra gratitud, asimismo, a los profesores Dr. Carlos del Ríos Ferretti, de la Universidad Católica del Norte y la Dra. Flavia Carbonell, de la Universidad de Chile, por su tiempo y valiosa participación y aporte en el taller realizado con el equipo de trabajo, el que resultó fundamental para la validación experta de la tipología de criterios jurisprudenciales levantados para acoger y rechazar los recursos de nulidad por control de sana crítica.

Finalmente, agradecemos a todos quienes hicieron posible esta tesis. Especialmente a la profesora Renée Marlene Rivero Hurtado, a Felipe Opazo Inostroza y, por sobre todo, a nuestras familias, quienes nunca dejaron de creer en nosotros.

CAPÍTULO I. LA SANA CRÍTICA COMO SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

I. CUESTIONES PREVIAS. UNA REVISIÓN A LAS INSTITUCIONES QUE CIMIENTAN EL CONCEPTO DE SANA CRÍTICA EN EL SISTEMA CONTINENTAL.

Valorar la prueba significa la determinación de los hechos que hace el juez, en virtud de los medios de prueba aportados por las partes, por lo tanto podemos decir que: *“Los sistemas o reglas de valoración de la prueba son aquellos destinados a determinar la eficacia probatoria de los diversos medios de prueba”*¹⁰.

Doctrinariamente se han reconocido dos sistemas de valoración de la prueba:

El Sistema de Prueba Legal o Tasada, en el cual es el legislador quien de forma previa establece el valor probatorio que el juez debe asignar a cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, para determinar la existencia de los hechos.

El Sistema de Prueba Racional o Libre Apreciación de la Prueba, en el, es el juez quien determina el valor probatorio que tendrá la prueba para el caso en concreto. Dentro de este sistema, es posible encontrar dos subsistemas:

La íntima convicción, en virtud de la cual “el juez aprecia la prueba y determina su valor para formar su convicción, pero no es necesario que exteriorice los fundamentos que tuvo para ello en su sentencia”¹¹, es decir, el juez valora con absoluta libertad, sin estar sometido a regla alguna.

Por otro lado, la sana crítica, “en la que el juez aprecia la prueba y determina su valor para formar su convicción debiendo seguir para ello determinados criterios objetivos de carácter general, y debe exteriorizar en la

¹⁰ MATURANA MIQUEL, C. 2009. Separata Aspectos Generales de la Prueba. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p.206.

¹¹ Ídem. p.208.

sentencia los fundamentos que tuvo para ello”¹², por lo tanto, en este sistema el juez no posee la absoluta libertad que mencionamos en la libre convicción, ya que debe fundamentar su decisión utilizando los principios de la lógica y las máximas de la experiencia.

Estos sistemas han convivido durante toda la historia, predominando uno más que el otro en los distintos periodos históricos, pudiendo observar que actualmente prima el sistema de Libre Apreciación, especialmente en lo relativo a la Sana crítica.

Esta tendencia se ha dado como una reacción frente a todos los excesos que se pudieron observar durante la Edad Media y Edad Moderna con el sistema de valoración legal y como una manera de recuperar el objeto de la prueba de la búsqueda o averiguación de la verdad.

Para entender cuáles son las ideas que tradicionalmente se han entendido como noción de "sana crítica" (por un lado máximas de experiencia y por el otro principios lógicos), y por otra parte, la historia de la idea normativo-jurídica del concepto de "sana crítica", es necesario remontarse a su origen.

Para dar cuenta de la historia de las nociones de "máximas de experiencia" y "principios lógicos" y su vinculación con el Derecho, para Benfeld habría que seguir la tesis doctoral de Gustavo Cuello Iriarte, titulada “La sana crítica. Sistema de valoración de la prueba judicial” la cual se remonta hasta los tiempos de Aristóteles para dilucidar el origen de tales ideas. Sin embargo, para esclarecer el origen del término normativo-jurídico "sana crítica" no es necesario remontarse a la Grecia Clásica sino simplemente al derecho español de fines del siglo XIX”¹³.

¹² *Ibíd.*

¹³ BENFELD, J. 2013. Los orígenes del concepto sana crítica. [en línea] Revista de estudios históricos – jurídicos (Valparaíso) N. 35 < http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552013000100018&script=sci_arttext> [Consultado: 27 de agosto, 2017].

En derecho español, el inicio de esta idea problemática según Nieva Fenoll¹⁴ surge en el reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración, de 1846, en el cual disponía en su artículo 148 que los testigos podían ser examinados y calificados sus dichos por el referido Consejo conforme a las reglas de la sana crítica¹⁵.

Esta misma nomenclatura, luego pasó a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que dispuso en el artículo 317 que "*Los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos*" y luego se trató de precisar más la idea en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, que dispuso en su artículo 659 que "*los jueces y tribunales apreciará la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de la ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran*"¹⁶.

Para Benfeld, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, introdujo un concepto genérico y, por lo mismo, comprensivo de las máximas de sana crítica ya presentes en el acervo jurídico español y, por esa misma razón, fueron varios los autores españoles que se apresuraron en dotar de contenido a la esquivada noción de sana crítica indicando con claridad cuáles eran en definitiva sus reglas, las cuales serían:

- a) No creer los dichos de un solo testigo, aunque éste sea imparcial y de buena fama, pues es fácil que uno solo se equivoque;
- b) Vale más el testimonio de dos o más testigos contestes, de buena fama y sin interés, que el testimonio de dos o más que no reúnen los antedichos requisitos;
- c) El testimonio de dos o más testigos imparciales hará plena prueba cuando no se haya desvirtuado por otros medios probatorios;

¹⁴ NIEVA FENOLL, J. 20110. La valoración de la prueba. Madrid, Marcial Pons. pp. 88-90.

¹⁵ BENFELD, J. 2013. Ob. Cit. p. 571.

¹⁶ Ídem. p. 572

- d) Si entre los testigos hay contradicción ha de estarse a los dichos de aquellos testigos que hayan sido coherentes y consistentes con sus dichos;
- e) Si todos los testigos gozan de las mismas buenas cualidades, el juez ha de descartar la testimonial para ambas partes¹⁷. Además, a estas reglas muy concretas, hay que añadir todas aquellas que en la especie disponen las Partidas y que ya hemos indicado.

Sin embargo el mismo autor señala que la jurisprudencia y una gran parte de la doctrina pensó, a diferencia de la anterior posición, que mediante la noción de sana crítica simplemente se derogaban las normas de las Partidas y de paso se le entregaba al juez la libertad más absoluta para ponderar la prueba testimonial de acuerdo a su prudente criterio.

Con el tiempo prevaleció este criterio doctrinal y jurisprudencial y la consecuencia inmediata de tal interpretación fue que de manera uniforme, a partir de la década de 1860 hasta 1880, el Tribunal Supremo de Justicia de España procedió a rechazar todo recurso de casación en el fondo que tuviera por fundamento que el juez había fallado en contravención a las reglas de la sana crítica, entendiendo por tales ya no las que formaban parte de la tradición jurídica de las Partidas¹⁸.

En resumen, Benfeld sostiene que, la noción de sana crítica no tuvo por norte introducir en el ámbito procesal civil español las ideas de la íntima convicción francesa ("intime conviction") o la valoración libre de la prueba alemana ("freie Beweiswürdigung"), con el tiempo la práctica forense y una parte de la doctrina fueron aproximando la noción a tales ideas de cuño extranjero, cuestión que se tradujo en una serie de problemas derivados de la indeterminación de la idea. A

¹⁷ MANRESA.Y NAVARRO, J; MIQUEL, I. Y REUS, J. 1856. Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada. Madrid, Editorial Imprenta de la Revista de Legislación. p. 391-392.

¹⁸ Para un análisis de la jurisprudencia de la época véase: SÁNCHEZ DE MOLINA, J. 1871. El Derecho civil español, Madrid, Imprenta de DJL Vizcaíno. pp.301-313.

favor de esta interpretación juega la recepción que tuvo el concepto de sana crítica en la nueva ley de enjuiciamiento civil española de 1881.

En Derecho Alemán y la denominada “freie Beweiswürdigung”, por su parte, se dio la discusión entre la búsqueda de la verdad formal o la verdad material.

El establecimiento del sistema de Libre Valoración, surgió con la discusión sobre la función que debía cumplir el jurado al momento de valorar la prueba, dado que los autores estimaban que este no motivaba los veredictos y se limitaba a valorar en conciencia, sin ningún tipo de razonamiento lógico, defendiendo el sistema de valoración legal o tasada.

Pero esta afirmación no era absoluta, ya que la valoración en conciencia no significaba arbitrariedad o irreflexión, sino que el valor que debía tener la motivación o fundamentación contenida en la sentencia debía ser capaz de “permitir la apelación ante el tribunal superior, aludiendo expresamente al hecho de que las reglas que debe seguir el juez en la valoración libre son las leyes del pensamiento, así como su propio conocimiento y experiencia”¹⁹.

La discusión se centra principalmente en si con la valoración de la prueba se pretende encontrar la verdad material (la labor probatoria tiene por objeto lograr la verdad real de cómo sucedieron los hechos) o la verdad formal (en la cual se entenderán como acaecidos únicamente los hechos acreditados en el expediente).

Y finalmente se llegó a la conclusión que con un sistema de valoración libre la actividad de fundamentación se volvía mucho más compleja para el juez que con la prueba legal o tasada, ya que con el nuevo sistema el juez necesariamente debía averiguar la verdad de los indicios aportados por las partes a través de sus medios probatorios y acreditar que estos permitían concluir las reclamaciones de las partes, lo que llevaba a que no bastaba con averiguar la verdad, sino que además se debía hacer uso de la lógica del pensamiento, por lo tanto se impuso la idea de que lo que se busca con la valoración de la prueba es la verdad material.

¹⁹ NIEVA FENOLL, J. 2010. Ob. Cit. p.80.

En resumen, en el derecho alemán el juez es libre para valorar la prueba, pero esto no significa que lo hace sin ningún límite, de hecho los límites del juez están en el correcto uso de las máximas de la experiencia y en la prohibición de arbitrariedad.

Por lo tanto, se establece como “finalidad de la prueba en la “completa convicción del juez”, es decir, un grado tan alto de verosimilitud que no dejaría duda a ningún hombre razonable”²⁰.

²⁰ Ídem. p.85.

II. LA SANA CRÍTICA EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA. PRINCIPALES CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN.

1. Caracterización general: objetividad, fundamentación y parámetros racionales.

Ha prevalecido en la doctrina la tendencia por definir a la institución jurídica de Sana crítica como aquel sistema de valoración probatoria cuyo origen se enmarca en el Sistema de Libre Convicción Judicial, según los elementos que la compondrían en su núcleo, vale decir, los denominados parámetros racionales, reconociendo, asimismo, como marco articulador del proceso discursivo, a criterios de objetividad y la obligatoriedad de fundamentar la decisión judicial pronunciada.

En esta línea, el profesor Hugo Alsina, sostiene que *“Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”*²¹.

Por su parte Couture define las reglas de la sana crítica como *“Las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”*²².

En nuestro derecho, Horvitz y López entienden a la sana crítica como aquel sistema *“Caracterizado por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el labor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión, haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”*²³.

²¹ ALSINA, H. 1956. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires, EDIAR. p.127. v

²² COUTURE, E. 1979. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Buenos Aires, Ediciones Depalma. p.195.

²³ Ídem. p.108.

Por su parte, en palabras del profesor Joel González, *“Lo que informa o inspira a la sana crítica es la racionalidad. La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera, que conduzcan sin violencia, sin salto brusco, a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón”*²⁴.

Finalmente, para Maturana Baeza, la sana crítica es aquel *“sistema de valoración de la prueba en que el juez aprecia libremente la prueba rendida en autos, atendiendo a criterios objetivos y sujeto al respeto de parámetros racionales como los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, debiendo fundamentar su valoración, exponiendo las razones, tenidas en consideración para estimar o desestimar todas las pruebas”*²⁵.

Así pues, puede señalarse que los conceptos tradicionales de Sana crítica la definen en tanto descripción de las reglas que la contienen (límites internos), no configurando un relato en tanto concepto situado y dotado de historicidad, y asimismo, no aluden a cómo sus límites internos se ven aportados de contenido extra-jurídico.

En términos generales, valorar consiste en determinar si, a la vista de las pruebas disponibles, hay razones para dar por verdaderas (o probables en grado suficiente) ciertas afirmaciones, entonces es necesaria (y posible) la motivación, es decir, la exposición de las razones que apoyan la verdad de esas afirmaciones.

La motivación es un género de justificación contenida en la sentencia. Para determinar su alcance hay que ahondar en las relaciones entre descubrimiento y justificación.

²⁴ GONZALEZ, J. 2006. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N.1. pp. 93 – 107.

²⁵ MATURANA BAEZA, J. 2014. Sana crítica: Un Sistema de Valoración Racional de la Prueba. Tomo I. Santiago, Thomson Reuters. p.107.

El descubrimiento es la operación por medio de la cual es posible afirmar como verdaderos ciertos hechos controvertidos, en cambio “la justificación es la aportación de las razones por las que esas aserciones pueden entenderse verdaderas (o probables en grado suficiente)”²⁶; en efecto dichas razones son criterios de validación de los enunciados por lo que constituyen criterios de valoración racional.

Cabe destacar que “la motivación puede no coincidir exactamente con el descubrimiento, porque en éste pueden aparecer elementos arracionales de los que no puede hacerse cargo aquélla”²⁷. Por lo que la motivación deviene depurador de la actividad del juez, ya que su convicción inicial puede ser modificada a la hora de fundar su decisión únicamente por medio de argumentos racionales.

Es posible categorizar dos técnicas de motivar los hechos, un modo analítico y uno globalizador.

“La técnica analítica entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión”²⁸. En cambio, la técnica globalizadora u holística, consiste en “una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa”²⁹.

Un sistema de Sana Crítica, en el contexto de una democracia deliberativa, en virtud de la importancia que este sistema político otorga a las condiciones de comunicación y a los procedimientos que otorgan a la formación institucionalizada de la opinión, requiere un sistema de motivación analítica, ya que es en general, el

²⁶ GASCÓN, M. 2003. La prueba judicial: valoración racional y motivación. Universidad de Castilla-La Mancha. p.17. [en Línea] < <http://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>. > [Consultado: 27 de agosto, 2017].

²⁷ Ídem. p. 19.

²⁸ Ídem. p. 20.

²⁹ Ibídem.

único estilo de motivación que permitiría verificar seriamente la corrección del lenguaje y en particular, capaz de *“controlar exhaustivamente la entrada en la sentencia de elementos probatorios inaceptables o insuficientemente justificados; controlar todas las inferencias que componen la cadena de justificación”*³⁰.

Sin motivación de la sentencia no existe seguridad alguna de que se hayan utilizado criterios racionales en la valoración, sin ella no hay forma de determinar la omisión de criterios subjetivos o de íntima convicción. Por ello, no es antojadizo concluir que la motivación fáctica de la sentencia es consustancial a una concepción racional del principio de libre valoración de la prueba.

Además, es imperioso señalar que la fundamentación opera como garantía contra la discrecionalidad judicial, puesto que la exteriorización de los argumentos utilizados por el sentenciador, vuelven su actividad susceptible de ser interpretada, criticada y recurrida.

Es necesario advertir que la inmediación, es decir la intervención personal y directa del juez en la práctica de la prueba, es situada como condición necesaria a la libre valoración, bajo la creencia de que solo la actividad empírica directa impide restricciones externas a la libertad valorativa del juez. Aquella proscripción es negada por quienes afirman que *“las “impresiones” recibidas por el juez no pueden ser comunicadas, con lo cual la libre valoración, interpretada con el tamiz de la inmediación, se carga de irracionalidad y subjetivismo y anula por completo la posibilidad de motivar”*³¹.

La contradicción entre el grado de probabilidad alcanzado por una prueba en concreto y el valor que el legislador asigna a dicha prueba puede provocar insuficiencia en el peso de los argumentos para fundar la sentencia. Su antípoda, la libre convicción *“proscribe que deba darse por probado lo que a juicio del juzgador todavía no goza de un grado de probabilidad aceptable”*³². Por lo que es

³⁰ Ídem. p. 21.

³¹ Ídem. p.16.

³² Ídem. p. 9.

permisible concluir que *“no es por tanto un criterio (positivo) de valoración alternativa al de las pruebas legales, sino un principio metodológico (negativo) que consiste en la negación de la fiabilidad de la prueba legal o tasada”*³³.

Puesto que un principio metodológico negativo no determina pautas ni criterios positivos de valoración, por ello es indispensable determinar qué criterios de valoración son racionales.

Ya que valorar es evaluar la aceptabilidad de las informaciones introducidas en el proceso –información contenida en los medios de prueba – en tanto las hipótesis inferidas han de ser consideradas aceptables cuando su grado de probabilidad sea suficiente, los criterios racionales de valoración tienen por objeto verificar la corrección de los enunciados, así como determinar su probabilidad.

La profesora Marina Gascón, identifica dos modelos de valoración racional de la prueba: a) la aplicación de métodos o instrumentos matemáticos; b) y los esquemas de confirmación. La probabilidad matemática se interpreta en términos de frecuencia relativa, utilizando un método estadístico; en cambio los esquemas de confirmación en tanto sistema de probabilidad lógica o inductiva *“se corresponde con el uso común de “probablemente”, “posiblemente”, “presumiblemente” algo es verdad, y se predica de proposiciones y no de sucesos”*³⁴.

Respecto al sistema de confirmación de hipótesis: estas pueden ser aceptadas como verdadera *“si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos”*³⁵.

De tal modo son identificables tres principios:

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ídem.* p. 10.

³⁵ *Ídem.* p. 11.

- No-refutación: Una hipótesis es refutada cuando está en contradicción con la prueba
- Confirmación: El grado de confirmación de una hipótesis es pues equivalente a su probabilidad, entendida como la credibilidad de la hipótesis en virtud de los conocimientos disponibles.
- Mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos: Se aplican aquí las denominadas reglas de valoración de la prueba respecto al costo de no acreditar suficientemente los hechos (carga material de la prueba) por lo que confirma la hipótesis que esté mayormente verificada según el estándar de diligencia probatoria.

Es posible concluir que la hipótesis debe justificarse demostrando que las pruebas disponibles la hacen más probable que cualquier otra hipótesis concordante con las mismas pruebas. Además el grado de certidumbre es solo de probabilidad, por lo que, debería estar sujeta a revisión, especialmente si surgieran nuevas pruebas.

Del estudio de la motivación, es fácil suponer que el objeto de ese ejercicio es exponer a verificación la racionalidad de la fundamentación. Dicha racionalidad intersubjetivamente determinada está delimitada por parámetros racionales por lo que constituyen el límite interno del sistema de sana crítica, los cuales regula el legislador proscribiendo que la valoración no puede oponerse a ciertos límites racionales, en particular a las reglas de la lógica, el conocimiento científicamente afianzado y a las máximas de experiencia.

Del recién citado límite interno de la sana crítica podemos identificar una dimensión epistémico-cultural y otra lingüístico-interpretativa. La primera se refiere a la decisión sobre el grado de certeza que otorgan los datos usados en el razonamiento probatorio, dirimiendo si una prueba cuenta o no con suficiente validez para la generación de un discurso no ficcional en tanto tenga forma reconocida como soporte válido; en cambio la segunda obedece a las reglas

formales que determinan las formas correctas de utilizar el lenguaje, así como modos de razonamiento válidos ante terceros.

En principio no hay razones para interpretar las expresiones 'reglas de la lógica' o 'principios de la lógica' usada por las leyes estén restringidas a la lógica clásica. Por lo cual son aceptables reglas provenientes de otros sistemas lógicos, verbigracia lógicas no monotónicas.

En tanto dimensión, lingüístico-interpretativa *“las reglas de la lógica no suministran información sobre el mundo o sobre la realidad, sino que instituyen los límites del ejercicio del razonamiento”*³⁶. De este modo, la lógica opera verificando la razonabilidad de la dimensión epistémico-cultural; por ello las reglas de la lógica nos permiten corroborar que formas argumentativas pueden ser calificadas de correctas o posibles en un determinado contexto social.

La dimensión epistémico-cultural importa el saber empírico generado en la esfera pública, sea mediada por un método investigativo con pretensiones de universalidad o en forma espontánea en una determinada idiosincrasia.

Entendiendo la ciencia como un conjunto heterogéneo de discursos, formulados por grupos de expertos que gozan de prestigio social, adquiridos por un método particularmente definido, sobre ciertas áreas del conocimiento, para motivar un hecho por medio del conocimiento adquirido por medio del método científico, es necesaria que la información constituya conocimientos afianzados.

Esto importa que estén consolidados de modo incuestionable en un sentido sincrónico. El estatus de indiscutibilidad en una consecuencia de consenso de la comunidad científica, en virtud de su reconocimiento social como operadores válidos del método científico.

La especialidad y complejidad del conocimiento científico determinan que aquel conocimiento aporte verdades de dicto y no de facto. La diferencia radica en

³⁶ COLOMA, R. y AGÜERO, C. 2014. Lógica, Ciencia y Experiencia en la Valoración de la Prueba. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 (2). p. 682.

cómo se adquiere el conocimiento. *“Un conocimiento es de dicto, cuando no es accesible directamente sin la intermediación de un marco cultural”*³⁷ de modo tal que el reconocimiento último del conocimiento importa un argumento de autoridad, puesto a que el lego en ciencia no puede verificar por sí la verdad de los enunciados; en cambio, el conocimiento de facto es producto de la capacidad sensorial para percibir los hechos externos.

El conocimiento de dicto genera en la praxis algunos predicamentos, por ejemplo, el problema de juzgar resultados periciales parcialmente incompatibles. El sentenciador para poder dirimir este conflicto debe recurrir a criterios extra-sistémicos al discurso científico para verificar la validez de cada peritaje (y en vía consecencial de los hechos acreditados por cada prueba pericial). Dentro de dichos criterios podemos señalar a la comprobación del uso de aparatos de última generación, la capacidad de repetir el test en igualdad de condiciones o la ética del trabajo previo del perito.

Para Stein, a quien se debe la introducción en el derecho procesal del concepto máximas de experiencia, estas *“son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”*³⁸.

A su vez, Couture las define como *“normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”*³⁹.

³⁷ Ídem. p. 686.

³⁸ STEIN, F. 1988: El conocimiento privado del juez (traduc. de DE LA OLIVA SANTOS, A.). Bogotá, Editorial Temis. p.188.

³⁹ COUTURE, E. 1966. Ob. Cit. p. 192.

Por último Calamandrei, las define como aquellas “...extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública...”⁴⁰.

Ambas definiciones no otorgan criterios de cómo utilizar las máximas de la experiencia ni determinan el contexto sobre el cual se puede realizar el proceso inductivo propuesto. Re-conceptualizando el concepto de máximas de la experiencia, estas son saberes que se articulan por medio de actos de habla informales en la esfera pública, institucionalizados en el proceso, aportando información que circunscrita a la valoración, que opera como garantía de la validez del razonamiento inferencial del sentenciador.

La experiencia permite atribuir intenciones a quienes se encuentren en situaciones equiparables a las vividas por otros integrantes del grupo, ya que lo habitual es la regularidad de las acciones de las personas en un contexto cultural dado. En este sentido, las máximas de la experiencia permiten justificar por qué la acción de una persona es extraña, irrazonable o contraria al sentido común.

Un potencial riesgo es confundir a las máximas de la experiencia con el sentido común, respecto a este último concepto, la doctrina indica que aborda asunciones necesarias para mantener una visión inteligible y explicable del mundo o “*máximas culturales o de conocimientos compartidos*”⁴¹.

Para una cabal determinación de las máximas de la experiencia – situándolas como experiencias colecticas enmarcadas en la esfera pública -es necesario distinguirla de los fenómenos individuales y privados, demostrando la ineficacia de estas experiencias para ser objeto de una aplicación heurística por vía inductiva.

La experiencia individual es aquella que le ha ocurrido a un sujeto o a un grupo reducido de sujetos, de modo que no existe un banco de información útil para realizar una inducción válida; en cambio las “*experiencias colectivas pero*

⁴⁰ CALAMANDREI, P. 1961. Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina. P. 381.

⁴¹ COLOMA, R. y AGÜERO, C. 2014. Ob. Cit. p. 690.

*cuyo conocimiento es privado no generan máximas de la experiencia porque no son generalizables*⁴². Sobre dicho saber no puede haber deliberación alguna por lo que no es socialmente validado, por lo que no es posible evitar la carga argumental sobre ellas.

Como prevención final, es necesario indicar que los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia operan sobre los significados o en el contenido del mensaje por lo que al operar en el mismo nivel discursivo, son susceptibles de entrar en contradicción.

No es descabellado argumentar que ideológicamente y en pos de la división del trabajo, lo dicho por especialistas sea socialmente más valorado que lo que puede señalar cualquier miembro de la comunidad sin conocimientos especializados. Afirmar como cierta aquella aseveración importa dar un rol primordial al conocimiento institucionalizado por sobre el social y espontáneo, sin mediar los niveles de legitimación y prestigio que se puedan dar en el caso concreto, por lo que frente a dicha tensión, el juzgador debe atender a los límites externos de la sana crítica para verificar y motivar qué criterio racional ha de primar.

⁴² Ídem. p. 692.

2. Concepto de sana crítica.

Tal como se ha visto en el párrafo anterior, la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica ha sido un tema bastante discutido por la doctrina. Por ello, a continuación nos referiremos a las distintas posturas y definiciones que han dado los autores, tanto nacionales como extranjeros, respecto al concepto de la sana crítica, las reglas que la componen, los elementos objetivos o parámetros racionales a los cuales el juez se encuentra limitado al valorar conforme a este sistema y el ámbito de control que poseen los tribunales superiores cuando conocen sobre una sentencia que se ha dictado conforme a la sana crítica.

La doctrina no está conteste en la definición de la Sana crítica, y luego de un estudio de varios autores, podemos señalar que existen diversas formas de definirla, así podemos encontrar definiciones desde un punto de vista prescriptivo, también desde un punto de vista analítico y desde un punto de vista operativo.

De lo anterior, se efectuó una diferenciación entre “*Reglas de Sana crítica*”, principios que deben estar presentes como límites externos a todo sistema racional de valoración de la prueba y los “*Parámetros Racionales*”.

A) Concepto prescriptivo de Sana crítica.

En estos conceptos los autores definen la Sana crítica principalmente como un correcto razonar mediante la utilización de los parámetros objetivos de los principios de lógica y las máximas de la experiencia. Así podemos observar definiciones como las siguientes:

Taruffo nos señala que “*se trata de las reglas que marcan la forma correcta de razonar, y que incluyen el sentido común, la lógica, así como las reglas de la argumentación, es decir, normas que evocan criterios de análisis, de reglas válidas, correctas y no de criterios que sean casuales o subjetivos. Ciertamente, alrededor de la sana crítica existe mucha literatura que ustedes seguramente*

*conocen, pero el núcleo de este concepto es muy claro: obligar al juez a la sana crítica significa obligarlo a ser racional*⁴³.

En el mismo sentido es posible encontrar la definición de Couture, antes vista, quien expresa *“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba”*⁴⁴. Asimismo señala que *“este concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última”*⁴⁵.

Por otro lado, Laso señala que *“(…) la sana crítica –que ha sido definida como las “reglas del correcto entendimiento humano” por Couture– es un sistema de valoración libre de la prueba pues el juez no está constreñido por reglas rígidas que le dicen cuál es el valor que debe dar a esta, pero tampoco decide únicamente en base a los dictámenes de su fuero interno”*⁴⁶.

En el mismo sentido, el autor concluye que *“la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, no es más que la formalización en el ámbito legal del razonamiento de sentido común. Nada de especial hay en exigir a los jueces que fundamenten sus decisiones en base a la lógica y la experiencia, desde que eso es lo que se espera que toda persona racional haga día a día en las más variadas circunstancias de su vida”*⁴⁷.

⁴³ TARUFFO, M. 2012. Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid: Marcial Pons. p.76

⁴⁴ COUTURE, E. 1958. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. (3ª. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma. p. 270.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ LASO, J. 2009. Lógica y Sana crítica. Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N°1. p.144.

⁴⁷ *Ídem*. p.162.

B) Concepto analítico de Sana crítica.

Los autores han utilizado como técnica dentro de sus textos la de analizar los componentes que forman la sana crítica, en razón de su utilidad al objetivo del sistema, que es valorar la prueba integrada al proceso.

Así, como se vio anteriormente, Maturana señala que *“la sana crítica puede definirse como aquel sistema de valoración de la prueba en que el juez aprecia libremente la prueba rendida en autos, atendiendo a criterios objetivos y sujeto al respeto de parámetros racionales como los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, debiendo fundamentar su valoración, exponiendo las razones, tenidas en consideración para estimar o desestimar todas las pruebas”*⁴⁸.

En este mismo sentido Rivera expone que en *“desacuerdo con la libre convicción o apreciación, la sana crítica supone métodos, reglas de lógica, reglas de experiencia, e incluso reglas sociales, costumbres, etc., que permitan al juez valorar y apreciar una realidad jurídica determinada. Esa realidad deviene de una situación histórica concreta que produce muchas determinaciones, por ello el juez tiene que hacer una apreciación integral, en la cual estén presentes los métodos del pensamiento, todo acervo probatorio y las determinaciones sociales, psicológicas e históricas”*⁴⁹.

C) Concepto operativo de Sana crítica.

Cuando los autores definen la sana crítica en un sentido operativo, lo hacen señalando cómo funciona esta, es decir, lo que hacen es describir cómo es que los jueces deben valorar la prueba y que esta valoración realizada sea la correcta.

En este sentido lo hacen Coloma y Agüero señalan que *“la sana crítica obliga a los jueces a tomar decisiones usando generalizaciones validadas fuera del sistema jurídico en razón de sus propiedades epistémico-culturales. Al mismo*

⁴⁸ MATURANA BAEZA, J. 2014. Ob. Cit. p.107.

⁴⁹ RIVERA, R. 2011. La prueba: un análisis racional y práctico. Madrid, Marcial Pons. p. 354.

*tiempo, la sana crítica permite que los jueces usen sus preferencias en los casos en donde las generalizaciones no operan, o bien, su seguimiento conduce a un resultado difuso*⁵⁰.

Complementan señalando que *“El sistema de persuasión racional o de la prueba razonada (llamado también de sana crítica) entrega al juez amplias facultades para apreciar la prueba, pero imponiéndole los deberes de establecer los hechos mediante un razonamiento lógico en base a las pruebas rendidas, y exponer en la sentencia ese proceso de razón con el cual llegó a la convicción que tales son los hechos que establece”*⁵¹.

3. Las reglas de sana crítica.

La principal característica que diferencia la valoración de la prueba conforme al sistema de la Sana crítica del sistema de Libre Convicción, es que el juez debe dar una fundamentación racional de la decisión adoptada.

Por ello es que cuando las leyes de procedimiento establecen que la prueba se valorará conforme a las reglas de la sana crítica, se refiere a que el juez debe valorar siguiendo las reglas de racionalidad y de fundamentación o motivación de las sentencias.

A) Racionalidad.

La racionalidad ha sido definida por los autores de distintas formas. Por un lado, algunos entienden racionalidad como exclusión de emotividad o sentimentalismo, y por el otro, la entienden como una forma de validación del conocimiento científico, esto es, desde un sentido epistemológico.

⁵⁰ COLOMA, R. y AGÜERO, C. 2014. Ob. Cit. p. 675.

⁵¹ *Ibíd.*

a) Racionalidad definida por exclusión de emotividad.

Los autores entienden que motivar implica que el juez debe alejarse de cualquier tipo de sentimentalismo o emoción, y por lo tanto, deben señalar los fundamentos de su decisión de manera objetiva y alejándose de cualquier tipo de arbitrariedad que pueda significar una vulneración de los derechos de las partes del proceso. Que la fundamentación sea objetiva, significa que cualquier persona racional pueda llegar a la misma conclusión que a la que ha llegado el juez con los hechos aportados al juicio.

En este sentido González señala que la racionalidad es una característica esencial de la sana crítica, exponiendo que *“apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, “sin salto brusco”, a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón”*⁵².

Y en el mismo sentido Rivera dice que *“la apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión”*⁵³.

b) Racionalidad definida en pos de una respuesta epistemológica.

La principal exponente de la racionalidad como una respuesta epistemológica es Marina Gascón quien ha entendido la objetividad desde dos perspectivas:

“La primera (objetivista) entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente, y al concebir además el conocimiento como un proceso guiado por reglas más o menos seguras confía en la obtención de certeza absoluta. La segunda

⁵² GONZALEZ, J. 2006. Ob. Cit. p.100.

⁵³ RIVERA, R. 2001. Ob. Cit. p.254.

(subjetivista) entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, el conocimiento del mundo está “contaminado”, es irreductiblemente subjetivo”⁵⁴.

Luego define al objetivismo crítico como una concepción epistemológica que:

“Tenga sentido la aspiración a conocer los hechos efectivamente acaecidos -porque éste es el sentido de la verdad objetiva- y, por otro, no se ignore la relatividad del conocimiento alcanzado -porque relativa es, por definición, la verdad procesal. La epistemología a la que acabamos de aludir podría denominarse objetivismo crítico -pues mantiene que existen hechos independientes que podemos conocer aunque el conocimiento alcanzado es siempre imperfecto o relativo-, y constituye la base de una concepción cognoscitivista de la prueba que concibe a ésta como una actividad racional tendiente a reconstruir los hechos efectivamente acaecidos, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento probable”⁵⁵.

Así también, analiza que valorar racionalmente de la siguiente forma:

“Si valorar consiste en evaluar si puede o no darse por probado un hecho controvertido, valorar libre y racionalmente consiste, más precisamente, en evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera. Por eso la principal tarea a la que se enfrenta la valoración racional es la de medir la probabilidad. Y por eso el objetivo de los modelos de valoración ha de ser prever esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis, o su aceptabilidad”⁵⁶.

Respecto de modelos de valoración racional de la prueba:

⁵⁴ GASCÓN, M. 2003. Ob. Cit. p.1.

⁵⁵ Ídem. p.4.

⁵⁶ Ídem. p.9.

“El primero está basado en la aplicación de métodos o instrumentos matemáticos al proceso de valoración; b) el segundo está basado en esquemas de confirmación. Ambos modelos corren paralelos a los dos grandes conceptos de probabilidad: la probabilidad matemática y la probabilidad inductiva. La probabilidad matemática se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa de la clase de eventos a la que pertenecen, utilizando para su análisis los métodos estadísticos desarrollados por la matemática”⁵⁷.

Por otra parte Accatino sostiene respecto a la sana crítica que:

“(…) afirmar que una proposición está probada tiene que ser equivalente a afirmar algo en relación con los elementos de juicio aportados al proceso y, además, algo que –desde el punto de vista conceptual– sea susceptible de justificación y de evaluación crítica. Una reconstrucción que parece cumplir esas condiciones es la que ha sido explorada en recientes trabajos de Ferrer Beltrán y según la cual decir que una proposición está probada equivale a decir que hay elementos de juicio suficientes para aceptar o dar por verdadera a esa proposición. La aceptación es, a diferencia de la creencia, un acto voluntario que admite justificación –la que deberá referir a la suficiencia de los elementos de juicio– y la suficiencia de los elementos de juicio es, a diferencia de la afirmación de una creencia, una circunstancia respecto de la cual cabe, desde el punto de vista conceptual, la equivocación y la crítica”⁵⁸.

La misma autora sostiene que:

“Veíamos antes como en otros sistemas jurídicos el avance hacia una concepción racional de la libre valoración de la prueba y hacia un modelo exhaustivo de motivación ha sido lento y laborioso. Hoy está claro en ese

⁵⁷ Ídem. p.10.

⁵⁸ ACCATINO, D. 2006. La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile (Valdivia). p.22.

contexto que para llegar a buen puerto es necesaria una teoría que precise cuáles son los criterios de racionalidad que deben orientar la deliberación y estructurar la justificación de las conclusiones probatorias. También la doctrina chilena debiera asumir ese desafío, si quiere evitar que la antigua cultura judicial, reacia a la justificación de la quaestio facti, termine por imponerse a los buenos propósitos del CPP⁵⁹.

B) Fundamentación.

La segunda regla por la cual se debe regir el juez al momento de valorar la prueba es la de la “Motivación o Fundamentación de la Sentencia”, esto es, como afirma Couture, el conjunto “*de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial*”⁶⁰. Por lo tanto, el juez se encuentra en la obligación de expresar tanto los motivos de hecho como derecho en los cuales se basa para dictar el fallo.

Es importante recalcar que la exigencia de que fundamentación o motivación de la sentencias no es exclusiva de aquellos sistemas de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, sino que esta obligación también está presente en los sistemas de prueba legal o tasada.

Actualmente, tanto los ordenamientos jurídicos continentales como anglosajones contienen la obligación de los jueces de fundamentar las sentencias, es decir, los jueces deben señalar los motivos tanto jurídicos como fácticos por los cuales afirman o rechazan la existencia del derecho reclamado por las partes en el juicio.

La obligación de fundamentación constituye, así, una de las principales garantías procesales dentro de todos los ordenamientos jurídicos, sin importar cuál sea el sistema de valoración de prueba que tengan establecidos, ya que permite acercar la labor jurisdiccional a la máxima garantía procesal, la cual es la del

⁵⁹ Ídem. p.17.

⁶⁰ COUTURE, E. 1960. Vocabulario Jurídico. Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de la República. p. 311.

Debido Proceso. Por lo que hoy en día cualquier decisión jurisdiccional que no contenga los motivos por los cuales se declara o niega un derecho generaría una gran perturbación, ya que no es posible concebir la idea de que los tribunales dicten sentencias sin argumentar lo que en ellas declaran.

Sin embargo, la obligación de fundamentación, como la conocemos hoy en día, es más bien reciente toda vez que en la antigüedad esta no existía en los términos normativos actuales y los jueces o funcionarios encargados de administrar la justicia simplemente dictaban la sentencia y nadie cuestionaba los motivos que estos habían tenido para afirmar lo que en ellas se contenía.

Así por ejemplo, en el Derecho Romano bastaba con que el juez o *iudex* ajustara su decisión a *“la propia estructura formal de las legis acciones y de la fórmula”*⁶¹ para cumplir con su función, situación que no exoneraba al juez de responsabilidad en caso de que ocasionara algún perjuicio a las partes, *“en consecuencia, tanto como medida justificadora de su decisión, como medida de prevención, no dudamos de que el iudex romano tendería a motivar sus sentencias, aun cuando dicha obligación no existiese formalmente”*⁶².

Es así como, la obligación de fundamentación que recae sobre los jueces, se ha ido desarrollando en los distintos ordenamientos jurídicos gracias a los avances sociales, jurídicos y políticos que se han dado durante la historia mundial, pudiendo distinguirse, conforme señala la doctrina, tres periodos históricos en los cuales no había una imposición a la motivación de la decisión judicial o falta de ella en términos absolutos.

Así, en primer lugar, se encuentra el periodo teocéntrico o época medieval, donde toda la vida social y política se desarrollaba en torno a la religión Católica y

⁶¹ MURILLO, A. 2012. Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho Español. *Teoria e Storia del Diritto Privato*, Rivista Internazionale [en línea] <<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&clD=227>> [Consultado: 27 de agosto, 2017].

⁶² Ídem.

a las decisiones del rey o señor feudal que gobernaba cada territorio determinado, quien se encontraba en dicha posición por un mandato de Dios.

Así, la autoridad judicial para resolver un caso sometido a su decisión tomaba en cuenta los hechos y personas involucradas en el caso en concreto, la ley divina y la costumbre, y por sobre todo a las autoridades que se encontraban por sobre él, en especial al Rey.

La decisión judicial representaba la decisión del Rey o Monarca, por lo que dada su situación de superioridad no existía otra persona en la tierra a quien justificar sus decisiones, así *“esa posición excluía la necesidad de justificar públicamente las decisiones que él o sus delegados –y en especial los tribunales o cortes centrales– adoptaban, pues fundarlas habría supuesto”*⁶³ reconocer que no era titular de la soberanía que ostentaba tener. Y la decisión del Rey era manifestación de la Ley Divina, es decir, la ley de *“un Dios que es verdad y que por lo tanto no puede errar”*⁶⁴.

Todo lo anterior generaba que el juzgador no se encontraba en la obligación de señalar los motivos por los cuales se había tomado determinada decisión en el caso en concreto, ya que se trataba de decisiones divinas que tenían el carácter de incuestionables.

Si bien esto no es absoluto porque durante siglo XVI en algunos reinos de la península ibérica y algunos estados italianos se impuso a los tribunales la obligación de fundamentar las decisiones judiciales, no fue respecto de todas las resoluciones judiciales sino que solo fue respecto de determinadas sentencias, dado que siempre siguió imperando el principio jurídico de que la enunciación de

⁶³ ACCATINO, D. 2003. La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de las judicatura moderna? [en línea] Revista de Derecho (Valdivia) , Vol. 15(2) <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200001> [Consultado: 27 de agosto, 2017].

⁶⁴ Ídem.

los motivos no era un requisito de validez de ellas, porque “*el ejercicio de la función jurisdiccional no requería justificación respecto del público*”⁶⁵.

En la época racionalista, por su parte, contextualizada en el periodo del renacimiento y el Siglo de las Luces (siglos XVII y XVIII), se rechazan en forma absoluta todos los postulados de la Edad Media, en especial el autoritarismo del cual gozaban los monarcas al momentos de adoptar las decisiones respecto de sus súbditos.

Nos encontramos en un periodo de Derecho Racional, donde adquiere gran importancia la codificación, es decir, “*reducir el sistema de derecho natural a un conjunto de normas*”⁶⁶. Uno de los objetivos de la codificación era que las leyes fueran claras y simples y que por lo tanto no fuera necesaria la interpretación de estas, sino que únicamente la aplicación de la ley al caso concreto; con la codificación la jurisprudencia pasó a estar al servicio de la ley.

La Revolución Francesa y norteamericana pusieron énfasis en el ciudadano y la protección de sus derechos individuales, lo cual también afectó la relación que este mantenía con el poder judicial. En esta época el Rey dejó de tener el poder absoluto que mantenía en el periodo anterior lo que derivó en que los jueces dejaron de estar sometidos a las disposiciones de autoridad del Monarca y pasaron a estar obligados a resolver los casos sujetándose de manera estricta a la ley positiva.

Asimismo, surgió la obligación de publicidad de la fundamentación adoptada, lo cual debía hacer utilizando la lógica. De esta forma se pudo poner término al arbitrio judicial existente en la época anterior, ya que la decisión judicial debía permitir que todos los ciudadanos, mediante el mismo razonamiento lógico deductivo, pudieran arribar a la misma conclusión a la que había llegado el juez en

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ TORRES ZÁRATE, F. 2009. La Jurisprudencia. [en línea] Revista Alegatos Universidad Autónoma Metropolitana. N° 72. <<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/65/72-08.pdf>> [Consultado: 27 de agosto, 2017].

base a los hechos probados y el derecho positivo existentes. Y en el caso de que la conclusión a la cual arribaran los ciudadanos no fuera la misma que la contenida en la sentencia del juez, el afectado podría solicitar la revisión de ella a un tribunal superior jerárquico, el cual también debía fundamentar su decisión conforme al derecho positivo existente, lo cual permitió por una parte “*el surgimiento de una jurisprudencia uniforme con las leyes promulgadas*”⁶⁷, y por otra la incorporación del derecho a recurrir, toda vez que la motivación pasó a ser un requisito de validez de la sentencia y por lo tanto su omisión acarrearba la nulidad mediante el Recurso de Casación.

Durante la época contemporánea, finalmente, contextualizada en el periodo surgido luego de la Segunda Guerra Mundial, se empiezan a observar a nivel mundial limitaciones al racionalismo, con el reconocimiento de los Derechos Humanos tanto en Pactos o Tratados Internacionales entre los distintos Estados y su establecimiento en los propios ordenamientos jurídicos de los Estados, especialmente en las Constituciones Políticas.

El reconocimiento de los Derechos Humanos, vino a limitar en dos sentidos el ejercicio de la función jurisdiccional, en primer lugar en los elementos de los cuales dispone el juez para resolver el caso concreto, debido a que debe hacerlo en post de las personas únicamente dentro del campo de acción que la ley le ha otorgado. Y en segundo lugar, el juez al tomar su decisión no puede controvertir las bases de la humanidad y por lo tanto al fundamentar la sentencia judicial, debe hacer dentro de los parámetros de los Derechos Humanos.

Es tal la importancia de la protección de los Derechos Humanos, que la fundamentación es consagrada hoy en día como un Derecho Constitucional que debe estar presente en todo Estado de Derecho, como un mecanismo de control no solo para las partes del caso en particular, sino que también permite que toda la sociedad pueda controlar la función jurisdiccional.

⁶⁷ Ídem.

De esta manera, y como una forma de reacción frente a los totalitarismos existentes hasta esa fecha, es a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando los ordenamientos jurídicos empiezan a establecer la obligación de fundamentación de las sentencias dentro de las Constituciones Políticas, estableciéndola, según Taruffo⁶⁸ como un Derecho Fundamental.

Al efecto, es posible encontrar que los ordenamientos jurídicos contienen la obligación tanto de manera expresa, como lo hacen las Constituciones de España y Perú, o de manera indirecta o implícita, como lo hace nuestra Constitución Política en los artículos 19 N°3 inciso 5° y 76.

En esta línea, el Tribunal Constitucional chileno se ha pronunciado sobre el deber de motivación. Al respecto, conociendo de una acción de inaplicabilidad de inciso 2ª del art. 768 CPC, que limita la procedencia de la casación en la forma en los juicios regidos por leyes especiales por la causal del n° 5, sólo a los casos en que se omita la decisión del asunto controvertido, y, por tanto, dejando fuera la motivación, el TC acoge el recurso declarando su inaplicabilidad.

Al respecto, considera el Tribunal que si bien la Constitución chilena no consagra expresamente el deber de fundamentación, éste se extrae con claridad de diversas disposiciones tanto constitucionales como legales, concluyendo al efecto que *“la motivación de la sentencia es connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio. Constituye, a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado”*.

⁶⁸ TARUFFO, M. 2012. Ob. Cit. p. 89.

Decidiendo el caso concreto, concluye el TC que el deber de motivación se trasgrede *“tanto si el juez no funda la sentencia, como (...) si se impide la impugnación, por ese capítulo, del fallo que omita su adecuada motivación. El resultado es el mismo —vulneración del derecho—, producido en este caso por la falta del instrumento que corrija el vicio”*⁶⁹.

Que la Motivación o Fundamentación de las Sentencias se establezca como una garantía constitucional trae una serie de consecuencias, y en este sentido Aliste señala que:

“La garantía constitucional de motivación de las sentencias supone que el Estado, partiendo de la prohibición de la autodefensa de los particulares en virtud del principio de reserva de jurisdicción, ofrece a estos a cambio la acción, entendida como invocación de la garantía por parte del Estado de observancia del derecho, y ofrece la acción a través del proceso (...) el núcleo fundamental que da sentido no solo al proceso, (...) sino que también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la motivación de la decisión en la fase del juicio, (...) cuando efectivamente se cumpla con lo estipulado en sede constitucional, haciendo visible en la fundamentación de la resolución esa sujeción que el propio Estado se ha impuesto a su poder soberano a través de la garantía de observancia de su propio Derecho. Y todo esto de una importancia excepcional, porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias. Garantías que también asumen, si bien a nivel meramente legal, respecto a los autos, y en menor medida en cuanto a algunas providencias,

⁶⁹ STC, Rol N° 1373, de 22 de junio de 2010.

*evidenciándose una notoria graduación y desvinculación del compromiso de sujeción, que inicialmente adquiere en sede constitucional respecto de las sentencias, a medida que descendemos en la propia jerarquía cualitativa de las resoluciones judiciales. Y esto, como veremos más adelante, también es importante, porque evidencia que el Estado no garantiza con igual intensidad la motivación de todas sus resoluciones, cuestión que plantea problemas muy importantes para el Derecho procesal, especialmente en el derecho procesal penal y en materia de cooperación procesal internacional en el ámbito procesal penal*⁷⁰.

En este estudio, la obligación de fundamentación nos importa especialmente en relación al rol que esta cumple como forma de hacer efectivo el control que deben ejercer los tribunales superiores jerárquicos, al momento de conocer la sentencia vía recursiva.

Por ello a continuación estimamos de relevancia referirnos a:

- a) Los efectos que produce la motivación de la decisión judicial.
- b) La motivación como vía de justificación.
- c) La forma de la motivación.

a) Los efectos que produce la motivación de la decisión judicial.

El establecimiento de la obligación de fundamentar las sentencias no es injustificado, sino que este es una parte primordial de la Garantía del debido proceso y como tal cumple una serie de funciones, tal como señala Rivera⁷¹ “*así la fundamentación cumpliría una triple función: permitir un control extraprocesal de la comunidad, ser una garantía para la parte al permitir a esta conocer las razones de*

⁷⁰ ALISTE, T. 2011. La motivación de las resoluciones judiciales. Madrid, Marcial Pons. p.139.

⁷¹ RIVERA, R. 2011. Ob. Cit. p.255.

la decisión y facilitar un control endo-procesal que respete las garantías de las partes a una revisión de la sentencia por los tribunales superiores de justicia”.

i) Efectos endo-procesal de la fundamentación

A ésta función se refiere esencialmente a los efectos de la fundamentación de la sentencia dentro del mismo proceso, y por lo tanto implica dos consecuencias: en primer lugar que una adecuada fundamentación va a permitir la protección de los derechos de las partes, ya que con la fundamentación expresa la racionalidad del juez en la sentencia, y en segundo lugar permite la revisión de la decisión judicial por parte de los tribunales superiores, en caso de existir impugnación de alguna de las partes.

En este sentido Aliste señala que la función endoprocesal de la motivación judicial:

“Comprende (...) el entendimiento de la fundamentación judicial como garantía de impugnación de las resoluciones (...) y, también la idea de hacer explícita a las partes del proceso la racionalidad de la decisión (...). La dimensión endoprocesal de la motivación también afecta al propio órgano jurisdiccional que dictó la decisión motivada en tanto que permite un mayor control sobre la propia decisión, que se traduce no solo en un autocontrol jurisdiccional a quo, motivación coram proprio iudice, permitiendo una mayor legitimación del juez, sino en un efectivo control por el órgano jurisdiccional ad quem (...). La motivación aparece como expediente necesario de la decisión judicial teniendo presente el cumplimiento de un doble objetivo. De un lado, el perfeccionamiento de la administración de la justicia, permitiendo al juez de instancia superior el conocimiento de los motivos que llevan al juez a inferir el dictado de la sentencia impugnada. De otro, el conocimiento efectivo de las partes sobre esos mismos motivos”⁷².

⁷² ALISTE, T. 2011. Ob. Cit. p.157.

Complementando lo anterior señala que “ambas direcciones caracterizadoras de la dimensión endoprosesal de la motivación tienen como objetivo común el control de la decisión judicial en el ámbito interno del proceso”⁷³.

A su vez Taruffo indica que:

“Por un lado la motivación debería persuadir a las partes (o a sus abogados) y, en especial, a la parte perdedora, de la bondad y la justicia de la decisión, así como del hecho de que el juez valoró los fundamentos de las exigencias y excepciones opuestas. En ese sentido, la consecuencia del resultado positivo de la motivación debería consistir, evidentemente, en persuadir a las partes para que no impugnen, por lo que se espera que las impugnaciones disminuyan en la medida que el fundamento de la sentencia resulte racional y evidente (...), cuando la sentencia se encuentra motivada, no solamente resulta más fácil la valoración de la pertinencia de la impugnación, sino que es posible identificar de una manera más precisa los vicios de la sentencia que pueden constituir motivos de impugnación (...). También desde este punto de vista, la motivación –así como la obligación correlativa- constituyen instrumentos de racionalización del sistema procesal en un segmento particularmente delicado que es el que se refiere a la determinación de los vicios de la sentencia y a la formulación de los motivos de la impugnación. (...) la necesidad de que el contenido de la decisión pueda individuarse y definirse de manera adecuada, a partir de las afirmaciones del juez”⁷⁴.

El mismo autor afirma que la motivación de las sentencias cumple una doble función:

“Por un lado sirve a las partes, en especial a la que ha perdido, por lo que a través de la motivación se pueden identificar los errores y vicios que el juez haya podido cometer en la sentencia misma, lo que facilita la elaboración de

⁷³ Ídem. p.158.

⁷⁴ TARUFFO, M. 2000. La Motivación de la Sentencia Civil. Madrid, Editorial Trotta. p.336-340.

*la impugnación respectiva. Por otra parte, la motivación sirve también para que el juez superior, es decir, el que decidirá acerca de la impugnación pueda verificar si la sentencia efectivamente es el resultado de errores o no, si existen violaciones de la ley o no, por lo que a partir de lo anterior se advierte una conexión entre la motivación de la sentencia y la impugnación*⁷⁵.

En el mismo sentido Montero, señala que *“la motivación, por un lado, permite que el ciudadano tenga conocimiento de las razones por las que su pretensión o su resistencia ha sido estimada o desestimada y, al mismo tiempo, posibilita el control, por la vía de los recursos*⁷⁶.

ii) Efectos extra-procesal de la fundamentación.

Esta función lo que pretende es hacer pública la sentencia, es decir, que cualquier persona racional sea capaz de arribar a la misma decisión que la adoptada por el juez y por lo tanto pueda hacer el control de los fundamentos que se ha señalado en la sentencia, por tratarse de motivos razonables. Los efectos extraprocesales permiten que, como Montero afirma, *“la sociedad conozca cómo se ejerce por los jueces el poder que el pueblo les ha confiado*⁷⁷.

En este sentido Aliste, señala que *“la motivación trasciende a las partes y a los jueces intervinientes en el proceso, y se abre a un control generalizado y difuso mediante la publicidad de la decisión. (...) la concepción extraprocesal de la motivación marca el acento en la cuestión de la razonabilidad de la decisión judicial adoptada, mientras que la dimensión endoprocesal centra su atención en la racionalidad de la decisión*⁷⁸.

⁷⁵ TARUFFO, M. 2012. Ob. cit. p.88.

⁷⁶ MONTERO AROCA, J. 2011. La Prueba en el Proceso Civil. 6° ed. Navarra, Thomson Reuters. p.615.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ ALISTE, T. 2011. Ob. Cit. p.157.

El mismo autor expresa:

“Estamos ante la denominada motivación coram populo, que enfatiza el entendimiento de la motivación desde la dimensión extraprocesal de las mismas acorde a una concepción democrática de la justicia. La motivación rebasa, pues, el estricto margen de referencia al juez y a las partes, abriéndose a través de la publicidad de los motivos a un control verdaderamente generalizado y difuso de las resoluciones judiciales. (...) Además de permitir el control de razonabilidad de las decisiones judiciales por un auditorio general e indeterminado, faculta también la elaboración de elementos de crítica que sin duda revierten en una mayor eficiencia de la actividad jurisdiccional, al tiempo que conlleva una auténtica función didáctica dirigida a la exposición de la aplicación del Derecho ante la opinión pública, acentuándose, a través del expediente de la motivación, las perspectivas retóricas y dialécticas de la argumentación judicial”⁷⁹.

En similar sentido Coloma y Agüero cuando señalan que:

“La comunicación de la justificación posibilita satisfacer las expectativas del auditorio sobre el resultado del proceso de valoración de la prueba. El auditorio espera que la decisión se exprese de un modo que permita cumplir ciertos estándares epistémico-culturales y lingüístico-interpretativos. Que la decisión se escriba en un texto, que ese texto comunique las razones que justifican la decisión y, que el auditorio espere usar el texto para ‘reconstruir’ lo que pensó el juez y lo que pasó en el caso, son algunos de los criterios de calidad que tarde o temprano la decisión judicial debe cumplir”⁸⁰.

⁷⁹ Idem. p.159.

⁸⁰ COLOMA, R. Y AGÜERO, C. 2014. Ob. Cit. p.680-681.

b) La motivación como vía de justificación.

La motivación de las sentencias ha sido entendida por algunos autores como una forma en que los jueces justifican la decisión judicial adoptada, la racionalidad que se exige al momento de valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y evitando de esta manera la arbitrariedad.

Gascón señala que:

“La distinción entre descubrir y justificar apropiada en este contexto no tiene que ver con la función que se realiza (formular o comprobar), sino con el punto de vista desde el que se analiza la afirmación. Hablamos de descubrimiento cuando nos preguntamos cómo se ha llegado, de hecho, a esa afirmación. Hablamos de justificación cuando nos preguntamos cuáles son las razones que la sostienen. Por lo demás, si la distinción entre descubrir y justificar fuera paralela a la que media entre formular o sugerir y comprobar o verificar, habría que concluir que en el campo del proceso penal acusatorio, por ejemplo, la instrucción es el ámbito del descubrimiento y el juicio oral el ámbito de la justificación; como si la tesis fáctica en que se basa la decisión de acusar con que puede concluir la instructoria no tuviera que justificarse también. ...quien hace una afirmación a sabiendas de que debe motivarla (y esta es la situación en que se encuentra el juez en los sistemas en que existe obligación de motivar) encuentra ya el ámbito de posibles soluciones circunscrito a las que aparecen como racionalmente justificables; es decir, allí donde existe obligación de motivar los estándares de justificación retroactúan sobre el iter decisonal dotándolo de racionalidad”⁸¹.

Luego complementa expresando que:

“La motivación es un género de justificación plasmada en el documento de la sentencia, pero queda pendiente la cuestión de en qué haya de consistir

⁸¹ GASCÓN, M. 2003. Ob. cit. pp.7-8.

ésta. La respuesta que se dé a esta cuestión depende de la manera en que se conciban las relaciones entre descubrimiento y justificación. El juez no puede descubrir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar mediante unos patrones de racionalidad; y para ello, necesariamente, habrá de hacer uso de tales patrones en el propio proceso de averiguación de la verdad. Pero, a su vez, la motivación puede no coincidir exactamente con el descubrimiento, porque en éste pueden aparecer elementos irracionales de los que no puede hacerse cargo aquélla. La motivación asume pues una tarea depuradora sobre la actividad cognoscitiva que reclama del juez una reconsideración de sus iniciales convicciones a la luz de los argumentos racionales, que son los únicos que ineludiblemente ha de emplear para fundar su decisión”⁸².

Couture señala que *“la motivación del fallo constituye un deber administrativo del magistrado. La ley se lo impone como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria”⁸³.*

c) Formas de la fundamentación.

i) Estilos de la fundamentación.

Marina Gascón estima que los jueces pueden emplear dos técnicas distintas para llevar a cabo la fundamentación de la decisión judicial: una técnica analítica y otra globalizadora *“La técnica analítica entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión. La técnica globalizadora, en*

⁸² Idem. p.19.

⁸³ COUTURE, E. 1958. Ob. Cit. p. 286.

*cambio, consiste, grosso modo, en una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa*⁸⁴.

En relación a cuando se valora la prueba conforme a las reglas de la Sana crítica, Accatino estima que nuestro ordenamiento jurídico adoptaría una técnica analítica, toda vez que señala que las normas legales:

“Parecen dar acogida en nuestra legislación a la más avanzada interpretación doctrinal comparada de la exigencia de motivación de los enunciados probatorios, que defiende un modelo de justificación –que algunos autores denominan “analítico”– que requiere una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y las razones que lo sustentan y de la cadena de inferencias que permite tener por justificadas las conclusiones probatorias. Una vez que la regla de la libre valoración de la prueba deja de ser entendida como criterio positivo de decisión que remite a la creencia subjetiva del juez y pasa a ser concebida como una regla negativa, que excluye la tasación legal de la prueba, pero que no libera al juez de la sujeción a estándares generales de racionalidad, la motivación de las conclusiones probatorias adquiere un papel protagónico como garantía y herramienta de control de su racionalidad. Y, desde esta perspectiva, el modelo analítico de motivación de los hechos representa la forma – exhaustiva y diferenciada– que la fundamentación debe asumir para poder cumplir adecuadamente esa función. Por otra parte ese modelo y, en particular, la exigencia que la motivación se estructure en forma dialógica y comprenda no sólo la justificación lineal de la hipótesis fáctica acogida, sino también la valoración singularizada de las pruebas desestimadas y la confrontación de las hipótesis desechadas, refleja adecuadamente el carácter relacional de la justificación de los enunciados que declaran hechos probados respecto del conjunto de elementos de juicio representado

⁸⁴ GASCÓN, M. 2003. Ob. cit. p.20.

*por todas las pruebas admitidas y practicadas en el proceso y constituye el necesario correlato de la garantía de un proceso contradictorio*⁸⁵.

ii) Motivación exhaustiva.

La doctrina estima que se habrá cumplido correctamente con la obligación de fundamentación de las sentencias cuando el juez haya realizado una motivación exhaustiva o completa de la decisión adoptada. En este sentido Hunter señala que *“la motivación corresponde, esencialmente, a un discurso justificativo estructurado sobre explicaciones racionales; el juez debe articular en la sentencia un conjunto de razones posibles de ser compartidas por los distintos sujetos que participan en el desarrollo del proceso y que tiendan a justificar su decisión”*⁸⁶.

El mismo autor sostiene que es fundamental en la motivación que *“sea completa, esto es, abarcar todos los aspectos fácticos y jurídicos de la decisión. En concreto, se trata que el razonamiento para determinar la verdad de un enunciado fáctico pueda encontrarse suficiente y adecuadamente justificado con las pruebas producidas en el proceso”*⁸⁷.

En cuanto a la exigencia de exhaustividad Rivera señala que *“el juez debe expresar qué resultados fácticos se derivan de cada medio probatorio. Esto tiene una doble función práctica garantista: una, que los hechos que se declaren como probados, sean directos o indirectos, deben estar acreditados en los medios disponibles: dos, que establecidos en cada medio el juez puede conectarlos con los resultados de los otros medios y verificar si concuerdan, si incrementan su grado de confirmación, o si son desvirtuadas o si se contradicen”*⁸⁸.

Lepin señala que *“de lo expuesto se puede extraer otro requisito, que también queda establecido en las normas establecidas se trata del deber del juez de fundamentar sus sentencias, reproduciendo el razonamiento que le permitió*

⁸⁵ ACCATINO, D. 2006. Ob. cit. p.13.

⁸⁶ HUNTER, I. 2012. Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema). Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXV-N° 1- Julio 2012. p.250.

⁸⁷ Ídem. p.251.

⁸⁸ RIVERA, R. 2011. Ob. Cit. p. 354.

*adquirir convicción, haciéndose cargo de toda la prueba rendida, expresando por medio del cual dio por establecidos los hechos, y por qué desechó las demás probanzas*⁸⁹.

En base a lo expuesto por los autores es posible concluir que la sentencia judicial se encontrará adecuadamente fundamentada, sólo en la medida que el juez haya exteriorizado de manera completa y exhaustiva tanto los motivos de hecho (incluyendo los que fueron y los que no fueron acreditados y justificando por qué lo fueron o no, en base a las pruebas incorporadas dentro del proceso) como los motivos de derecho que permiten llegar a ella.

4. Los parámetros racionales de la sana crítica.

La sana crítica, importa que el juez tenga libertad para asignar mérito a las evidencias en el caso concreto, pero para estos efectos debe someterse a parámetros de objetividad y racionalidad. Esta racionalidad está constituida por los denominados parámetros racionales. Éstos cumplen una doble función a propósito del proceso de valoración de la prueba, por una parte establecen una guía u orientación y a su vez constituyen un límite a ésta.

Partiendo de la base de estas dos funciones, Maturana Baeza define los parámetros racionales como: *“reglas de inferencia, que le permitan [al juzgador] conectar las pruebas rendidas con las hipótesis probatorias planteadas por las partes, de forma de otorgar grados de confirmación a éstas*⁹⁰.

Los parámetros racionales establecidos por el legislador son: los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados⁹¹.

⁸⁹ LEPIN, C. 2008. Breve estudio sobre la sana crítica. Revista Gaceta Jurídica N° 319, enero 2007. Santiago, Editorial LexisNexis. pp.11-12.

⁹⁰ MATURANA BAEZA, J. 2014. Ob. Cit. p. 173.

⁹¹ De manera textual: art. 297 inc.1 CPP; art.32 inc. 1° Ley N° 19.968; De manera análoga: art. 456 inc. 2° Código del Trabajo.

Corresponden a conceptos jurídicos indeterminados, esto es, el legislador se limita a señalarlos, mas no a establecer su significado, siendo labor tanto de la doctrina como de la jurisprudencia establecer su contenido.

Antes de entrar a analizar cada uno de estos parámetros racionales, resulta interesante sacar a colación la distinción señalada por Coloma y Agüero, quienes señalan que los parámetros operan distintas dimensiones al momento de la valoración de la prueba. Existiría una dimensión epistémico-cultura, que dice relación con la determinación misma de los hechos en base a los medios de prueba aportados, como asimismo en base a criterios validados, establecer las inferencias que se pueden realizar en base a la prueba disponible.

Por otro lado, existiría una dimensión lingüístico-interpretativa que no dice relación con la determinación de los hechos, sino que sobre la concordancia lógica de los enunciados, velando por la corrección comunicativa de lo que puede ser pensado dentro de una comunidad⁹².

De esta clasificación, podemos señalar que los principios de la lógica operan en el plano lingüístico-interpretativo, mientras que las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados operan en el plano epistémico-cultural.

Esta distinción nos parece atendible pues, nos permite establecer jerarquías entre criterios y además será relevante a propósito del control que los tribunales superiores hagan del sistema de la sana crítica a través de la vía recursiva.

A) Principios de la lógica

El fundamento de incorporar estos principios como parámetros racionales se debe a que se asume que son normas que han de regir todo pensamiento que haya de estimarse correcto, en atención a su permanencia, estabilidad y universalidad⁹³. Este sería el parámetro racional más importante, pues rige para

⁹² COLOMA, R. Y AGÜERO, C. 2014. Ob. cit. p.680

⁹³ MATORANA BAEZA, J. 2014. Ob. Cit. p. 181.

todo pensamiento sin excepción, por lo que se imponen frente a todo conocimiento que sea contingente⁹⁴.

En ese sentido, siguiendo el criterio mencionado por Coloma y Agüero, el objeto de estos principios es velar por la corrección comunicativa, no tienen por función determinar el mérito de las pruebas, sino la forma correcta de expresar el razonamiento judicial⁹⁵. Del mismo modo, estas reglas no se refieren sobre el fondo del asunto, sino que constituyen reglas del correcto razonamiento, constituyen reglas puramente formales del razonamiento⁹⁶.

a) Concepto

Como una primera aproximación, podemos mencionar que existe doctrina que define lógica, en base a la definición de la Real Academia Española, en su acepción natural, como *“aquella disposición natural para discurrir con acierto sin auxilio de la ciencia”*⁹⁷.

La doctrina mayoritaria, como asimismo la jurisprudencia, estiman que este concepto se refiere a la “lógica formal” entendida como el conjunto de razonamientos formalmente correctos⁹⁸. En ese sentido, Maturana Baeza señala que los principios de la lógica corresponden a la lógica formal, y que esta presentaría las características de ser universal, necesaria y estable⁹⁹.

b) Principios supremos de la lógica

Existe un cierto consenso en doctrina¹⁰⁰ en señalar que existen ciertos principios supremos de la lógica, a saber: principio de identidad, principio de no

⁹⁴ Ídem. p. 176.

⁹⁵ COLOMA, R. Y AGÜERO, C. 2014. Ob. Cit. p.680.

⁹⁶ MATURANA BAEZA, J. 2014. Ob. Cit. p. 234.

⁹⁷ MATURANA MIQUEL, C. 2009. Aspectos Generales de la Prueba. Separata. Santiago. p.211; LEPIN, C. 2007. Ob. Cit. p.11.

⁹⁸ WALTER PEYRANO, J. 2011. Aproximación a las máximas de experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles?. Revista de Derecho. Santiago, Consejo de Defensa del Estado, N°.25, 2011, Junio. p.15.

⁹⁹ MATURANA BAEZA, J. 2014. Ob. cit. p. 239.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ CASTILLO, J. 2006. Ob. Cit. p. 100.; COUTURE, E. 1958. Ob. Cit. p.271; MATURANA BAEZA, J. 2014. Ob. Cit. p.240.

contradicción, principio de la razón suficiente y el principio del tercero excluido. Pasaremos a explicar brevemente cada uno de estos.

Principio de Identidad: en virtud de este principio, una cosa solo puede ser igual a sí misma. “A es A”, “El libro es el libro”.

- Principio de no contradicción: Una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí. Del mismo modo, es imposible que dos juicios contradictorios o contrarios sean verdaderos a la vez. A modo de ejemplo, la afirmación “todos los hombres son mortales”. y la afirmación “algunos hombres no son mortales” se oponen contradictoriamente entre sí, y por lo mismo no pueden ser verdaderos a la vez.
- Principio de la Razón Suficiente: Las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia. Todo juicio, para ser verdadero, ha menester de una razón suficiente. Finalmente, ningún enunciado puede ser verdadero sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo.
- Principio del Tercero Excluido: Si una cosa puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a los dos precedentes. Del mismo modo, dos juicios que se contradicen, no pueden ser ambos falsos, uno debe necesariamente ser verdadero y el otro falso. A modo de ejemplo: de las afirmaciones “Juan es alto” y “Juan no es alto”, una necesariamente es verdadera y otra falsa.

c) Lógica no monotónica y lógica factual

Resulta interesante sacar a colación dos nociones alternativas de lógica, como son la lógica no monotónica y la lógica factual.

Laso define la lógica no monotónica o de sentido común, como *“aquella forma de razonar en virtud de la cual una conclusión puede ser reformulada,*

*retractada o derrotada por aumento de información que modifique su premisa*¹⁰¹. El mismo autor da el siguiente ejemplo: las premisas “Todas las aves vuelan” y “Piolín es un ave” nos llevaría a la conclusión “Piolín vuela”. Ahora bien, si agregamos como nuevo antecedente “Piolín es pingüino o tiene las alas rotas” no podríamos llegar a la misma conclusión. De este modo, un razonamiento no monotónico consiste en que aquello que se infiere es al menos razonable o consistente a falta de nueva evidencia que modifique la premisa¹⁰².

Por otro lado, existe el concepto de lógica factual¹⁰³, que se aplica al ámbito de la argumentación. Esta forma de razonamiento trataremos de sintetizar de la siguiente manera: es posible llegar a una conclusión en base a un dato, existiendo una garantía que vincule ambos, sometido a un respaldo que goza de certeza. Lo anterior debe ser sometido a un calificador modal (fuerza de la garantía) y a las condiciones de refutación (casos en que la autoridad de la garantía debe dejarse de lado).

B) Las máximas de la experiencia.

De acuerdo con la nomenclatura ya utilizada, las máximas de la experiencia operan en la dimensión epistémico-cultural.

Siguiendo lo señalado por Maturana Baeza, este parámetro racional se fundamenta en la existencia de una lógica inductiva, esto es, si las cosas siempre han sido de un mismo modo, es probable que en el futuro lo sigan siendo. En definitiva, estas cuentan con una base cognoscitiva que da razones para entender que las cosas se darán de una determinada manera¹⁰⁴.

Sobre este tema, pasaremos revista de las definiciones de máximas de experiencia como juicio hipotético y abstracto, luego la de los autores que la

¹⁰¹ LASO, J. 2009. Ob. Cit. p. 147.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ídem*. p. 150

¹⁰⁴ MATURANA BAEZA, J. 2014. Ob. Cit. pp. 181-182.

vinculan con la noción de sentido común, para finalmente revisar una opinión que sugiere que estas máximas abarcan completamente a la sana crítica.

a) Juicio hipotético y abstracto.

El concepto original de máxima de experiencia fue acuñado por Friedrich Stein, quien las definía como *“juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”*¹⁰⁵.

En el mismo orden de ideas, Couture define las máximas de la experiencia como *“normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie”*¹⁰⁶.

Para Calamandrei, son *“aquellas extraídas del patrimonio intelectual del juez y de la conciencia pública, refiriéndose a su utilidad expresa que ellas, poseídas por el magistrado, por lo general le servirán de premisa mayor para sus silogismos por ejemplo, la máxima de que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará considerar en concreto la deposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven”*¹⁰⁷.

Dentro de la doctrina nacional podemos encontrar definiciones análogas. Maturana Miquel las define como *“el conjunto de juicios fundados sobre la observación de la que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio”*¹⁰⁸, del mismo modo, Maturana Baeza las define como *“juicios hipotéticos de contenido general que ante la presencia de su*

¹⁰⁵ STEIN, F. 1988. Ob. Cit. p.27.

¹⁰⁶ COUTURE, E. 1958. Ob. Cit. p.229.

¹⁰⁷ CALAMANDREI, P. 1961. Ob. Cit. p. 381

¹⁰⁸ MATURANA MIQUEL, C. 2009. Ob. Cit. p.21.

*antecedente, nos permiten presuponer la presencia probable de su consecuente*¹⁰⁹.

b) Sentido común.

Resulta interesante en este punto exponer la opinión de cierta doctrina que vincula este concepto con el de “sentido común”. En ese sentido, Coloma y Agüero señalan que *“en la medida en que en un caso concreto no se cuente con datos fiables acerca de qué dimensión de la experiencia es realmente colectiva, es posible que deba invocarse el sentido común para juzgar el comportamiento”*¹¹⁰. Importante es destacar que estos autores le otorgan un papel más bien subsidiario a esta noción.

Del mismo modo, Taruffo señala que *“el juez puede recurrir a nociones de sentido común, pero a condición de que haga un uso correcto de las mismas. Esto significa, por ejemplo, que si una máxima de la experiencia contradice una ley científica, el juez debe recurrir a ésta y no a aquella”*¹¹¹.

c) Equivalencia a sistema de sana crítica.

Nos parece interesante a esta altura, sacar a colación la opinión de Walter Peyrano, quien identifica los conceptos de máximas de experiencia y sana crítica, entendiendo que son lo mismo. Fundamenta esta opinión en que las primeras estarían compuestas de ingredientes tanto empíricos como de lógica formal, llegando a la conclusión de ser dos modos distintos de referirse a lo mismo, poseyendo en definitiva los mismos componentes¹¹².

En un sentido similar se pronuncia Montero Aroca, quien señala que:

“Las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que este debe aplicar a la hora de determinar el valor

¹⁰⁹ COLOMA, R. Y AGÜERO, C. 2014. Ob. Cit. p. 692

¹¹⁰ Idem. p. 692

¹¹¹ TARUFFO, M. 2008. La prueba. Madrid, Editorial Marcial Pons. p. 270

¹¹² WALTER PEYRANO, J. 2011. Ob. Cit. p.15

probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba. Estas máximas no pueden estar codificadas, pero si han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos de razonabilidad de la declaración de los hechos probados”¹¹³.

C) Los conocimientos científicamente afianzados.

Los conocimientos científicamente afianzados originalmente fueron concebidos como un tipo específico de máximas de la experiencia, pero en atención al mayor desarrollo técnico que presentó la ciencia, lo que produjo un mayor valor cognoscitivo, surgió como concepto autónomo¹¹⁴.

Una primera aproximación al concepto de conocimientos científicamente afianzados podemos encontrarlo en Lepin, quien los entiende como *“aquellos conocimientos científicos probados y consolidados”¹¹⁵*. Por su parte, Cerda San Martín señala que *“los conocimientos científicamente afianzados están constituidos por el saber humano proporcionado por las ciencias”¹¹⁶*.

Del mismo modo, entendemos por conocimiento científico según Coloma y Agüero como *“aquel discurso formulado por un grupo de expertos (científicos) que goza de un prestigio social y que se circunscriben en ciertas áreas del conocimiento. El conocimiento científico se caracteriza por ser un conjunto de verdades de dicto, esto es, no es accesible directamente sin la intermediación de un marco cultural”¹¹⁷*.

Podemos entender que la ciencia se constituye a través del método científico y tiene como finalidad establecer ciertas reglas generales que nos aporte conocimiento objetivo del mundo.

¹¹³ MONTERO AROCA, J. 2011. Ob. Cit. p.603.

¹¹⁴ MATORANA BAEZA, J. 2014. Ob. cit. p.210

¹¹⁵ LEPIN, C. 2008. Ob. Cit. p.11

¹¹⁶ CERDA SAN MARTIN, R. 2003. Valoración de la Prueba. Sana crítica. Santiago, Editorial Librotecnia. p.39

¹¹⁷ COLOMA, R. Y AGÜERO, C. 2014. Ob. Cit. p. 686.

Nos señala Maturana Baeza, que un conocimiento científico se encuentra afianzado cuando se hayan presentado hechos que los confirman y que pueden ser explicados con precisión por tales, resultando concordante, por lo demás, con el conocimiento disponible¹¹⁸.

Siguiendo a Coloma y Agüero, para efecto de concretar un concepto que abarque la noción de tecnología, que diga cuenta de la “usabilidad” de la ciencia, es que estos autores definen conocimiento científicamente afianzado como *“un saber que encontrando su origen en descubrimientos científicos ha sido operacionalizado de forma tal que contamos con reglas (la tecnología) que nos permite regular qué acciones debemos realizar para conseguir resultados consistentes en el tiempo”*¹¹⁹.

Si bien puede que estos conocimientos científicamente afianzados formen parte del conocimiento privado del juez, lo usual es que estos sean incorporados al proceso a través de un experto, esto es, un perito¹²⁰.

5. El control de la sana crítica como sistema de valoración.

A) Extensión y criterios de control.

El trabajo doctrinario ha permitido distinguir distintas alternativas de control para los jueces revisores, entre ellas las principales son:

- Revisión por la sola discrepancia entre el revisor y el sentenciador respecto a la forma en que se valoraron los medios de prueba, lo que significa dar la mayor amplitud posible al control.
- Entregar libertad total al sentenciador no siendo posible revisar la valoración de la prueba, siendo ésta la alternativa más restrictiva.
- Optar por alternativas intermedias, que permitan el control de la forma de valorar la prueba rendida solo cuando hay cadenas lógicas alternativas a la

¹¹⁸ MATURANA BAEZA, J. 2014. Ob. Cit. p. 229

¹¹⁹ COLOMA, R. Y AGÜERO, C. 2014. Ob. Cit. p. 687.

¹²⁰ MATURANA BAEZA, J. 2014. Ob. Cit. p. 229; LASO, J. 2009. Ob. Cit. p. 144.

utilizada o solo cuando la cadena lógica escogida por el juez de primer grado tenga una falla racional (deferencia) o bien, solo cuando la lógica y la racionalidad no fueron invocadas

En la práctica, la revisión de la sentencia se descubre mediante diferentes capas, unas más lejanas que se acotan a requisitos formales de la declaración emitida por el juez y otras de mayor profundidad, en los que se cuestiona la forma en que el juez razonó o fundamentó su decisión.

A su vez, el tribunal adopta diversas posiciones respecto a los razonamientos requeridos al controlar, refiriéndose ya sea de manera somera a los argumentos expuestos por el requirente o profundizando en las opciones racionales que conforme a las reglas objetivas del sistema se pueda ofrecer a una determinada situación de hecho.

a) Control sobre la formalidad o motivación.

Podemos advertir respecto a cualquier forma de control, que este procede cuando existe *“una transgresión al deber de fundar el fallo mediante un razonamiento que se ajuste a la lógica, la experiencia y la ciencia, incumplimiento que debe resultar claro, patente o visible”*¹²¹.

Ahora bien, esta transgresión puede ser abordada de diferentes formas en tribunales, la más básica de ellas consiste en revisar en forma general el cumplimiento de los requisitos de la sana crítica simplemente haciendo notar su existencia dentro del contenido del fallo o mencionando el cumplimiento respecto de la norma, sin realizar un análisis detallado y preciso del razonamiento del juez ni su racionalidad.

¹²¹ CONTRERAS ROJAS, C. 2011. El Recurso de Nulidad como Herramienta de Control de las Exigencias Impuestas por la Sana crítica a Propósito de la Sentencia Rol 1068-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago. [en línea] Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 1. p.269-280. p. 276. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000100011>[consultado: 27 de agosto 2017].

En otros términos, esto significa que el revisor analiza solo la forma en que el juez de instancia motivó su sentencia en función de los hechos invocados y probados.

En este nivel de control se estima que no procede el análisis de los hechos, sino que solo la invocación o utilización de los criterios objetivos que conforman la sana crítica como forma de percepción. En este sentido, hay doctrina que sostiene que no es constitucional una intrusión más profunda, basándose para ello en los informes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado con motivo de la creación del último Código Procesal Penal, al respecto afirma que: “si se apreció bien o se apreció mal la prueba, por tanto, no es un aspecto que esté sujeto al control de un tribunal superior. Otra cosa es la revisión que éste puede hacer acerca de la relación lógica entre la valoración de la prueba que los sentenciadores hacen y las conclusiones a que llegan en su fallo”. Lo que resultaría vedado a las Cortes al conocer de un recurso sería entonces el “ponderar las razones” aportadas para la justificación de la decisión sobre los hechos, revisando “si los razonamientos de los jueces resultan suficientemente convincentes” o si un determinado elemento de prueba “tiene por sí mismo fuerza suficiente como para formar una convicción condenatoria”. Y, como contrapartida, lo único que cabría controlar es *“si el fallo ha cumplido o no con los requisitos formales”*¹²².

La doctrina, con todo, critica este criterio considerándolo insuficiente entendiendo que no es posible que el control se limite *“a una mera revisión de los aspectos de forma de la sentencia, y que al mismo tiempo tampoco es admisible que, en dicho afán, se convierta de hecho en una segunda instancia jurisdiccional”*¹²³ pues el error no siempre será de una entidad tal que aparezca de

¹²² ACCATINO D. 2009. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. Revista Chilena de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 18. p. 348. Haciendo referencia a ROXIN, C. 2000. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editores del Puerto. p. 350 y ss.

¹²³ CONTRERAS ROJAS, C. 2011. Ob. Cit. p. 269.

la sola lectura de la sentencia dictada por el juez del fondo, entendiendo que esta hipótesis de control solo permite buscar el error en la forma que el juez razonó y no la aplicación misma del razonamiento del juez de instancia respecto a los hechos.

b) Control sobre la sustancialidad o racionalidad de la valoración de la prueba.

Este nivel de tiene una mayor profundidad de análisis por parte del controlador, significando una *“tarea de verificación que exige un análisis conciso y detallado de la construcción de las argumentaciones”*¹²⁴, requiriendo entrar en los hechos considerados por el juez de instancia y la forma en que éste los ha valorado y lo ha *hecho “sentenciar en uno u otro sentido, y que evidentemente va más allá de verificar que en la sentencia se ha realizado una simple relación de las pruebas rendidas”*¹²⁵ incluyendo luego de ello las frases que el sentenciador habitúa respecto a la aplicación de las reglas de la sana crítica.

La revisión de los hechos a partir del análisis de la motivación del juez sentenciador puede originarse en diversas fuentes, entendiendo la doctrina que la *“motivación con respecto a los enunciados probatorios ha sido posiblemente su principal caballo de Troya. Pero también ha servido al mismo fin la revisión del respeto de la presunción de inocencia, sobre todo en su dimensión de regla de juicio, e incluso el control de la errónea aplicación del derecho, en tanto se considera a las máximas de la experiencia, los conocimientos científicos o los principios lógicos como normas jurídicas”*¹²⁶.

Aunque estas vías parecieren de una gran amplitud, en realidad la misma doctrina se ha encargado proponer un límite a esta función sosteniendo que no es posible *“alterar los hechos que fueron fijados en la sentencia del Tribunal Oral y que la Corte carece de competencia para introducir modificaciones al establecimiento de los hechos que se hubieren dado por probados”*, de modo que

¹²⁴ Ídem. p. 280.

¹²⁵ Ibídem.

¹²⁶ ACCATINO D. 2009. Ob. cit., p. 470.

“está impedida para declarar que no está probado lo que el tribunal a quo declaró estar probado”¹²⁷.

Frente a lo ya expuesto, la mejor manera de entender la forma en que opera un control sustancial respecto de uno de forma, es atender al momento dentro del razonamiento producido al valorar la prueba al que se aplicará el control. El primer momento, se estructura en función de la relación entre la hipótesis planteada por las partes del juicio y las pruebas que estos hayan contribuido al proceso, es decir, una valoración en sentido estricto, *“lo que supone mostrar que a la luz de nuestros conocimientos previos del mundo (en especial, de las generalizaciones empíricas aceptadas), si esos elementos de juicio constituyen un evento o estado de cosas predecible suponiendo hipotéticamente que esos hechos verdaderamente han ocurrido”¹²⁸* lo que en nuestra legislación es obligatorio realizar, por los requisitos establecidos en el artículo 294 del Código Procesal Penal por ejemplo.

Un segundo momento en la valoración de la prueba, al que podemos llamar de decisión sobre la prueba, corresponderá determinar si *“el apoyo inductivo aportado por los elementos de juicio disponibles a una hipótesis es suficiente para tenerla por probada en el contexto de una determinada clase de proceso”¹²⁹*, en este caso se atiende al razonamiento deductivo utilizado por el juez sentenciador, el que puede corroborar a través de distintos esquemas, los utilizados con mayor frecuencia serán los de confirmación de una hipótesis en mayor grado que las demás hipótesis en conflicto, y el de comprobar *“si se encuentra correctamente justificado o no, de acuerdo al estándar de prueba, la suficiencia (o la insuficiencia, en su caso) de los elementos de juicio para tener por probado un cierto enunciado empírico”¹³⁰.*

¹²⁷ Ídem. p. 353.

¹²⁸ Ídem. p. 351.

¹²⁹ Ídem. p. 352.

¹³⁰ Ídem. p. 353.

c) Deferencia.

En otros sistemas jurídicos donde existe un valor en los precedentes, y en general un contexto cultural en que la labor de los jueces es apreciada de una forma distinta respecto a su relación preponderante frente a otras instituciones políticas y la academia, se ha desarrollado el concepto de “Deferencia cultural” o simplemente “deferencia”, predominante en el *Common law* y que obliga a mantener, o a lo sumo, cambiar paulatinamente las decisiones que los magistrados han adoptado frente a casos similares.

Al respecto, se ha estudiado los niveles de sujeción que tienen los tribunales superiores respecto de las decisiones de los inferiores, siendo los países pertenecientes al *Common law* los que aplican mayor deferencia por la fuerza vinculante de estas resoluciones, aunque dando ciertas vías de escape para innovar y derrotar el precedente en virtud del razonamiento aplicado o su alteración por los propios tribunales superiores¹³¹.

Ello traducido a la capacidad de control de los tribunales superiores chilenos, significa que existiendo la posibilidad de controlar modificando o anulando el fallo del tribunal sentenciador, este no lo será porque culturalmente se debe deferencia al juez de fondo por el hecho de haber conocido los hechos sustanciales constitutivos del litigio.

En la medida que su razonamiento cumpla con lo “generalmente requerido” a nivel de control, esto es, en el caso de la sana crítica, en la medida que existiendo otras cadenas lógicas, la elegida por el juez de fondo sea razonable y no tenga falla lógica, estas sentencias no serán susceptibles de ser anuladas pues se estaría duplicando el rol del juez de fondo, el que está en mejores condiciones que el tribunal revisor para valorar la prueba.

¹³¹ Sobre la materia, consultar BRAVO, P; DELGADO, J.; DÍAZ, I; PARRA, D. Y CASTILLO, E. 2015. Recursos en el derecho comparado, un estudio para la reforma procesal civil en Chile. [en línea]. Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco. pp. 144, 149, 96 y ss. <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2015/03/Informe-Final_Est.-Recursos-en-el-Der.-Comparado_-UCT.pdf> [consultado: 27 agosto 2017].

d) Otros criterios

Existen otros criterios relevantes respecto al control, pero que no son comunes a todos los procedimientos o atienden a elementos distintos de la valoración de la prueba:

i) Suficiencia.

Es un criterio de carácter normativo, en que el legislador analiza y requiere a los tribunales del cumplimiento de un determinado estándar para establecer su convicción condenatoria; la necesidad de un estándar proviene de la gravedad en los costos de condenar falsamente a un imputado, quien será protegido por la responsabilidad del juez que debe razonar sobre las otras hipótesis corroborables que expliquen el conflicto¹³².

ii) Razones jurídicas y principios rectores del derecho laboral.

Este parámetro es propio del derecho laboral, en nuestro país fue acogido por el antiguo sistema procesal laboral basado en la importancia que daba el legislador a la protección del trabajador como parte débil dentro de las relaciones laborales, aunque no se ha podido determinar hasta el momento la magnitud de su extensión o el momento judicial en que éste debería ser aplicado, siendo tanto la doctrina como la jurisprudencia oscilante en este sentido.

B) Formas de hacer el control a través del sistema de recursos.

El control de la valoración de la prueba se puede hacer por vía recursiva, estableciendo la ley de forma previa un tribunal superior jerárquico competente para conocer de las materias que trata el conflicto jurídico, así como para apreciar la forma en que actuó y resolvió el juez sentenciador.

Llamaremos a este segundo ente judicial el “juez revisor” quien, dependiendo del recurso, tendrá diferentes facultades y formas de reaccionar ante

¹³² ACCATINO, D. 2009. Ob. Cit. p. 347-362.

errores del sentenciador, sean en el hecho o el derecho, y que la ley de forma explícita le ha dado la capacidad de revisar y resolver, sea confirmando o rechazando la sentencia, y procediendo a realizar un nuevo procedimiento, o a dictar una sentencia de reemplazo.

Pero el área gris se refleja en el límite de este control, ya que el legislador al establecer la sana crítica como método de valoración, “*reenvía al juez a un sistema externo de producir el conocimiento o la legitimación*”¹³³ de su razonamiento, según afirma Coloma y Agüero.

a) Recurso de Apelación.

En el derecho nacional se ha dado la hipótesis de control a través del recurso de apelación, regulado principalmente en procedimientos de lato conocimiento en el cual el juez revisor tiene contacto con los mismos elementos que aprecia el sentenciador, Astudillo expresa:

*“La apelación es, en términos racionales, un recurso de gravamen, y por lo tanto, el tribunal de apelación que actúa como el tribunal de instancia puede, sin ningún tipo de miramientos ni restricciones, modificar, sustituir y hacer otra valoración probatoria, distinta de la que ha hecho el juez. Valora la prueba de nuevo porque es más compatible en un procedimiento donde normalmente, tanto el juez de primera instancia como el de segunda, están en posesiones de contacto con la prueba idénticas”*¹³⁴.

También hay pronunciamientos al respecto por parte de la doctrina extranjera, en este caso dentro de la realidad española, Montero¹³⁵ nos explica que:

“Tradicionalmente por medio de la apelación las partes han podido llevar al tribunal ad quem también la revisión de los hechos declarados probados por la

¹³³ COLOMA, R. Y AGÜERO. C. 2014. Ob. Cit. p.699.

¹³⁴ ASTUDILLO, O. 2013. Seminario “Nulidad laboral”. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Santiago), Vol. 4, No 8. p. 139.

¹³⁵ MONTERO AROCA, J. 2011. Ob. Cit. p. 621

sentencia de primera instancia, de modo que ese tribunal podía volver a valorar la prueba practicada en la instancia y ya valorada por el tribunal a quo. No había en ello problema cuando se trataba de un proceso escrito, pues los dos tribunales se encontraban en la misma situación: valoraban la prueba teniendo en cuenta el reflejo del documento de la misma en las actuaciones. Si la prueba se había efectuado sin valoración no existe diferencia entre el juez de la primera instancia y el de la segunda a la hora de tomar conocimiento del resultado probatorio y de valorarlo”.

En base a ello el autor nos señala que: *“Pueden así encontrarse dos manifestaciones complementarias a las dificultades de la revisión de los hechos probados en el actual recurso de apelación:*

1ª) A veces se trata, sin más evidencias que la valoración de la prueba, en general, es función del juez de primera instancia por lo que la revisión en el recurso de apelación solo cabe cuando concurra alguno de los supuestos siguientes: 1) Que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba (...) 2) Que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio. 3) Que sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia. Se llega a sostener así <<la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por la Juez ante la que se ha celebrado el acto solemne del juicio (...), o que el control de la valoración de la prueba sólo puede efectuarse cuando resulte evidente un fallo o error deductivo, contradictor de las reglas de la sana crítica, entendiendo como tal las más elementales directrices de lógica humana, por lo que la decisión judicial que se alcanza con un proceso deductivo equivocado se presenta atentatoria a un razonar humano consecuente.

2º) Otras veces las sentencias son más específicas, en tanto que distinguen dentro de los medios de prueba, de modo que solo cabe revisar la apreciación hecha por el Juez a quo en la medida en que aquella no

dependa sustancialmente de la percepción directa o intermediación que el mismo tuvo por exclusividad”¹³⁶.

Distinguiendo entonces dentro de las sentencias dos niveles distintos de control, uno en el cual se encuentran fallas en la estructura lógica del razonamiento empleado por el legislador, y otro en que siendo una estructura “sana”, la racionalidad de una sentencia en sentido distinto al original hace necesaria la aplicación de la revisión; ello sin embargo no afecta a la hipótesis en que el legislador haya decidido otorgar un rango de racionalidad aceptable al sentenciador, respecto del cual el revisor no podrá pronunciarse.

b) Vía Recurso de Nulidad.

En el caso nacional, los “nuevos” procedimientos (penal, laboral) se han regido por los principios de oralidad e intermediación, en los cuales juega un rol fundamental el contacto directo de el o los sentenciadores con la prueba producida dentro de las audiencias, este sistema tiene como consecuencia directa que los actos producidos y valorados en ese momento no pueden ser percibidos por otros jueces revisores en las mismas condiciones; ello obligó al legislador a optar por un sistema recursivo diferente del nacional, en el cual, por regla general, habrá una única instancia y la posibilidad de ir a un superior jerárquico con la finalidad de revisar lo actuado en la instancia, a través, principalmente, del recurso de nulidad, que en palabras Astudillo:

“El caso de la nulidad el control es intermediado y ese control del juicio se hace con el material que proporciona la sentencia. Es la sentencia la que se examina y, en particular, el juicio contenido en esa sentencia. Por eso es indispensable que el juez señale cuáles son los medios de prueba, qué dicen esos medios de prueba, el análisis que hace de ellos, por qué acepta unos, por qué desestima otros, por qué prefiere unos en desmedro de otros. En fin, porque ese es el juicio que va ser revisado en sede de nulidad.

¹³⁶ Ídem. p. 623-624.

Entonces, el control es intermediado y lo que se controla no es la valoración, porque el tribunal no puede hacer una valoración. Lo que hace es controlar las razones que el juez da para afirmar la conclusión”¹³⁷.

En tanto la doctrina extranjera también se ha pronunciado respecto a esta especie de sistemas, Montero explica:

“La situación tiene que cambiar necesariamente cuando se parte de un proceso oral y sujeto al principio de inmediación (...) “La inmediación y el Recurso” Partiendo de la inmediación lo que sucede es que el tribunal a quo valora la prueba atendido, no a su reflejo documentado, sino con base en lo visto y oído directamente por él, mientras que el tribunal ad quem cuando le llega el recurso de apelación cuenta únicamente con el reflejo documental que, además, es menos completo que en el proceso escrito. (...). Por ello ha sido común sostener que <<la apreciación de la prueba por el órgano judicial de instancia solo es revisable en cuanto su valoración dependa en forma sustancial de la percepción directa de la misma. Ello se fundamenta en que el órgano de apelación o casación carece de la inmediación que permita fundar su convicción en conciencia respecto de la prueba producida”¹³⁸.

¹³⁷ ASTUDILLO, O. 2013. Ob. Cit. p. 139.

¹³⁸ MONTERO AROCA, J. 2011. Ob. Cit. p. 621-622.

CAPÍTULO II. EL RECURSO DE NULIDAD COMO INSTRUMENTO PARA EL CONTROL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO.

I. LA REFORMA AL PROCESO PENAL EN CHILE Y EL CAMBIO DE PARADIGMA EN MATERIA PROBATORIA Y RECURSIVA.

La reforma al proceso penal en Chile no solo significó la redacción y aprobación de un nuevo Código Procesal Penal (en adelante "CPP"), sino que importó una profunda transformación y el cambio integral de un sistema procesal en su conjunto, pasando de un sistema de corte inquisitivo a uno de carácter adversarial o acusatorio con separación de las funciones de investigación, acusación y juzgamiento en órganos diferentes y en el cual se reforzaron los principios de oralidad e inmediación, estableciendo el juicio oral a cargo de un tribunal colegiado, como principal garantía de los ciudadanos frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Esa centralidad del juicio oral vino acompañada de dos innovaciones inescindibles e imprescindibles para el adecuado funcionamiento del nuevo sistema como fue el abandono del sistema de prueba legal o tasada y la consagración de un sistema de libertad probatoria, de valoración de la prueba conforme a la sana crítica y el establecimiento de un sistema recursivo compatible con la existencia de juicios por audiencias en los que se consagra la primacía de los principios de oralidad, concentración e inmediación para el recibimiento y apreciación de la prueba, lo que hacía necesario restringir el control de las Cortes en la fijación y establecimiento de los hechos.

Lo anterior se tradujo, finalmente, en la eliminación del recurso de apelación y por tanto, de la doble instancia, y el establecimiento del denominado recurso de nulidad penal de naturaleza similar a la casación, instituyendo el CPP, así, una nueva concepción sobre el control que pueden ejercer las Cortes sobre las

decisiones adoptadas y una transformación en el sistema básico que regía en el sistema inquisitivo respecto a los recursos judiciales, la cual se encuentra plasmada en el Libro Tercero de dicho cuerpo legal, artículos 352 a 387.

En definitiva, se entendió que mantener la doble instancia era contradictorio con el fortalecimiento y relevancia que se requiere dar al tribunal del primer grado jurisdiccional como único órgano habilitado para recibir directamente, en juicios concentrados y con inmediación, la prueba ofrecida y, por tanto, para fijar y establecer los hechos.

Al respecto, cabe destacar, sin embargo, que el sistema recursivo propuesto originalmente por el Ejecutivo y la Cámara de Diputados con este objeto, fue muy diferente al finalmente aprobado por el Senado.

En particular en lo que respecta al control por las Cortes de la sana crítica como regla de valoración de la prueba, como se examinará enseguida, durante la tramitación legislativa el sistema recursivo sufrió una profunda transformación y restricción en su ámbito de aplicación, al punto que el Congreso eliminó el original recurso extraordinario propuesto cuyo objeto era precisa y exclusivamente el control de la racionalidad en la apreciación de la prueba, refundiéndolo junto a la casación en el actual recurso de nulidad.

A continuación, se examinará, brevemente, la historia del establecimiento de la ley en estos dos ámbitos, a fin de comprender y reconstruir las razones que llevaron al legislador a establecer dichas modificaciones y los resguardos que se tomaron para asegurar un funcionamiento y control adecuado del sistema de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

1. La valoración de la prueba en el CPP.

El CPP significó un cambio radical frente a la legislación procesal penal previa, esto es, la ley 19.696, con la introducción, implícita, de conceptos como el de "sana crítica" o "reglas de la sana crítica", pues el antiguo Código de Procedimiento Penal (en adelante "ACPP") contenía, fundamentalmente, un sistema de prueba legal o de prueba tasada respecto de los medios de prueba para hacer valer en juicio y su posterior valoración por parte del tribunal.

Dentro de las distintas discusiones que se formularon durante la tramitación de esta ley, ponemos énfasis en una discusión que se hizo en torno al artículo 205 del proyecto de código enviado a la Cámara de Diputados que disponía:

“Los tribunales apreciarán la prueba con entera libertad. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá de la fundamentación de cada uno de los hechos y circunstancias que se den por probados y el señalamiento de el o los medios de prueba mediante los cuales se den por acreditados tales hechos y circunstancias. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar dichas conclusiones.

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

En la valoración de la prueba no se podrán contradecir las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados ni las máximas de la experiencia”¹³⁹.

¹³⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1995. Historia de la Ley N° 19.696 que Establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. p. 91.

Sin perjuicio de la numeración en el proyecto, el actual artículo 297 del CPP mantiene una estructura similar al texto antes transcrito, el que se mantuvo sin alteraciones sustanciales durante toda la tramitación parlamentaria hasta que el nuevo Código fue promulgado.

Respecto a su discusión en la Comisión de Constitución, giró en torno al artículo 201 (según numeración de la comisión) que tuvo relación con dar por hecho que el sistema de prueba tasada sólo era compatible con un procedimiento escrito porque el juez, quien es el llamado a aplicar la ley, era un funcionario al servicio del monarca quien le otorgaba la norma y controlaba su aplicación exhaustivamente. De ahí se desprende la valoración de prueba tasada y un amplio régimen recursivo.

Con la modernización del Estado entonces, se reconoce no sólo la independencia del juez, sino que su capacidad de poder juzgar libremente en torno a criterios racionales y sometido al control de formación de la convicción y la fundamentación del fallo, estos últimos criterios se erigen como la principal fuente de control en el proyecto de código.

Sostuvieron los parlamentarios que el sistema de valoración de sana crítica era el único que podía satisfacer el nuevo principio de la oralidad, toda vez que resultaba anacrónico e ilógico constreñir al juez que, por primera vez en Chile, va a entrar en contacto directo con toda la prueba que se produzca en el juicio, permitiéndole de esa manera un margen de maniobra en torno a la resolución del conflicto que es lo que caracteriza la función jurisdiccional.

Se plantearon dudas en torno a los casos de equivocación en la valoración o la no fundamentación de la sentencia y se señaló, por parte del ejecutivo y

parlamentarios, que tal situación era una causal expresa del recurso de casación penal.¹⁴⁰

Este cambio fue una constante en la discusión legislativa del CPP. Ya en el mensaje del ejecutivo, de fecha 09 de junio de 1995, bajo la presidencia de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, se explicaba esta nueva modificación indicando que el sistema de libre valoración de la prueba era el único compatible con el reconocimiento de la autonomía del juez para adquirir convicción sobre los hechos, enfatizando la necesidad de la explicitación de los razonamientos utilizados para el establecimiento de los hechos como condición para el control de sus decisiones tanto por parte de tribunales, por medio de recursos en contra de la sentencia que contiene la decisión, como por medio de la sociedad. Además, se propuso explicitar los límites negativos de la libertad de valoración, estos son, las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia¹⁴¹.

En síntesis, el proyecto de ley contenido en el mensaje contemplaba un sistema de libre valoración de la prueba sujeto a una exigencia de racionalidad, a través de la explicitación del razonamiento para su eventual control, y a límites negativos.

Estos límites los constituían las reglas de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la

¹⁴⁰ Ídem. p. 334.

¹⁴¹ “En cuanto a la apreciación de la prueba, se propone la adopción del sistema de libre valoración de la prueba, único compatible con el reconocimiento de la autonomía de cada juez para adquirir la convicción sobre los hechos del caso. Se mantiene la exigencia de convicción el tribunal como estándar necesario para la condena. Paralelamente al reconocimiento de la libertad del juez para la valoración de la prueba, se enfatiza la necesidad de la explicitación de los razonamientos utilizados para el establecimiento de los hechos a partir de los diversos medios. Esta fundamentación debe constituirse en una de las exigencias más rigurosas para los jueces como único modo de garantizar el posterior control de sus decisiones, tanto por parte de los tribunales que conozcan de los recursos en contra de la sentencia como por parte del conjunto de la sociedad. Se propone también explicitar los límites negativos de la libertad de valoración con que cuentan los jueces, indicándose que ella no puede contradecir las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados ni las máximas de experiencia”. Ídem. p. 29-30.

experiencia. El límite a la valoración de la prueba, en el mensaje, en consecuencia, eran las reglas de la sana crítica.

En el primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados¹⁴² se consideraba que la opción legislativa por un sistema de libre valoración de la prueba (con límites) significaba ampliar el poder de los jueces, era una decisión acerca de la configuración del poder estatal. De ahí, por la importancia de esta decisión legislativa, se expresaron algunas inquietudes sobre qué pasaba en caso de equivocación o si esa valoración no fuera totalmente fundada¹⁴³. Esto gatilla la necesidad de un mecanismo de control¹⁴⁴.

No obstante, la inquietud presentada, la Cámara de Diputados estaba en acuerdo respecto de la adopción del sistema de valoración de la sana crítica (libre valoración de la prueba sujeta a límites).

En el Senado el panorama era similar. Así, en la discusión en sala se presentó, por parte de la Ministra de Justicia de entonces, Soledad Alvear, el nuevo sistema de valoración de la prueba resaltando la importancia del principio de inmediación, la libertad de prueba y una fórmula de valoración asimilable a la sana crítica¹⁴⁵.

¹⁴² "Sobre la libertad en la apreciación de la prueba, se mencionó que la proposición tiene un trasfondo, ya que hay una decisión sobre una política de Estado que definir. Hasta hoy, el Estado y el legislador tuvieron a los jueces con una actuación regulada. Hoy en día, se propone dar el paso que el Estado de Chile nunca dio, que es la plena libertad de los jueces para juzgar, sin marco regulatorio. Este tema invita a una reflexión que no es procesal, no es de procedimiento penal, sino de estructura del Estado y de los grados de participación del Poder Judicial en el desarrollo de las actividades del Estado. Ídem. p. 334.

¹⁴³ *Ibídem*.

¹⁴⁴ Este mecanismo de control es el recurso extraordinario, que será mencionado más adelante en este capítulo, que fue incorporado por la Cámara de Diputados al proyecto de ley por la inquietud que les representaba un ámbito específico que quedaba fuera del recurso de casación contemplado en el proyecto primigenio.

¹⁴⁵ "Me parece importante, aunque sea en algunos segundos, referirme al tema de la prueba. El principio fundamental es que sólo la prueba producida en el juicio, con la presencia de los tres jueces del tribunal colegiado y de las partes sirve para fundamentar la sentencia. Se establece así que la prueba producida en la instrucción no es idónea como respaldo del fallo, perdiendo esta etapa investigadora la

En consecuencia, el principio de inmediación y la mayor libertad en el ámbito probatorio están, de algún modo, vinculadas a una nueva perspectiva del trabajo de los jueces. Permitir la valoración utilizando el sistema de la sana crítica es un tema de configuración del poder estatal, en específico, del poder de los jueces en el establecimiento de los hechos. Reconocerles mayor libertad es otorgarles más poder.

A continuación, en el segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se entiende, nuevamente, que el sistema propuesto es uno de libertad en la apreciación de la prueba sujeto a los límites impuestos por las reglas de la sana crítica, destacando la divergencia de este sistema con aquel de “libre convicción”¹⁴⁶. En la discusión en sala continuó el acuerdo en este nuevo sistema de valoración. Es interesante, sin embargo, destacar lo siguiente:

*“El nuestro es un sistema de libertad, pero siguiendo los tres principios esenciales mencionados, que no hay duda de que la jurisprudencia irá llenando, la cual definirá qué significa lógica, conocimiento científico, experiencia, o sea, cosas ya sucedidas en el pasado”.*¹⁴⁷

En el Senado se entendió que la tarea de dotar de contenido normativo a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados le corresponde a la jurisprudencia. En tal sentido, se

importancia insuperable que, para la suerte del proceso, tiene en la actualidad. El proyecto reconoce la idoneidad de toda clase de instrumentos y medios de reproducción, inclinándose por una amplia admisión de prueba, complementada por una fórmula de valoración asimilable a la sana crítica, régimen usual hoy en todos los sistemas contemporáneos. Quiero destacar, entonces, que este Código Procesal Penal le da una mayor relevancia al trabajo que van a realizar los jueces, al entregar la valoración de la prueba a su sana crítica”. Ídem. p. 998.

¹⁴⁶ “Este artículo instaura el sistema de libertad de apreciación de la prueba, en reemplazo del sistema del Código de Procedimiento Penal denominado de prueba “tasada” o “legal”, en que es la propia ley la que determina el valor que debe asignársele a cada medio de prueba. No consagra, empero, un sistema de libre convicción, que es propia de los jurados, en que el juzgador puede darle a cada medio probatorio el valor que estime conveniente, sino que ordena apreciarlos respetando las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia”. Ídem. p. 1351.

¹⁴⁷ Ídem. p. 1665.

renunció a la opción de una definición legislativa del contenido específico de las reglas de la sana crítica, quizás, por la razón de que una definición de tal tipo recordaría al sistema de prueba legal. De ahí lo crucial que significa para el entendimiento de este sistema de valoración de la prueba, lo que digan los tribunales en sus sentencias respecto del contenido de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Como síntesis de lo que hemos señalado, destacamos que la idea de dejar atrás el sistema de valoración de la prueba vía prueba tasada fue transversal a todas las etapas de tramitación legislativa. Que la idea era una decisión política al concederle mayores atribuciones, es decir, poder, a los jueces. Que la jurisprudencia era la llamada a dotar de contenido a los límites a la libre valoración de la prueba. Y, por último, que la inquietud constante fue el modo de controlar la correcta valoración de la prueba que hicieren los jueces.

Por último, el contenido definitivo de la disposición relativa a la valoración de la prueba se fijó en el tercer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados.

Tal disposición se corresponde con el artículo 297 del vigente Código Procesal Penal conforme a la cual:

Artículo 297.- Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

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

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o 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”.

Esta norma se complementa con el art. 342 del mismo cuerpo legal conforme al cual:

Artículo 342.- Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá:

c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297.

2. Control de la valoración de la prueba conforme a la sana crítica. El recurso de nulidad.

En lo que respecta al sistema recursivo, cabe destacar que durante la tramitación legislativa en el Congreso Nacional la decisión sobre la creación del recurso de nulidad en materia penal fue objeto de un arduo debate, pasando por diversas etapas.

Así, de la revisión de la historia fidedigna del establecimiento de este nuevo medio de impugnación queda de manifiesto que fue el Senado el que en definitiva tuvo la idea de crear el recurso de nulidad, eliminando la introducción de los recursos extraordinarios y de casación propuestos por la Cámara de Diputados en un principio.

Esto significó un profundo cambio al texto original del proyecto del CPP presentado por el Ejecutivo al Congreso Nacional.

En efecto, el proyecto enviado al Congreso por el Ejecutivo contemplaba en una primera instancia dos recursos que serían procedentes en contra de las sentencias dictadas por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Estos recursos eran

el de casación y uno denominado extraordinario.

Al respecto, se había hecho patente la necesidad de eliminar la segunda instancia y, por consiguiente, de eliminar el recurso de apelación, el cual se estimó incompatible con la oralidad¹⁴⁸, pero se luchaba por establecer un recurso que cumpliera con los diversos tratados que tocan el ámbito relativo sobre el derecho al recurso.

Este cambio se manifestó en una disminución de los recursos procesales y la eliminación absoluta de la segunda instancia junto con la derogación de la consulta, lo que hacía necesario establecer un mecanismo que se preocupara de aquellas sentencias que fueron dictadas con infracción a las normas relativas a la prueba. El esfuerzo que intentó la cámara de diputados fue directo a las normas de valoración de la prueba, así como a la total evitación de la consagración de un recurso que permitiese la doble instancia.

La problemática que se presentó en la tramitación legislativa del Código Procesal Penal fue tratar de responder al cómo se podría controlar a los jueces para que estos valoraran de forma correcta la prueba y que no se llegara a un sistema de libre convicción, ya que, si bien, se estableció que los jueces tenían como límite, al valorar la prueba, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, no se definió cuál era el contenido normativo específico de estas reglas.

¹⁴⁸ En torno a la naturaleza de la apelación en el procedimiento oral, durante la tramitación en la Cámara se manifestó que: “En relación con este recurso, se consultó qué pasaría si el proceso oral se aprobara y este recurso fuere equivalente a lo que existe actualmente. Se contestó que no habría juicio oral. La oralidad del procedimiento requiere que el tribunal que conoce el juicio tenga el máximo poder de decisión. Si, en vez de darle el poder de decisión final, salvo excepciones, al tribunal que asiste al juicio oral, se le otorga a otro tribunal, que conocerá de la causa por la vía de la lectura del expediente, se estaría poniendo el centro del debate en la lectura del expediente y no en el juicio oral. No sólo se pondría el énfasis en la lectura del expediente, sino que se terminaría privilegiando la opinión del tribunal menos informado por sobre la opinión del tribunal más informado.”, Ídem. p. 387.

Con esto en vista, era necesario configurar un mecanismo a través de cual se pudiera controlar a los jueces llamados a valorar la prueba, es decir, aquellos que interactuarían con esta directamente en virtud del principio de inmediación.

En el mensaje del Ejecutivo, el mecanismo de control principal de la valoración de la prueba era a través del deber de fundamentación de las sentencias o, en otros términos, de la explicitación de los razonamientos utilizados¹⁴⁹.

Así, la necesidad de explicitar los razonamientos utilizados para el establecimiento de los hechos era pensada, por el legislador, como una condición necesaria de la posibilidad de un posterior control por parte de los tribunales superiores y de la sociedad. Este control por parte de tribunales se materializó, en el mensaje, en el recurso de casación¹⁵⁰ el que, en su configuración concreta como mecanismo de control otorgaba a la Corte Suprema una competencia limitada para revisar la sentencia pues sólo procedía cuando en la sentencia se manifestaren vicios a propósito de la infracción de una norma legal o constitucional, lo que excluía del ámbito de control a través del recurso lo relativo a los hechos, cuestión que era totalmente intencional, en tanto se pretendía con ello resaltar la importancia de la intangibilidad de los hechos y del principio de inmediación¹⁵¹.

En consecuencia, la idea fuerza era que los hechos estaban vedados de control por la configuración del nuevo sistema procesal penal bajo el principio de inmediación.

¹⁴⁹ Ídem. p. 29.

¹⁵⁰ “El recurso fundamental que propone el proyecto es el de casación, como medio de impugnación de aplicación general en contra de las sentencias definitivas. Como norma general este será procedente ante la Corte Suprema, pero corresponderá ante la Corte de Apelaciones en los casos en que la sentencia definitiva sea dictada por un tribunal unipersonal como en los casos en que se falla en un procedimiento por faltas o en uno tramitado de manera abreviada”. Ídem. p. 31.

¹⁵¹ “La interposición del recurso de casación otorga a la Corte Suprema una competencia limitada para revisar la sentencia. Ella sólo puede ser ejercida en cuanto la propia sentencia o el procedimiento en el que se funda adolezcan de vicios originados en la violación de disposiciones legales o constitucionales. Con ello se cautela la intangibilidad de los hechos establecidos por el tribunal del juicio a partir de su percepción directa de la prueba”. Ibídem.

Con todo, ya en el primer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, se expresó la inquietud acerca de la posibilidad de error en la valoración o que ésta no fuera totalmente fundada. Esta inquietud se respondió en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, indicando, principalmente, que el no cumplimiento de la exigencia de fundamentación daría lugar a una causal de casación absoluta¹⁵²:

La Cámara de Diputados, no obstante, pareciera no haber quedado satisfecha frente a esta respuesta, pues luego incorporó un nuevo recurso, denominado recurso extraordinario, por medio del cual se podría impugnar la sentencia definitiva condenatoria del juicio oral, que se aparte, manifiesta y arbitrariamente, de la prueba rendida en la audiencia¹⁵³. Este recurso sería conocido por la Corte de Apelaciones respectiva¹⁵⁴.

Al respecto, se argumentaron diversas posiciones frente a la necesidad, o no, de la incorporación de este recurso extraordinario. Tales argumentos están vertidos en el Informe de la Comisión de Constitución, en segundo trámite constitucional, en el Senado.

Así, a favor de su incorporación, estuvieron, entre otros, la Presidenta de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial¹⁵⁵, el profesor Piedrabuena¹⁵⁶, el profesor señor Paolinelli¹⁵⁷ y por último, el Ministro señor

¹⁵² "Se pasará de un sistema de prueba en conciencia, que se tiene actualmente, sin fundamentación o con una puramente formal, a otro que reconoce efectivamente la libertad de los jueces para apreciar la prueba y a exigirles una fundamentación precisa. El sistema de fundamentación es tan extraordinariamente exigente que, de no cumplirse, existe una causal de casación absoluta. Aunque se les está reconociendo a los jueces más libertad, en la práctica se los está restringiendo". Ídem. p. 334.

¹⁵³ Ídem. p. 309.

¹⁵⁴ Ídem. p. 390.

¹⁵⁵ "[...] la incorporación en el proyecto del recurso extraordinario, así como una mayor amplitud en materia de casación, amplían la posibilidad de revisión de resoluciones, si bien pueden parecer perturbadoras desde la perspectiva del principio de inmediación, no plantea reparos a los magistrados pues se considera que la revisión, por doble instancia u otros recursos, constituye un instrumento de garantía y eficacia del sistema". Ídem. p. 957.

¹⁵⁶ "[...] afirmó que es discutible la constitucionalidad de la única instancia, en cuanto vulneraría las normas del debido proceso, que garantizan al imputado poder recurrir contra una sentencia condenatoria.

Garrido¹⁵⁸.

La otra posición, es decir, aquella que desaconsejaba la incorporación del recurso extraordinario, estaba encabezada por la Ministra de Justicia de entonces, Soledad Alvear¹⁵⁹.

En el mismo sentido, el profesor señor Mosquera, señaló que este recurso le recuerda mucho al de queja, con la diferencia que este afecta a la prueba, pero no tiene límites, lo que, a su juicio, abre un forado enorme en la legislación y en el sistema de recursos¹⁶⁰.

Otras opiniones que desaconsejaban la incorporación de este recurso extraordinario fueron emitidas por el profesor señor Poblete¹⁶¹ y el profesor señor Soto¹⁶².

Advirtió la necesidad de precisar algunos aspectos del recurso, como la referencia a una audiencia oral de la Corte de Apelaciones que se contempla en el artículo 412". *Ibíd.*

¹⁵⁷ "[...] encontró justificado su establecimiento, ante la ausencia del recurso de apelación y frente a la gravedad que podría significar que la sentencia definitiva condenatoria del juicio oral se apartara manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida, causal que, por su naturaleza y atendido el sistema probatorio establecido, parece que no podría dar origen al recurso de casación". *Ibíd.*

¹⁵⁸ "[...] el recurso extraordinario ha llamado la atención de la Corte Suprema y algunas opiniones consideran que es una forma de superar el problema de la desaparición, de hecho, del recurso de apelación. Si bien aparece limitado a los tribunales orales, se estima que puede ser una vía rápida de solución de ciertas inquietudes de parte de los afectados en los litigios. No se ha considerado su incorporación al recurso de casación, al que no se contraponen. Estimó que, para solucionar situaciones claras en que se hubiese producido una apreciación equivocada de la prueba no tendría por qué anularse el proceso, sino que podría corregirse la sentencia en ese aspecto, puesto que se trataría de puntos específicos en relación a la prueba, lo que diferenciaría un poco más del recurso de casación propiamente tal". *Ídem.* p. 962.

¹⁵⁹ "[...] estima que la causal es muy amplia y podría significar el uso indiscriminado del recurso, lo cual provocaría tardanza en las resoluciones, recargo en el trabajo de las Cortes de Apelaciones y recarga financiera para el sistema, pues, de acogerse el recurso, debe procederse a la realización de un nuevo juicio oral. Además, destacó que se afecta la inmediatez del a través de las actas que se levantan de sus diversas diligencias, con lo cual no habría ningún cambio sustancial en relación con el actual sistema". *Ídem.* p. 957-958.

¹⁶⁰ *Ídem.* p. 958.

¹⁶¹ "[...] este recurso compromete gravemente la idea de centralidad del juicio oral, que es la instancia lógica de resolución del conflicto cuando ya habían fallado las salidas alternativas, y la decisión del tribunal del juicio oral, que, por la concurrencia de las condiciones que supone, representa la máxima garantía de enjuiciamiento, sólo debe ser susceptible de ser impugnada mediante la casación. A su juicio, este recurso hace caer al proyecto en una enorme contradicción, porque, por una parte consagra un juicio oral "en serio", consagrando el valor de la inmediatez en la apreciación de la prueba, y por otro lado se señala que un

Finalmente, la suerte del recurso extraordinario fue decidida en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado. En esta instancia se señaló que la inquietud de la Cámara de Diputados era remediable por el recurso de casación cuando se infringen las leyes reguladoras de la prueba en el contexto del sistema anterior lo que era incompatible con un sistema de apreciación de la prueba no sometido a valoraciones legales. Respecto al recurso extraordinario se señaló que les generaba “temor” que se transformase en ordinario, lo que implicaría la revisión de los registros del juicio oral por la Corte de Apelaciones (cuestión que vulneraría la idea del principio de inmediación). Esto recargaría el sistema y sería incongruente con el rechazo al recurso de apelación¹⁶³.

tribunal superior pueda calificar la prueba rendida ante otro tribunal, basándose en un expediente y no apreciando la prueba directamente. Compromete también la operación eficaz del Código, porque, en la práctica, el juicio oral quedará como un primer paso y se recurrirá siempre de toda sentencia condenatoria, hasta convertirlo en una apelación ordinaria, atiborrando a las Cortes de recursos". *Ibidem*.

¹⁶² "[...] también se mostró contrario a la incorporación del recurso extraordinario, que en su parecer no se justifica en absoluto, salvo que se siga suscribiendo la tesis de la necesidad de un recurso de apelación, cualquiera sea la denominación que se le otorgue. En un juicio oral, en el cual rige como principio fundamental la inmediación, no se entiende de qué manera el tribunal que ha de conocer el recurso pudiera estar en mejores condiciones que el tribunal del juicio oral para evitar que se produjera un "apartamiento manifiesto y arbitrario" de la prueba rendida durante el juicio oral. Agregó que la competencia que el artículo 410 otorga en algunos casos a la Corte Suprema para conocer del recurso transforma a ésta en un tribunal de instancia, facultándola para conocer hechos, lo que no se condice con su naturaleza de tribuna de casación, que se ha tratado de reforzar con las últimas modificaciones introducidas al Poder Judicial. No resulta difícil prever que este medio de impugnación se constituirá, en todos los casos de condena, en un recurso de apelación encubierto para lograr la revisión de los hechos, con la consiguiente recarga de trabajo para los tribunales superiores". *Ibidem*.

¹⁶³ "La idea que tuvo la Cámara de Diputados al crear el recurso extraordinario fue la de cubrir un ámbito de arbitrariedad que hoy es remediable por el recurso de casación cuando se infringen las leyes reguladoras de la prueba, en el contexto de la prueba legal o tasada. Pero, dentro del nuevo Código, que instaura un sistema de apreciación de la prueba no sometido a predeterminadas valoraciones legales, no resultaría procedente recurrir de casación con fundamento en la violación de las normas de apreciación de la prueba. Se quiso, entonces, que en casos excepcionales, generados, por ejemplo, por el hecho de que la presión social en un lugar determinado hubiere llevado al tribunal de juicio oral a apreciar abiertamente en forma arbitraria la prueba rendida y, sobre esa base, a dictar sentencia condenatoria en circunstancias que debió absolver, pudiera subsanarse esa injusticia. Y la forma de remediarla no sería anulando el fallo y dictando sentencia de reemplazo, sino ordenando la repetición del juicio oral. La Comisión consideró razonable esa preocupación, pero le asaltó el temor de que el recurso extraordinario, en la práctica, se transforme en ordinario, y, so pretexto de que el tribunal se ha apartado manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida, se pida habitualmente que la Corte de Apelaciones revise los registros del juicio oral. Eso, por una parte, recargaría el sistema indebidamente, al permitir que se eleven a la Corte de Apelaciones todas, o casi todas, las causas falladas por el tribunal de juicio oral con resultado de condena. Por otra parte, sería incongruente con el rechazo del recurso de apelación, que se convino por entender que el tribunal de juicio

La Comisión entonces, consideró que el recurso extraordinario era incompatible con el nuevo sistema procesal penal, además de que generaría una carga de trabajo indebida. Estas consideraciones de La Comisión llevaron a la eliminación del recurso de casación y del recurso extraordinario del proyecto, reformulándose y consolidándose en el vigente recurso de nulidad. Al respecto se dijo lo siguiente¹⁶⁴:

“Después de analizar el tema en numerosas sesiones, la Comisión decidió reformular completamente los recursos extraordinario y de casación, y en su reemplazo crear un recurso de nulidad, medida que no responde a un mero cambio de términos, sino que a innovaciones de fondo.”

Ahora bien, para recoger la inquietud de la Cámara de Diputados, que motivó la creación del recurso extraordinario, la comisión estableció como uno de los motivos absolutos de nulidad la omisión de algunos de los contenidos que necesariamente deben figurar en la sentencia, entre los cuales se cuenta la valoración de los medios de prueba que fundamentaren las conclusiones acerca de los hechos y circunstancias que se dieran por probados¹⁶⁵.

oral, que es el que recibió la prueba, es el más idóneo para valorarla y dictar la sentencia, ya que, en el fondo, desde el punto de vista de la valoración de la prueba, se permitiría que la Corte de Apelaciones hiciera, vía recurso extraordinario, lo que no se quiso que realizara vía de recurso de apelación.” Ídem. p. 1165-1166.

¹⁶⁴ Ídem. p. 1166.

¹⁶⁵ “Es preciso observar que uno los motivos absolutos de nulidad consiste en que la sentencia hubiere omitido alguno de los contenidos que necesariamente deben figurar en ella, entre los cuales se cuenta la valoración de los medios de prueba que fundamentaren las conclusiones acerca de los hechos y circunstancias que se dieran por probados. De esa manera se recoge la inquietud que tuvo la Cámara de Diputados al crear el recurso extraordinario, pero con mayor propiedad, puesto que la causal que éste contemplaba, en orden a que los jueces del juicio oral se hubiesen apartado en forma manifiesta y arbitraria de la prueba rendida o, lo que es lo mismo, que apreciaron mal la prueba, no se compadece con el hecho de que ellos tienen la facultad de apreciar libremente la prueba, salvo ciertos límites que tienen que ver con las reglas de lógica formal, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. **Si se apreció bien o se apreció mal la prueba, por tanto, no es un aspecto que esté sujeto al control de un tribunal superior. Otra cosa es la revisión que éste puede hacer acerca de la relación lógica entre la valoración de la prueba que los sentenciadores hacen y las conclusiones a que llegan en su fallo**” (el destacado es nuestro). Ídem. p. 1167.

Es crucial destacar que, en esta etapa, la comisión entendió que estaba excluido del control que se puede hacer a través del recurso de nulidad si se "apreció bien o se apreció mal la prueba", en otros términos, la apreciación errónea de la prueba, bajo el pensamiento de la comisión, era un ámbito vedado de revisión para los jueces que estuvieran llamados a conocer del recurso de nulidad por esta causal. La duda que quedó fue qué significaba apreciar mal o apreciar bien la prueba. Esto dejó un amplio espacio de interpretación acerca de los límites del control que pueden ejercer los tribunales superiores bajo esta causal¹⁶⁶.

Luego, ni en el Tercer Trámite Constitucional ni en la Comisión Mixta fue alterada esta configuración acerca del control de la valoración de la prueba.

Por último, y en lo que atañe al objeto de nuestro estudio, estimamos necesario plasmar el resultado final acerca del recurso de nulidad en la causal que interesa bajo este trabajo de investigación. Así, el recurso de nulidad quedó regulado en el artículo 372 del CPP y siguientes, de este modo:

"Artículo 374.- Motivos absolutos de nulidad. 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);"

Por su parte, el artículo 342 dispone que:

"Artículo 342.- Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá:

c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables

¹⁶⁶ Esto, como se verá, es parte de los orígenes de las diversas maneras en que las Cortes interpretan el ámbito de control que la ley les otorga a través del recurso de nulidad, en específico, del motivo absoluto de nulidad del artículo 374, letra e) del CPP.

al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297."

El artículo 297, como se mencionó anteriormente, fue aprobado en los siguientes términos:

"Artículo 297.- Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de 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 dieren 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."

Cerrando este apartado, una cuestión característica en cuanto al fallo del recurso de nulidad por esta causal, es la prohibición existente para la Corte de dictar sentencia de reemplazo. En estos casos debe remitir los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere.

Así lo dispone el artículo 385 CPP, conforme al cual:

Artículo 385.- Nulidad de la sentencia. La Corte podrá invalidar sólo la sentencia y dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, si la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por

probados, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere.

El que se debe entender en conjunto con el artículo 386 del CPP:

Artículo 386.- Nulidad del juicio oral y de la sentencia. Salvo los casos mencionados en el artículo 385, si la Corte acogiere el recurso anulará la sentencia y el juicio oral, determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral. No será obstáculo para que se ordene efectuar un nuevo juicio oral la circunstancia de haberse dado lugar al recurso por un vicio o defecto cometido en el pronunciamiento mismo de la sentencia.

II. EL RECURSO DE NULIDAD PENAL EN CHILE Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS EXIGENCIAS DEL DERECHO AL RECURSO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. ALCANCES DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 374 LETRA E) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Como ha quedado de manifiesto en el debate legislativo del recurso de nulidad, la principal dificultad y discusión que se presenta respecto de los recursos extraordinarios, en general, dice relación con los límites o fronteras del objeto de conocimiento de cada uno de ellos, siendo el límite más relevante para estos efectos el que representa la distinción entre los hechos y el derecho y la posibilidad así como los límites de las Cortes para el control de la fijación de estos últimos, entendiéndose en general que la valoración y fijación de los hechos es una cuestión que corresponde a los jueces del primer grado jurisdiccional.

Como señala Accatino, sin embargo, tratándose de recursos extraordinarios en la práctica es posible observar que los hechos *“han ido encontrando rendijas por la que infiltrarse en el templo del derecho”*. *¿Cuáles serían estas “rendijas”?* La respuesta comprende tres elementos fundamentales: el control del cumplimiento de la exigencia de la motivación de las decisiones judiciales, el respeto por la presunción de inocencia y demás garantías fundamentales y, el más relevante: el control de la errónea aplicación del derecho, entendida ésta última como la aplicación de las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios de la lógica”¹⁶⁷.

Lo anterior, se relaciona, asimismo, y en lo que corresponde a este apartado con las exigencias que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha venido imponiendo a los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a efectos de adecuar sus respectivos sistemas legislativos en

¹⁶⁷ ACCATINO, D. 2009. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Número XXXIII. (Valparaíso, Chile). p.348.

materia de recursos en lo penal y satisfacer los estándares mínimos del denominado derecho al recurso, el cual, más allá de los nombres o nomenclaturas específicas que se utilicen, y conforme a la interpretación que ha sostenido la corte interamericana, debiera permitir una revisión integral de la sentencia.

La ubicación normativa de la garantía contenida en la letra h) del artículo 8 de la Convención nos indica no sólo el derecho positivo de recurrir de un fallo condenatorio ante un juez superior, sino que involucra necesariamente que este derecho forme parte de un cúmulo mayor de garantías al que la doctrina y jurisprudencia llama ordinariamente “El debido proceso”.

En la línea de lo ya señalado, cabe estudiar la limitación al sistema recursivo penal que ha establecido el legislador chileno así como la posterior y restrictiva interpretación sostenida por las Cortes en cuanto a la naturaleza extraordinaria y estricta del recurso de nulidad particularmente en lo referente a la modificación y control en el establecimiento de los hechos que motivan el fallo, ya que se ha puesto en entredicho el cumplimiento por parte del estado chileno de las exigencias del derecho al recurso en materia penal como garantía judicial esencial de los ciudadanos frente al Estado, al tiempo que ha hecho cuestionarse a la doctrina sobre la efectividad de este recurso como instrumento para el control de la racionalidad de la valoración de la prueba conforme a la sana crítica por los jueces del grado.

Como es sabido, dentro de las garantías constitucionales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, nos encontramos con determinadas garantías consagradas en tratados internacionales. En virtud del artículo 5 de la Constitución Política de la República se encuentran integrados al texto constitucional, diversos tratados internacionales, dentro de los cuales destaca el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (en adelante el Pacto).

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen el llamado “derecho al recurso” que le corresponde al condenado en un proceso judicial. Se trata, en definitiva, de una garantía judicial que dice relación con el derecho de toda persona de poder recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, para lo cual es necesario que estén consagradas vías procesales que permitan la revisión del fallo en un segundo momento y por un tribunal distinto, de lo resuelto anteriormente por otro tribunal, generalmente inferior, en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14 n°5: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Por otro lado, no tan sólo la sentencia es la que puede ser revisada, sino que también la pena que impone la sentencia condenatoria.¹⁶⁸

Es importante tener presente que dicha disposición establece un mínimo requerido, es decir, al menos se debe dar la posibilidad de recurrir de los fallos condenatorios, sin perjuicio que, en la legislación interna de cada país, se pueda recurrir de las sentencias absolutorias o condenatorias, indistintamente.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8 que se titula “Garantías Judiciales” expresa en su N°2 letra h): “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legamente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona

¹⁶⁸ NACIONES UNIDAS. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [En línea] <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>> [Consulta: 23 de agosto de 2017].

tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”¹⁶⁹.

El artículo antes citado nos expresa una garantía de dos fases consistente la primera en el derecho subjetivo a recurrir de una sentencia, derecho que corresponde a toda persona, y la segunda en el establecimiento de recursos procesales que hagan efectivo dicho derecho, esta última una obligación para los estados parte, siendo el mecanismo por excelencia que contemplan las diversas legislaciones del mundo para materializar este principio de la doble instancia, el recurso de apelación.

Siguiendo lo anterior, se examinarán tres casos emblemáticos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante La Corte, ha cuestionado y analizado sí las legislaciones internas de los países contemplan recursos procesales que permiten el examen de una sentencia de primera instancia, por una parte, y si por medio de estos recursos puede satisfacerse un estándar de control que implique la revisión de los hechos y del derecho en un caso concreto¹⁷⁰.

En términos generales, como se verá, la Corte ha establecido la necesidad

¹⁶⁹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos. [En línea] <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm> [Consulta: 23 de agosto de 2017].

¹⁷⁰ Así las cosas, esta garantía ha sido interpretada por de la siguiente manera: El derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior puede concebirse como la expresión del derecho a contar con un recurso judicial efectivo, según el artículo 25.1 de la Convención. Además, la falta de un recurso de apelación infringe el artículo 25.2.b de la Convención, mediante el cual las partes se obligan a “desarrollar las posibilidades de recurso judicial” La Corte en el mismo caso ha sostenido que: “Al intentar refutar la violación al artículo 8.1 de la Convención, el Estado reconoce que la casación solo procede por razones de forma, puesto que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica no había tenido oportunidad de revisar íntegramente en casación los hechos en el proceso penal en contra del señor Mauricio Herrera Ulloa.” En opinión de La Corte entonces, un recurso extraordinario de casación no satisface el estándar que contempla el artículo 8.2.h así como lo dispuesto en el artículo 25 del Pacto, de esta forma determina concluyentemente que: “la jurisprudencia internacional ha tendido a considerar contrario al Derecho Internacional de los Derechos Humanos los recursos que no permitan una revisión de los hechos y del derecho aplicado” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2004. Sentencia caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

de que los Estados partes contemplen la existencia de un recurso judicial efectivo que permita una revisión integral de la sentencia, es decir, tanto el derecho como los hechos en función de los cuales un tribunal resuelve un conflicto en primera instancia.

Ante controversias sobre el tema, en diversos fallos, se ha precisado el contenido y alcance de esta garantía: debe tratarse de un recurso ordinario, accesible, eficaz, que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido, debe estar al alcance de toda persona condenada y respetar las garantías procesales mínimas¹⁷¹.

En cuanto a asegurar un examen integral de la decisión recurrida, La Corte ha entendido que deben analizarse cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas de forma conjunta, lo que se explica por la interdependencia en la determinación de los hechos para aplicar el derecho, de modo que, si se fijan erróneamente los hechos, se aplicará indebidamente el derecho.

Conforme a lo expuesto, el punto pasa por determinar, en consecuencia, si el sistema recursivo chileno en materia penal y la interpretación que han hecho las cortes del mismo, cumple o no con estos estándares exigidos por el sistema interamericano de derecho humanos, esto es, si el denominado recurso de nulidad permite o no una revisión integral de la sentencia recurrida.

En los párrafos que vienen, examinaremos con detalle la interpretación que ha sostenido la Corte Interamericana respecto del derecho al recurso y, en particular, el pronunciamiento respecto del sistema recursivo penal chileno el que, precisamente, ha sido sometido al escrutinio de la Corte a propósito de esta restricción en la revisión o control del establecimiento de los hechos.

¹⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Sentencia caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. p. 93. [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf> [Consulta: 09 de septiembre de 2017].

1. Caso Herrera Ulloa V/S. Costa Rica

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó demanda con base en el artículo 51 de la Convención Americana, con el fin de que La Corte decidiera si el Estado violó el artículo 13, relativo a Libertad de Pensamiento y de Expresión, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1, sobre Obligación de Respetar los Derechos, y 2, relativo a Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno, de dicho tratado, en perjuicio de los señores Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser, por cuanto el Estado emitió una sentencia penal condenatoria, en la que declaró al señor Herrera Ulloa autor responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, con todos los efectos derivados de la misma, entre ellos la sanción civil.

Los hechos que expuso la Comisión se refieren a las supuestas violaciones cometidas por el Estado de Costa Rica, al haber emitido el 12 de noviembre de 1999 una sentencia penal condenatoria, como consecuencia de que se publicaran en el periódico “La Nación” diversos artículos escritos por Mauricio Herrera Ulloa, cuyo contenido supuestamente consistía en una reproducción parcial de reportajes de la prensa escrita belga que atribuían al diplomático Félix Przedborski, representante *ad honorem* de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria, la comisión de hechos ilícitos graves.

Este caso presenta gran relevancia en tanto se refiere al Derecho de recurrir, dando una definición del mismo derecho. Ello, porque en el caso en comento, se interpuso el recurso de casación en dos oportunidades, y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar los mencionados recursos, como consecuencia de tal decisión quedó firme la sentencia condenatoria.

Una primera aproximación al Derecho de Recurrir es la entregada por el abogado Carlos Tiffer Sotomayor, en su peritaje utilizado como medio de prueba, quien señala:

“El derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana significa que el acusado tiene derecho a que se revise íntegramente el fallo en el ámbito de los hechos, en el ámbito de derecho y, particularmente, en el ámbito de la pena. El debido proceso forma parte de este derecho”¹⁷²

Además, indica que el único recurso que procede contra una sentencia condenatoria en el sistema costarricense es el recurso extraordinario de casación. Sin embargo, el recurso de casación no es un recurso pleno ni corresponde al derecho contenido en el artículo 8 de la Convención Americana, pues no permite una revisión integral del fallo tanto en los hechos como en el derecho; ya que la revisión que hace el Tribunal de Casación Penal es muy limitada y se restringe exclusivamente al derecho.

Los recurrentes, en el mismo sentido agregan, que:

“El recurso de casación no es un recurso pleno, sino que es un recurso extraordinario. No autoriza la revisión completa del caso en los hechos y en el derecho, sino que se resuelve en diversos y complicados formalismos, lo cual es contrario al artículo 8.2.h de la Convención. El recurso de casación no permite la reapertura del caso a pruebas, ni una nueva valoración de las ya producidas, ni ningún otro medio de defensa que no esté comprendido en la enumeración del artículo 369 del Código Procesal Penal de Costa Rica”¹⁷³

¹⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2004. Sentencia caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. P. 24. [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf> [Consulta: 09 de septiembre de 2017].

¹⁷³ Idem. P. 73.

Para la Corte, el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior puede concebirse como la expresión del derecho a contar con un recurso judicial efectivo, según el artículo 25.1 de la Convención. Por otra parte, la falta de un recurso de apelación – en sede penal, como ocurre en Costa Rica y Chile- infringe el artículo 25.2.b de la Convención, mediante el cual las partes se obligan a desarrollar las posibilidades de recurso judicial.

Es posible señalar que la jurisprudencia internacional ha tendido a considerar contrario al derecho internacional de los derechos humanos los recursos que no permitan una revisión de los hechos y del derecho aplicado. Ya que los estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente, y a la vez de asegurar, la aplicación de los recursos efectivos y las garantías de debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas.

Particularmente, y en relación con el proceso penal, es necesario señalar que la Corte, al referirse a las garantías judiciales ha establecido que para que en un proceso existan estas garantías es preciso que se observen todos los requisitos que *“sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”*¹⁷⁴, las condiciones deben cumplirse para asegurar la defensa de aquellos cuyos derechos están bajo consideración jurídica.

La Corte considera que el derecho de recurrir es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que la sentencia pueda ser revisada por un tribunal distinto y de superior jerarquía.

¹⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003b. Sentencia Caso Maritza Urrutia vs Guatemala. P. 11. [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf> [Consultado: 09 de septiembre de 2017]; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003c. Sentencia caso Myrna Mack Chang vs Guatemala. p.27. [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. [Consulta: 09 de septiembre de 2017]; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Sentencia caso Bulacio vs Argentina. p. 16. [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf> [Consulta: 09 de septiembre de 2017].

El recurso que permite una revisión de la sentencia adversa, y que es al que se refiere el artículo 8.2.h de la Convención, debe ser un recurso ordinario eficaz, mediante el cual se procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho, y por lo tanto no es posible establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir.

2. Caso Mohamed V/S Argentina.

El caso Mohamed versus Argentina trata sobre un conductor de transporte público de la ciudad de Buenos Aires el cual fue condenado en segunda instancia por una sala de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal, bajo los cargos de homicidio culposo producido por el atropello y posterior fallecimiento de un transeúnte en la ciudad de Buenos Aires.

En primera instancia había sido absuelto de los cargos por el Juzgado Nacional en lo Correccional N°3, toda vez que el magistrado de la causa no dio por acreditada la existencia de culpa en el fallecimiento de la víctima citando al efecto la prueba de la que se había hecho cargo para arribar a dicha conclusión. Con posterioridad, el fallo fue revocado por el tribunal superior jerárquico y se rechazaron los recursos extraordinario federal ante la Corte Suprema y de queja por denegación de recursos.

El rechazo de estos recursos en fase de admisibilidad por motivos de forma fue alegado por los requirentes y la Comisión Interamericana por cuanto se ha denegado el derecho a recurrir del fallo condenatorio de segunda instancia, toda vez que no existen recursos ordinarios en el ordenamiento jurídico argentino que habiliten la revisión integral de un fallo de segunda instancia.

Para la resolución del conflicto La Corte estimó el alcance del derecho al recurso de la siguiente manera:

Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la

*Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado.*¹⁷⁵

A continuación, La Corte razona en cuanto al contenido del derecho al recurso en una forma muy similar a como lo haría después en el caso *Norín Catrimán versus Chile* en el sentido de establecer que:

*“El derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. La Corte ha sostenido que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente”*¹⁷⁶

Luego del análisis de los elementos del caso La Corte estimó que tanto el Recurso Federal Extraordinario como el recurso de queja por denegación de recurso no constituyen medios procesales de impugnación que revistan las

¹⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Sentencia caso Mohamed vs Argentina. p. 30. [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf> [Consultado: 09 de septiembre de 2017].

¹⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Ob. Cit. p. 31

características de ser accesibles y eficaces para permitir el examen de una sentencia penal condenatoria de segunda instancia y que por lo tanto se había afectado el derecho a la defensa del señor Mohamed, estimando entonces una violación al derecho consagrado en el artículo 8° N°2 letra h) del Pacto y condenando a la Argentina a realizar modificaciones de derecho interno en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° del Pacto.

3. Caso Norín Catrimán y Otros V/S Chile.

El 07 de agosto del año 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso “Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros, respecto de la República de Chile”, alegando la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷⁷, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento¹⁷⁸.

El presente caso trató acerca de la detención y posterior procesamiento y condena de un grupo de Lonkos pertenecientes al pueblo mapuche, los cuales

¹⁷⁷ En lo que atañe a nuestro estudio, Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (...).

¹⁷⁸ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

fueron juzgados bajo la aplicación de la ley antiterrorista en el contexto del conflicto mapuche por la recuperación de tierras ancestrales, lo que ha desembocado en algunos hechos de violencia durante los últimos 20 años en el sur de nuestro país.

En particular estas personas fueron juzgadas a partir del año 2002 en la región de la Araucanía en la cual se encontraba vigente la reforma procesal penal a la fecha de los hechos. En tales juicios fueron absueltos por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, juicio que fue anulado por la Corte Suprema, y fueron finalmente condenados en un segundo juicio oral ante jueces no inhabilitados.

El recurso de nulidad interpuesto por las defensas, fue rechazado por la Corte Suprema en diciembre de 2003. Respecto de otros imputados estos fueron condenados en única instancia y los recursos de nulidad fueron rechazados en su oportunidad por la Corte de Apelaciones de Temuco.

Particularmente, en la sentencia desestimatoria de los recursos de nulidad emitida por la Corte de Apelaciones de Temuco el 13 de octubre de 2004, se señaló por los intervinientes representantes de las presuntas víctimas, que se ha infringido esta garantía, entre otras cosas, porque varios de los testimonios ofrecidos por los acusados no fueron valorados o siendo valorados no lo realizaron de forma independiente, o por algunas pruebas que fueron desestimadas indebidamente. Y esto se produjo al no querer incidir en la revisión de los hechos.

En lo que nos interesa, en todos estos casos la garantía judicial vulnerada corresponde a la contenida en el artículo 8, N°2, letra h) que comprende el derecho al recurso y se fundamenta el alegato de la Comisión Interamericana en que:

(...) en el caso de los sistemas procesales penales en los cuales rigen primordialmente los principios de la oralidad y la inmediación, los Estados están obligados a asegurar que dichos principios no impliquen exclusiones

o limitaciones en el alcance de la revisión que las autoridades judiciales están facultadas a realizar” y, al mismo tiempo, sostuvo que “la revisión del fallo por un tribunal superior no debería desnaturalizar la vigencia de [dichos] principios”. Señaló que el Código Procesal Penal de Chile excluyó el recurso de apelación respecto de las sentencias penales dictadas por un tribunal de juicio oral y estableció que contra las sentencias de estos tribunales únicamente procede el recurso de nulidad por las causales expresamente señaladas en la ley.¹⁷⁹

La Comisión sostuvo, a su vez, que el derecho a recurrir del fallo penal condenatorio:

(...) fue vulnerado por el sistema jurídico chileno, tal y como les fue aplicado por los tribunales”. Asimismo, consideró que los tribunales nacionales “efectuaron una interpretación particularmente restrictiva de su competencia para pronunciarse sobre los referidos fallos, en el sentido de que únicamente podían [decidir] sobre asuntos de derecho, en el marco de las causales estrictamente delimitadas en la ley¹⁸⁰.

Al respecto, el Estado chileno sostuvo que el sistema recursivo del Código Procesal Penal se conforma con el artículo 8.2.h de la Convención, afirmando que el recurso de nulidad solo es uno de los mecanismos para evitar el error judicial, compartiendo dicho lugar con el estándar de convicción “más allá de toda duda razonable” y la composición colegiada de los Tribunales Orales en lo Penal.

Añadió que el sistema recursivo penal es respetuoso y conforme a los sistemas acusatorios, en que rigen los principios de oralidad, intermediación y concentración, y en que, para su eficacia, se requiere la única instancia. Es más, para el Estado, el derecho al recurso no implica una apelación, en la que existe el

¹⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Ob. Cit. P.90.

¹⁸⁰ Ídem. P. 90-91.

margen para revisar tanto el derecho como los hechos. Si se busca que exista una revisión integral de la sentencia, esto se cumple con el recurso de nulidad, que permite el examen del derecho y del mérito fáctico.

Es decir, el Estado refiere que se cumple el objetivo revisando la valoración de los hechos, que implica un análisis de los hechos que se dan por probados y las razones que lo justifican.

Frente a esta postura, la Federación Internacional de Derechos Humanos¹⁸¹ manifestó que Chile violó el artículo 8.2.h de la Convención al no admitir la existencia del recurso de apelación en materia penal, que habilita una evaluación integral de los hechos y no un examen meramente formal, que es a lo que apunta el recurso de nulidad. Si bien la redacción del artículo 374 e) del Código Procesal Penal abre la posibilidad de que se examinen los hechos, al poder ejercer un control en la valoración de la prueba, en la práctica eso no ocurre. Su repercusión radica en que no se tenga seguridad del respeto de esta garantía mínima, convenida internacionalmente.

Al efecto, el Estado de Chile alegó que la causal del artículo 374 letra e) del código procesal penal permitiría por parte del tribunal superior llamado a conocer del recurso, el control de los hechos sobre los que se ha fundado la sentencia definitiva. En tal sentido se allegaron al proceso un grupo de sentencias en las que efectivamente los tribunales superiores realizaban un análisis fáctico de los fallos recurridos.

A su vez, la parte recurrente acompañó fallos que resultan contradictorios con las alegaciones del Estado en los cuales los tribunales superiores sólo se limitaron a realizar un control de forma, mas no de fondo, de la sentencia recurrida.

¹⁸¹ La Federación Internacional de Derechos Humanos actúa como interviniente común de los representantes de las presuntas víctimas.

Siguiendo lo anterior, el conflicto que se hizo presente ante la Corte en materia de recursos procesales en nuestro país dice relación con dos grandes áreas.

La primera es la existencia una vía procesal que permita el control de los hechos y del derecho de una decisión tomada por un tribunal de única instancia en un procedimiento que se rige bajo los principios de la oralidad, la concentración y principalmente la inmediación, y la segunda se refiere a la interpretación que realizan los tribunales superiores de justicia en orden a limitar sus facultades para controlar hechos, toda vez que frente a ellos no se está produciendo la prueba, radicando entonces su competencia solo en el control del derecho aplicable al caso concreto.

Al efecto, para resolver el asunto, la Corte estableció que:

El alcance y el contenido del derecho de recurrir del fallo han sido precisados en numerosos casos resueltos por esta Corte. En general, ha determinado que es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.¹⁸²

En particular esta garantía se satisface por la consagración de “un recurso ordinario, accesible y eficaz, que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido, esté al alcance de toda persona condenada y respete las garantías procesales mínimas”.

En cuanto a lo que debe entenderse por “revisión integral”, sostuvo que:

(...) Debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad

¹⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Ob. cit. p. 92

jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho¹⁸³.

Con base en lo anterior, la Corte concluye que la controversia sometida a su conocimiento surge por la amplitud de las causales del recurso de nulidad contemplado por el legislador chileno.

Respecto del artículo 373 b) del Código Procesal Penal, entiende que de la redacción del texto legal no se deriva que el condenado pueda presentar reparos sobre cuestiones fácticas. A diferencia de este precepto, el artículo 374 e) otorga la posibilidad para efectuar un examen de los hechos, a través de los deberes de motivación y valoración que el mismo establece. Además, esta posibilidad se infiere del artículo 381 del mismo cuerpo normativo, que estipula que al tribunal *ad quem* se le remitirán, no solo la sentencia recurrida y el escrito de interposición del recurso, sino también aquellas actuaciones impugnadas e, incluso, el registro mismo de la audiencia de juicio oral, es decir, puede incidir directamente en las actuaciones y pruebas que forman parte de los hechos que analiza el tribunal.

No obstante, que en este segundo caso no pueda determinarse que se incurrió en una violación al derecho de recurrir, la Corte indica que son los tribunales inferiores quienes deben interpretar las normas referidas de manera que no se vulneren esta garantía, de acuerdo al alcance y contenido que le ha dado este tribunal, permitiendo su incidencia tanto en el derecho como en los hechos.

Resolviendo el caso, la Corte estimó al efecto, que la Corte Suprema no había hecho un análisis integral del fallo puesto que sólo se había limitado a hacer una referencia descriptiva de los hechos que el Tribunal de Angol dio por acreditados, a realizar un juicio de tipicidad respecto de los mismos y a citar el

¹⁸³ Ídem. p. 93.

análisis probatorio, lo que no constituye un análisis de fondo para concluir que la sentencia condenatoria cumplía con las exigencias legales para dar probados los hechos ni sobre las razones de derecho que sustentaron la calificación jurídica de los mismos.

No habiendo existido un análisis fáctico, probatorio y jurídico no puede concluirse, en consecuencia, que se haya realizado una revisión integral del fallo recurrido.

Conforme a lo expuesto, la Corte no concluyó que el Estado chileno haya violado el artículo 8.2.h del Pacto, pero si recomendó que:

(...) que la interpretación que los tribunales internos realicen de la referida causal debe asegurar que se garanticen el contenido y criterios desarrollados por este Tribunal respecto del derecho a recurrir el fallo.

El Tribunal reitera que las causales de procedencia del recurso asegurado por el artículo 8.2.h) de la Convención deben posibilitar que se impugnen cuestiones con incidencia en el aspecto fáctico del fallo condenatorio ya que el recurso debe permitir un control amplio de los aspectos impugnados, lo que requiere que se pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en las que está fundada la sentencia condenatoria.¹⁸⁴

4. Conclusiones

Se han expuesto tres fallos del sistema interamericano que se refieren a la garantía judicial del derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal o superior en materia penal, vinculando este derecho fundamental con el control de los hechos y el derecho que fundamentan los fallos en materia penal, sobre todo cuanto en la valoración de los primeros esta se hace conforme a las reglas de la sana crítica.

Al respecto se pueden elaborar las siguientes conclusiones:

¹⁸⁴ Ídem. p. 102

Por un lado, el derecho al recurso forma parte de aquel conjunto abierto de garantías que conforman el debido proceso, de manera tal que no asegurar eficazmente el primero trae como consecuencia aparejada la vulneración del segundo. Así lo ha señalado La Corte cuando estima que *“la falta de garantía del derecho a recurrir del fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente, según correspondan, para que el juez o tribunal superior pueda pronunciarse sobre los agravios sustentados.”*¹⁸⁵

En esta línea, el derecho al recurso comprende el derecho subjetivo a poder recurrir del fallo y el derecho objetivo a contar con recursos ordinarios que permitan una revisión integral del fallo, esto es, tanto del derecho aplicado por el tribunal en la resolución del conflicto como de los hechos en que este se basa para lograr las conclusiones que permiten llegar a una sentencia definitiva.

En función de la conclusión anterior se sostiene que el principio de doble instancia o doble conforme forma parte del contenido esencial de este derecho en materia penal y que aún en los procesos orales, concentrados y en donde prima la inmediatez, debe asegurarse a los ciudadanos la garantía de una revisión integral de las sentencias que los afectan.

No debiese ocurrir, so pretexto de incurrir en ilegalidad, que los jueces de tribunales superiores se inhiban de realizar un análisis extensivo de los fallos recurridos ante ellos. Estas interpretaciones restrictivas de ciertas legislaciones deben ser superadas por interpretaciones más modernas que den aplicabilidad a las normas contempladas en los ordenamientos jurídicos y protección a las garantías judiciales del sistema interamericano.

¹⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Ob. Cit. p. 36.

En este sentido, y en particular respecto del caso Norín Catrimán, el decir de La Corte es claro en cuanto el mero chequeo, consistente en hacer un análisis descriptivo del caso, de la prueba rendida en él y de las conclusiones del tribunal a quo, por parte de aquél que conoce el recurso, no constituye un análisis de fondo para concluir si del examen de los hechos y del razonamiento jurídico aplicado al caso se derivaba necesariamente la sanción punitiva. Es decir, la no verificación del análisis de los hechos en conformidad a las reglas de la sana crítica, además de las otras causales del artículo 374 del Código Procesal Penal, constituye en sí una afectación a las garantías judiciales consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte no sanciona al Estado chileno, porque la norma que permite el control está consagrada en el ordenamiento jurídico interno, tal y como fue alegada en el caso Norín Catrimán, esto es haciendo la relación entre los artículos 374, 342 y 297 del Código Procesal Penal, pero si “recomienda” al estado que los tribunales internos llamados a conocer de la impugnación de los fallos condenatorios penales hagan una interpretación de las normas que permita un control integral sobre la sentencia, incluyendo por cierto a los hechos en los cuales esta se fundamenta y si la valoración de aquellos se ha hecho en conformidad con las reglas que nuestro ordenamiento contempla para ella, estas son las de la sana crítica.

El objeto de este estudio, es precisamente analizar si los tribunales superiores de justicia han llevado a cabo, entre otros, una aplicación de esta recomendación específica realizada por la Corte en relación a nuestro país.

III. PROBLEMAS DEL RECURSO DE NULIDAD PENAL COMO INSTRUMENTO PARA EL CONTROL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CONFORME A LA SANA CRÍTICA.

En la actualidad la doctrina especializada se ha dedicado a examinar y elaborar diversas críticas respecto a la aplicación que las Cortes están efectuando del recurso de nulidad desde la puesta en marcha de la reforma procesal penal.

Es de suma importancia realizar tal revisión pues con ella se busca sustentar la idoneidad o no de este recurso como mecanismo para controlar la aplicación de las reglas de la sana crítica por parte de los jueces inferiores a la hora de valorar la prueba objeto del juicio.

A modo introductorio cabe señalar que las aristas en las cuales se construyen las críticas son principalmente la existencia de una regulación deficiente del sistema de recursos dado a la marcada característica lagunar de su normativa¹⁸⁶; y la presencia de una interpretación de carácter subjetivista del estándar de prueba penal por parte de los tribunales superiores respecto a las causales de nulidad, en particular a la de omisión de requisitos fundamentales de la sentencia, teniendo ello como consecuencia una distinción entre control formal y sustancial del razonamiento probatorio que carece de justificación jurídico procesal¹⁸⁷

Enunciado lo anterior, cabe identificar los nudos problemáticos observados por la doctrina.

¹⁸⁶ DEL RÍO, C. 2010. Tres apuntes sobre el recurso de nulidad y el enjuiciamiento fáctico a propósito de tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. La Serena, Chile. Año 17 – N°1. p. 131.

¹⁸⁷ ACCATINO, D. 2009. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, Chile. Número XXXIII. p. 347.

1. La difícil determinación de los límites del control de la valoración de la prueba conforme a la sana crítica. Entre la libre convicción y la apelación encubierta

La causal de nulidad principalmente invocada por los recurrentes es aquella que hace referencia a la omisión de algunos de los requisitos de la sentencia previstos por el artículo 342 letra c), d) y e) del CPP. Específicamente lo que se pretende con tal invocación es la impugnación de las conclusiones probatorias, ya sea porque sean insuficientes o defectuosas a la luz de las condiciones prescritas por el artículo 297 del CPP.

Para la doctrina, esta propensión puede interpretarse de dos maneras: los tribunales de juicio oral en lo penal no están justificando óptimamente sus conclusiones arribadas en la sentencia o bien, la causal es vista como un cajón de sastre en el que todo puede caber. Cualquiera sea el caso, la tarea de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema al enfrentarse a esa causal de nulidad es delicada y crucial¹⁸⁸.

Considerando que nuestro sistema recursivo es restrictivo, la causal en comento se ha convertido en el mecanismo crucial por medio del cual se ejerce el control de racionalidad en el establecimiento judicial de los antecedentes probatorios.

Para Accatino, la dificultad de este control radica en trazar el límite entre una motivación completa y adecuada y otra insuficiente o defectuosa; labor que, no obstante, su dificultad es indispensable tratar y no ceder a “dos tentaciones” que parecieran permitir diluirla. La primera es la tentación formalista, que restringe la aplicación de la causal a los casos fáciles de ausencia de consideraciones o

¹⁸⁸ ACCATINO, D. 2007. Los peligros del cajón de sastre. Sentencia de nulidad por falta de fundamentación de las conclusiones probatorias en el Caso Tocornal, Corte Suprema. Revista de Derecho (Valdivia, Chile). Volumen XX. p.281. [En línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100011> [Consulta: 30 de agosto de 2017]

argumentos contradictorios¹⁸⁹. Su fragilidad radica en dar paso a arbitrariedades menos ostensibles. La segunda tentación es la vulgarista, que recurre a la causal laxamente, sin hacer esfuerzos por articular criterios que precisen, en diversas clases de situaciones probatorias, el sentido y el alcance de las exigencias del artículo 297¹⁹⁰.

Para esta autora, la primera amenaza que envuelve esta tentación es, una vez más, la arbitrariedad apuntada ahora a lograr la nulidad de la sentencia y así un nuevo juicio.

“La circunstancia de que se invoquen los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados sin desplegar un vigor argumentativo que busque distinguir sus condiciones de aplicación y establecer el vínculo entre el concepto y la solución supuestamente justificada en alguna de estas reglas, nos hace creer legítimamente que son circunstancias externas las que determinan que una sentencia deba ser anulada (...). Y tal aseveración es peligrosa, pues si la causal de falta de fundamentación se emplea como un flexible cajón de sastre al que recurrir cuando, por cualquier consideración, la sentencia y el juicio “merezcan” ser anulados, la nulidad perderá el carácter de extraordinario y estricto que tiene en el nuevo diseño procesal penal y se derrochará injustificadamente el enorme esfuerzo institucional y personal (...)”¹⁹¹

La sentencia de la Corte Suprema dictada a propósito del polémico Caso Tocornal, constituye un buen ejemplo, a parecer de Accatino, de que nuestros tribunales superiores se han visto fuertemente seducidos por la tentación vulgarista¹⁹². Afirmación que, como se señalará más adelante, se va a ver

¹⁸⁹ *Ibidem.*

¹⁹⁰ *Ibidem.*

¹⁹¹ *Ídem.* p. 82

¹⁹² El fundamento de anulación en el caso propuesto es, según el considerando décimo cuarto “que está afectado el mecanismo de la lógica con que se ha debido obrar”, exigencia de la que no se esboza

corroborada por el análisis de campo de las sentencias de nulidad efectuada durante el transcurso de nuestro proyecto de tesis.

2. Distinción entre control formal del razonamiento probatorio y control sustancial de la valoración de la prueba.

El recurso de nulidad, en cuanto recurso extraordinario es de derecho estricto, el cual no estaría dirigido inmediatamente, a obtener un pronunciamiento sobre aquello que fue objeto del proceso¹⁹³; y opera únicamente en las causales expresamente señaladas por la ley, de acuerdo a lo prescrito en el art. 372 del CPP.

Esto quiere decir que, a simple vista, la decisión de tener por probados o no ciertos hechos, no resultaría susceptible de ningún control.

Esta naturaleza extraordinaria y estricta del recurso de nulidad penal ha sido, sin embargo, rebatida por la propia doctrina para la cual nunca estuvo en la intención de legislador esta restricción.

Así, el profesor Gonzalo Cortez señala que *“es notable la fulminante claridad con que nuestros tribunales distinguen las cuestiones de hecho de las de derecho, desestimando toda posibilidad jurídica de revisión del establecimiento de los hechos por medio del recurso de nulidad”*¹⁹⁴

ninguna caracterización general que permita apreciar su infracción en el caso concreto. La estrategia elusiva que la sentencia sigue consiste en identificar las partes de la sentencia anulada que podrían de manifiesto ese evidente defecto. El problema es que, si se mira la sentencia en cuestión, sus posibles insuficiencias no resultan en absoluto lo evidentes que los argumentos del voto de mayoría de la Segunda Sala de la Corte Suprema pretenden (sic) *Ibídem*.

El examen de alguno de los defectos atribuidos a la sentencia del juicio oral, concluye Accatino, viene a confirmar que se trata de una sentencia dictada por el máximo tribunal que no estructura una justificación suficiente de su decisión de anular por falta de fundamentación y que pareciera no tomar en serio la gravedad de ello en cuanto son las Cortes Superiores las llamadas a garantizar la racionalidad en la valoración de la prueba. *Ídem*. p. 284.

¹⁹³ *Ídem*. p. 353.

¹⁹⁴ CORTEZ MATCOVICH, G. 2006. El recurso de Nulidad. Doctrina y jurisprudencia. Santiago, Editorial Lexis Nexis. p. 332.

A su juicio, resulta notable ya que este asunto es uno de los temas más controvertidos en la doctrina y lo primero que cabe preguntarnos es la posibilidad de separar tajantemente ambas materias debido a su inescindible relación e influencia mutua. La determinación de los hechos se encuentra influenciada por la consecuencia jurídica de la regla y la interpretación de ésta viene precisada por la realización concreta de los hechos en el proceso. La separación lógica entre las comprobaciones fácticas y la valoración jurídica, recalca Cortez, es prácticamente imposible, y cuando una norma jurídica es aplicada a un hecho incorrectamente establecido estaríamos frente a una incorrecta aplicación de la ley¹⁹⁵.

Para este autor, las imprecisiones jurisprudenciales son las que nos han mostrado que el confín entre cuestiones de hecho y de derecho son imposibles de trazar en la praxis. El principio de intangibilidad de los hechos en sede de nulidad es creación jurisprudencial que carece de sustento legal. De hecho, el control de la motivación de la sentencia ha sido la vía que ha permitido la inclusión de las cuestiones de hecho.

Respecto a ello, la posibilidad de controlar la motivación de la sentencia por parte de los Tribunales Superiores, a juicio de Cortez, no implica usurpar facultades exclusivas del juez del grado. No se busca que el tribunal de nulidad sustituya al de juicio oral en aquello que éste percibió por medio de la oralidad y la intermediación. Todo aquello que sea consecuencia directa de lo percibido por el tribunal inferior es intangible para el superior. Pero sólo hasta ese límite llega la sumisión. *“El razonamiento está sujeto a reglas y éstas son controlables por la vía del recurso de nulidad”*¹⁹⁶.

Los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados son reglas que imponen la racionalidad en la valoración de las pruebas lo que incide en la libertad probatoria del juez. Esta libertad se

¹⁹⁵ Ídem. p. 136-142.

¹⁹⁶ Ob. cit., p. 344.

encuentra orientada por estos parámetros y jamás va a ser equivalente a una discrecionalidad absoluta. *“El tracto entre lo percibido y lo concluido escapa del campo de los sentidos y entra, por imperativo del legislador, en el terreno de lo racional. El juez está obligado a justificar racionalmente ese salto que existe entre aquello que entra por los sentidos y emerge en las conclusiones”*. No es desdeñoso para el tribunal superior indagar si se apreció bien o mal la prueba. Y *“para determinarlo no es necesario inmiscuirse en eso que es fruto de la percepción del tribunal, basta con examinar el razonamiento, que debe hacerse explícito”*¹⁹⁷.

En conclusión, lo que se exige es un razonamiento con argumentos aceptables.

Por su parte, dice Accatino que para efectos ser controlados, *“los hechos han ido encontrando rendijas por las que infiltrarse en el templo del derecho. El control del cumplimiento de la exigencia de motivación con respecto a los enunciados probatorios ha sido posiblemente su principal caballo de Troya”*¹⁹⁸.

Ante esto, la autora mencionada nos señala que la causal de la letra e) del artículo 374 del CPP se trataría de una vía autónoma de control sobre la valoración de la prueba respecto de los hechos probados en la sentencia, tratándose, en definitiva, de un control por falta de fundamentación.

Al efecto se refiere dicha regla que, uno de los motivos absolutos de nulidad es la omisión de algunos de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) y e); prescribiéndonos tal artículo el contenido que debe contener, señalándose como esenciales: la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, [...] y de la valoración de los medios de prueba (...); las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar

¹⁹⁷ ídem. p. 346.

¹⁹⁸ ACCATINO, D. 2009. Ob. Cit. p. 348.

jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo y; e) la resolución que condenare o absolviere a cada uno de los acusados (...).

Empero, tal causal, ante los ojos de Acatino, estaría siendo diluida por la causal genérica del 373 letra a) (infracción a las garantías constitucionales) principalmente por infracción del derecho de presunción de inocencia.

Esta tendencia jurisprudencial de restringir la causal explicada previamente se traduce en la introducción de la engañosa diferenciación entre un control formal y un control sustancial de la valoración realizada por el tribunal, quedando este último fuera del alcance legítimo del recurso de nulidad.

La jurisprudencia sustenta tal restricción en un extracto del último informe de la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento del Senado, el cual fue formulado a raíz del rechazo de esa cámara ante la propuesta de la Cámara de Diputados, de introducir un recurso extraordinario que opere en los casos en que la decisión del tribunal se hubiere apartado en forma arbitraria y manifiesta de la prueba rendida en juicio, arguyendo que:

*“Si se apreció bien o se apreció mal la prueba, por tanto, no es un aspecto que esté sujeto al control de un tribunal superior. Otra cosa es la revisión que éste puede hacer acerca de la relación lógica entre la valoración de la prueba que los sentenciadores hacen y las conclusiones a las que lleguen en su fallo”.*¹⁹⁹

Tal fragmento sería interpretado en el sentido de que las Cortes se encontrarían impedidas de ponderar las razones empleadas para justificar una decisión, examinando sólo si los razonamientos de los tribunales inferiores resultaron suficientemente convincentes o si un elemento de prueba aportado al juicio resulta por sí mismo apto como para formar la convicción requerida. En

¹⁹⁹ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO. 2003. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento Valparaíso, Chile. p. 1167.

definitiva, siguiendo este criterio, únicamente se podría cotejar si se cumplieron o no con los requisitos de forma.

A su vez, el alcance del control formal se balancea entre una interpretación restringida, refiriéndose exclusivamente a una revisión de razones justificativas contenidas en la sentencia y de posibles contradicciones entre ellas y, una interpretación estricta, que, considerando la remisión del artículo 342 letra a) al 297, ambos del CPP, se daría paso a una revisión de la concordancia entre el razonamiento justificativo del juez y los parámetros racionales de la sana crítica.

Esta última interpretación, a juicio de Accatino, ha sido la predominante en la práctica judicial más reciente.

Siguiendo esta interpretación estricta, el límite entre el control formal admisible y el control sustancial vedado coincide con la línea que separa dos momentos distinguibles de la perspectiva de una teoría general del razonamiento probatorio.

En primer lugar, existiría un momento de la valoración en sentido estricto, que corresponde al *“establecimiento de relaciones lógicas de corroboración entre los enunciados fácticos que se trata de probar y los elementos de juicio disponibles”*²⁰⁰; y, en segundo lugar, el momento de la decisión sobre la suficiencia de la prueba, *“en el que corresponde determinar si el apoyo inductivo aportado por los elementos de juicio disponibles a una hipótesis, es suficiente para tenerla por probada en el contexto de una determinada clase de proceso”*²⁰¹.

²⁰⁰ ACCATINO, D. 2009., pp. 351.

²⁰¹ Ob. cit. p. 352

Tomando como base esta distinción, es que los tribunales han entendido respecto del control sustancial que *“(e)s esta última clase de control la que resultaría excluida por la interpretación dominante del alcance del recurso de nulidad”*.²⁰²

En este segundo nivel, las mismas Cortes que se oponen a controlar la justificación de la suficiencia de los hechos probados tienden asimismo, a exigir, para admitir la procedencia del recurso de nulidad por omisión de algún requisito de fundamentación, que se establezca la influencia del defecto en la parte dispositiva del fallo, haciendo aplicable lo prescrito por el artículo 375 CPP.

Esto significa que la parte agraviada debe establecer en su escrito que, subsanada la omisión o defecto en la valoración de algún elemento probatorio, *“el grado de corroboración de la hipótesis de la acusación podría disminuir hasta ser insuficiente para tenerla por probada [...] o aumentar hasta ser suficiente para tenerla por probada [...]”*²⁰³

Un ejemplo de ello es la siguiente sentencia:

“[...] la falta de ponderación legal de los antecedentes referidos, por parte de los sentenciadores, ha influido en los (sic) dispositivo del fallo, al ser evidente que la adecuada valoración podría conducir a la condena de todos o parte de los acusados, aun cuando esta aseveración no puede calificarse de concluyente”.²⁰⁴

Esta clase de juicios hipotéticos, para Accatino, necesariamente suponen valorar la suficiencia o insuficiencia de los restantes elementos de prueba disponibles con el objeto de resolver sobre una eventual relevancia de los elementos de juicios afectados por la omisión o defecto.

²⁰² Ídem. p. 353.

²⁰³ Ídem. p. 360.

²⁰⁴ Corte de Apelaciones de Concepción. 2008. Sentencia causa Rol N° 59-2008 de 24 de marzo de 2008.

Por consiguiente, “*el mismo nivel de control vedado en algunos casos, resultaría exigido, en cambio en otros*”. Ante esto, sentencia que tal distinción resultaría sospechosa en cuanto trataría solamente de una “*arbitrariedad judicial que no distingue hecho de derecho, ni cuestión revisable de cuestión irrevisable, sino que separa únicamente lo que quiere revisar de lo que no quiere*”. Siguiendo lo anterior, cabe preguntarse si la exclusión de este control tiene o no justificación jurídica procesal²⁰⁵.

A) Distinción que carece de justificación jurídico procesal.

Se ha argumentado por la jurisprudencia que tal exclusión tiene sustento en la naturaleza del recurso de nulidad en tanto es de derecho estricto. Sobre esa base se sostiene que no es posible:

*“Alterar los hechos que fueron fijados en la sentencia del Tribunal Oral” y que la Corte “carece de competencia para introducir modificaciones al establecimiento de los hechos que se hubieren dado por probados”, de modo que está impedida para declarar que no está probado lo que el tribunal a quo declaró estar probado”.*²⁰⁶

Si bien, el primer argumento esgrimido sencillamente explica la competencia de la Corte en la parte dispositiva de su sentencia a la hora de conocer un recurso de nulidad, ello no obsta a que ésta pueda fundar, en la parte considerativa la declaración de nulidad que formula en la parte dispositiva, respecto a la falta de justificación de la suficiencia de los elementos de juicio disponibles para tener por probado un hecho.

Semejante posibilidad no está alejada del carácter extraordinario del recurso pues fue la misma ley que estableció como uno de los motivos absolutos de

²⁰⁵ ACCATINO, D. 2009. Ob. cit. p. 361.

²⁰⁶ Se trata de expresiones contenidas, respectivamente, en sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones de La Serena (26 de septiembre de 2002), en Revista del Proceso Penal 3; y de Concepción rol N° 232-2004 (19 de julio de 2004) y rol N° 407-2008 (22 de noviembre de 2008).

nulidad la omisión de ciertos requisitos que justifican la fundamentación de los elementos de prueba. Asimismo, el no constituir instancia tampoco sustenta tal circunstancia ya que, *“adoptar una nueva decisión sobre los hechos y revisar la justificación de una decisión sobre los hechos son cuestiones conceptualmente diferentes. Por más profundo y exhaustivo que sea este control no hay riesgo de que subrepticamente se convierta en nueva decisión”*.²⁰⁷

El segundo argumento utilizado se estructura bajo el principio de la inmediación, el cual impide que un tribunal que no ha tenido acceso directo y personal de la prueba rendida en juicio, pueda examinar la suficiencia de ésta para dar por probado un hecho.

Para la doctrina, asumiendo la distinción establecida en párrafos anteriores sobre la suficiencia de una prueba y la revisión de justificación de la suficiencia, la inmediación sólo resultaría cortapisa para la segunda actividad en cuanto sea entendida como método de decisión, en virtud del cual, la decisión sobre la suficiencia sólo debiera acontecer al tener contacto inmediato con la prueba, exento de toda clase de controles.

No obstante, tal razón no es potente en el sentido que la inmediación sólo consiste en una técnica de elaboración de la prueba y su contenido específico se traduce en exigir la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales, a efectos de evitar una posible delegación de funciones en la recepción de las pruebas rendidas, teniendo como único efecto, desde el punto de vista de la justificación de los enunciados probatorios, el de prescindir de la motivación de las constataciones empíricas percibidas por el tribunal. *“Ello no excluye, argumenta Accatino, la justificación de su valoración como elemento de juicio a favor de un cierto enunciado [...] ni el control de esa justificación”*.²⁰⁸

²⁰⁷ ACCATINO, D. 2009. Ob. Cit. p. 354.

²⁰⁸ Ídem. p. 355.

El último argumento se vincula con la historia legislativa del código procesal penal y, en específico de la supresión del recurso extraordinario propuesto por la cámara baja que tenía por objeto la repetición del juicio oral cuando el tribunal a quo se hubiese apartado manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida.

Los argumentos sostenidos por la Comisión de Constitución, en su segundo informe, para descartar el recurso extraordinario y al recurso de casación contemplado en el proyecto inicialmente, apuntan a 1) *“evitar el riesgo de una recarga indebida del sistema”²⁰⁹* originada *“so pretexto de que el tribunal se ha apartado manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida, se pida habitualmente que la Corte de Apelaciones revise los registros del juicio oral”²¹⁰* y; 2) evitar una incongruencia con el rechazo legislativo sobre el recurso de apelación, que supone que *“el tribunal de juicio oral, que es el que recibió la prueba, es el más idóneo para valorarla y dictar sentencia”²¹¹*. Ante ello, la Comisión prefirió reemplazar tal recurso con la causal de falta de fundamentación de las conclusiones probatorias.

Pese a la debilidad de la argumentación, la autora en comento, concluye que, el sentido por el cual se sustituyó el recurso extraordinario por la causal de nulidad por falta de fundamentación, tiene que ver con que *“se sustituye, en definitiva, un recurso que tenía por objeto la evaluación directa de la suficiencia de la prueba para condenar a la luz de los registros del juicio oral, por otro que tiene por objeto el control de la justificación de las conclusiones a las que el tribunal del juicio oral llega acerca de la prueba”*. La Corte entonces tiene competencia para examinar la fundamentación de la sentencia, y sólo puede tomar en cuenta los registros del juicio si se denuncia falta de consideración de alguna prueba rendida. Desde este parecer, no hay razón alguna para evitar la extensión del control de fundamentación al de la suficiencia de la prueba rendida, vale decir, no se le exige

²⁰⁹ Ídem. p. 356.

²¹⁰ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO. 2003. Ob. Cit. p. 1105.

²¹¹ Ibídem.

a la Corte que valore nuevamente la prueba a la que accede mediante los registros del juicio oral y compare, por tanto, su propia valoración con la del tribunal inferior, sino que examine si la valoración de la prueba efectuada se encuentra lo suficientemente justificada como para condenar o absolver. Finalmente cabe la duda respecto a cuál es el porqué de esta restricción²¹².

B) Restricción que sólo encuentra explicación en una interpretación subjetivista del estándar de prueba penal.

Tomando como supuesto de análisis una resolución de la Corte Suprema, en que se lleva a cabo un análisis en base a un criterio subjetivo:

*“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, sin que esta Corte tenga facultad de anular por ese motivo, el juicio que ellos han sido llamados a resolver, ya que dicha decisión emana del ámbito de su propia conciencia”.*²¹³

Para la doctrina, este modo de argumentar, al remitirse al estado mental del juzgador, niega al estándar de prueba penal de plena fundamentación normativa, y, a su vez, la determinación de suficiencia de los enunciados probatorios quedaría a una *“suerte de epifanía inefable por parte del juzgador”*²¹⁴.

Si subsistiera tal percepción subjetivista, malamente podríamos defender que existe una adhesión, por parte de nuestro sistema de valoración de la prueba, a un modelo de valoración racional o de sana crítica, construido en base a parámetros objetivos, dado que *“el juicio sobre la suficiencia de la prueba quedaría liberado de toda exigencia de justificación racional”*²¹⁵.

²¹² ACCATINO, D. 2009. Ob. cit. p. 357.

²¹³ CORTE SUPREMA. 2005. Sentencia de 13 de enero de 2005, citada por CORTEZ MATCOVICH, G., 2006. p. 353.

²¹⁴ ACCATINO, D. 2009. Ob. Cit. p 358.

²¹⁵ *Ibíd.*

La interpretación subjetivista haya su fundamento en el término convicción reseñado por el artículo 340 CPP. Asimismo, esta lectura subjetivista es propia de la tradición jurídica anglosajona- de donde fue importada tal visión y aceptada por nuestra doctrina.

La profesora Accatino señala claramente que una interpretación de tipo subjetivista niega completamente la posibilidad de efectuar una valoración racional de la prueba:

“No obstante, pese a tal predominancia, no es posible aceptar tal versión. Actualmente la discusión sobre la prueba judicial se ha centrado en articular estándares subjetivos de la prueba penal, que tienen en común el formularse en el lenguaje de la corroboración de hipótesis, que aplica, [...] criterios generales de racionalidad al ámbito de valoración de la prueba”²¹⁶.

Los criterios en comento, si bien, no pueden determinar *per se* un estándar de prueba apto de distribuir los posibles errores judiciales, dado que esto se traduce en una decisión política que la sociedad toda debe adoptar, sin embargo, *“una vez adoptada, el lenguaje de la probabilidad inductiva ofrece mecanismos para definir objetivamente un umbral más exigente de corroboración que debe satisfacer una hipótesis para poder ser aceptada como probada en un proceso penal”²¹⁷.*

Si se da por supuesto que el artículo 340 CPP que consagra el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable, adopta la decisión política de evitar falsas condenas por sobre falsas absoluciones, sería posible, en tal circunstancia, utilizar el lenguaje de la corroboración para configurar criterios objetivos que precisen tal propósito, delineando, por tanto, una teoría de la razonabilidad de la duda.

²¹⁶ ACCATINO, D.2006. Convicción, Justificación y Verdad en la Valoración de la Prueba en Anuario de Filosofía Jurídica y Social 24. p. 39-50.

²¹⁷ Ob. Cit. p. 359.

De ese modo, podría argumentarse que tal estándar requiere para condenar de lo siguiente:

*“Que la hipótesis sea capaz de explicar los datos probatorios disponibles y que las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permitía formular hayan sido efectivamente constatada”*²¹⁸. Este primer paso necesita de una comparación entre las pruebas aportadas efectivamente y las que, resultando predecible su existencia, no han sido producidas. *“Que, previamente se hayan descartado todas aquellas hipótesis que resulten compatibles con la inocencia del acusado, exceptuando aquellas ad hoc que no son empíricamente contrastables”*²¹⁹.

En definitiva, lo que a Accatino le preocupa demostrar con su trabajo, más allá de formular criterios objetivos para articular el estándar de prueba penal, es recomendar que, alejarse de la versión subjetivista, es un camino absolutamente posible de recorrer.

3. Debilidad del sistema de recursos en el proceso penal.

El profesor Carlos del Rio Ferretti identifica dos grandes problemas²²⁰ en el sistema recursivo penal, estos son en primer lugar una regulación bastante lagunar y en segundo lugar un carácter extremadamente restrictivo y débil.

El sistema procesal penal tiene un marcado carácter cognoscitivista y racional por lo que resulta contradictorio que en un sistema como el nuestro los recursos sean en realidad bastante débiles y poco regulados²²¹, es más la doctrina caracteriza a los sistemas penales en dos grandes áreas²²², la primera dice relación con que mientras *“más racional sea la motivación-valoración, más*

²¹⁸ *Ibidem.*

²¹⁹ *Ibidem.*

²²⁰ DEL RÍO, C. 2010. “Tres apuntes sobre el recurso de nulidad y el enjuiciamiento fáctico a propósito de tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena” en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. 2010. Año 17 – N°1, p. 132.

²²¹ *Ídem.* p. 132.

²²² *Ídem.* p. 135.

*posibilidades de articular controles eficaces sobre la corrección del juicio factico y jurídico y, por el contrario, mientras más orientada por la persuasión y con valoración intimista e irracional, menos posibilidades de control, favoreciendo en la práctica modelos recursivos débiles o incluso ineficaces*²²³.

Es por esto que de acuerdo al autor, el sistema procesal penal cae en una contradicción ya que de acuerdo al artículo 297 del CPP se consagra el sistema de la sana critica, establece la obligación de fundamentar incluso la prueba que ha sido rechazada, es decir es eminentemente racional y fundamentado, sin embargo en la práctica esta situación no ocurre.

Al existir este sistema de recursos débiles se produce que los jueces de primera instancia no sean particularmente exhaustivos al momento de argumentar y valorar la prueba, ya que no existe un mecanismo fuerte de control sobre ellos por parte de las Cortes.

El autor explica esta situación a través de 3 sentencias de la Corte de Apelaciones de La Serena en las que reconoce tres problemas diferentes, pero conexos entre sí:

A) Prueba de cargo como condición de legitimidad previo al enjuiciamiento fáctico en sí mismo²²⁴.

En la sentencia Rol 47-2010 de la Corte de apelaciones de La Serena ella anula la sentencia de la instancia porque se basó solamente en el mérito de la declaración dada por la victima ante la policía, pero que durante el juicio oral fue contrastada por ella, ya que no sostiene la misma declaración durante el juicio, pese a ello el tribunal de primera instancia decidió condenar al imputado.

²²³ Ibidem.

²²⁴ Ídem. p. 138.

En este caso el problema que se produce es que el juez decide condenar incluso con falta de prueba ya que las declaraciones entregadas durante el juicio prevalecen por sobre las dadas anteriormente.

B) La existencia de motivación como condición formal de legitimidad de la valoración²²⁵.

En la sentencia Rol 143-2009 de la Corte de Apelaciones de La Serena ella anula una sentencia dada por el tribunal de primera instancia en la que a pesar del estándar de convicción al que debe llegar el juez penal para condenar, este desatiende ciertas pruebas sin dar argumentos para este descarte ya que en el caso en cuestión sobre violaciones reiteradas el juez de instancia decide dejar de lado la enfermedad de diabetes mellitus que tenía el imputado hace 10 años que tiene una alta probabilidad de producir disfunción eréctil, a pesar de esto el tribunal decide condenar con el mérito de los otros antecedentes y sin argumentar el porqué del rechazo a este dato tan importante.

C) La racionalidad como condición de legitimidad material de la valoración de la prueba²²⁶.

En la sentencia Rol 113-2009 de la Corte de Apelaciones de La Serena la corte anula un fallo basado en el mérito de la declaración de tres policías como testigos de oídas quienes obtuvieron el conocimiento de los hechos de dos personas indigentes que fallecieron antes de que se presentarán en el juicio oral y que eran alcohólicos.

Los argumentos para estimar el recurso de nulidad es que en este procedimiento se vulneraron las reglas de la sana crítica, en particular los principios de la lógica ya que el testimonio de las personas no pudo ser contrastado con el de los policías por haber ellas fallecido antes del juicio oral y en

²²⁵ Ídem. p.140.

²²⁶ Ídem. p.141.

segundo lugar a las máximas de la experiencia ya que no parece razonable otorgarle tanto mérito a una declaración de una fuente que carecía de credibilidad.

CAPÍTULO III. RECOLECCIÓN DE DATOS Y RESULTADO DEL ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE NULIDAD PENAL DE LAS CORTES DE APELACIONES PERÍODO 2010-2016.

Concluido el marco teórico que da sustento a esta investigación y permitirá contrastar sus resultados con las categorías y alternativas de interpretación que ha desarrollado la doctrina, en el presente capítulo abordaremos lo que constituye el objeto principal del presente trabajo constituido por la revisión de las sentencias de nulidad de las Cortes de Apelaciones del país en el período que abarca desde el año 2010 a 2016.

I. RECOLECCIÓN DE DATOS.

1. Observación y determinación previa de las categorías de argumentos utilizados por recurrentes y Cortes de Apelaciones.

A objeto de verificar que los conceptos diseñados sobre la base de los análisis precedentes sean susceptibles de ser observados en el conjunto de sentencias de nulidad penal objeto de estudio, se llevó a cabo una revisión exhaustiva aleatoria de sentencias a fin de verificar que en ellas se pudiese distinguir si el tipo de análisis es formal o sustancial.

De forma adicional, se estimó de interés identificar los argumentos específicos invocados en cada caso, sea por el recurrente para pedir la anulación de la sentencia de primer grado, como por los sentenciadores para acoger o rechazar el recurso deducido.

Este análisis estuvo destinado a garantizar la factibilidad de recoger los datos de interés en las sentencias de nulidad.

Para la realización de este examen, cada uno de los once investigadores revisó los argumentos invocados dentro de los 109 casos del primer análisis de sentencias. Se requirió identificar los cinco argumentos más frecuentes para las siguientes situaciones:

- Argumentos invocados por el recurrente para solicitar la nulidad.
- Argumentos invocados por los sentenciadores para rechazar el recurso.
- Argumentos invocados por los sentenciadores para acoger el recurso.

Los argumentos fueron sistematizados, unificando aquellos que tuvieran similitud.

La sistematización fue presentada para la validación experta de dos doctores en derecho procesal²²⁷ y se llegó a las categorías de argumentos que se indican en las siguientes tablas.

Tabla 1. Argumentos invocados por los recurrentes.

ARGUMENTOS INVOCADOS POR LA PARTE RECURRENTE	
Infracciones: El recurrente señala que la sentencia trasgredió uno de los límites específicos de la sana crítica.	Insuficiencias: El recurrente indica que en la determinación de los hechos ocurridos falta un elemento para completar la justificación
<ul style="list-style-type: none"> • Infracción a las reglas de la lógica • Infracción a las máximas de la experiencia • Infracción a los conocimientos científicamente afianzados • Infracción al principio de razón suficiente²²⁸ 	<ul style="list-style-type: none"> • Falta el análisis de uno de los medios de prueba • Falta el análisis conjunto de los medios de prueba • Hay un paso dentro de la cadena argumental que no está justificado • Una de las decisiones respecto al valor de un medio de prueba no está justificada • Las pruebas invocadas no son suficientes para fundamentar los hechos tenidos por probados

Fuente: Elaboración propia.

²²⁷ Esta sistematización fue validada en un taller llevado a cabo con este objeto con la participación de los profesores Dres. Carlos del Río Ferretti, de la Universidad Católica del Norte y la. Flavia Carbonell Bellolio, de la Universidad de Chile.

²²⁸ En las diversas sentencias se constató que el principio de “razón suficiente” aparecía como una regla de la lógica o como un principio con entidad propia que integra la racionalidad, al mismo nivel que la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. Por esta razón, se prefirió identificarlo como una tipología argumental distinta.

Tabla 2. Argumentos invocados por las Cortes de Apelaciones para rechazar el recurso de nulidad.

ARGUMENTOS INVOCADOS POR LA CORTE PARA RECHAZAR EL RECURSO	
Infundado: La Corte de Apelaciones considera que la fundamentación del recurso adolece de problemas que no permiten entrar al conocimiento del mismo	Otros argumentos
<ul style="list-style-type: none"> • El recurso no indica qué regla (de la lógica, de la experiencia o de tipo científico) se infringe en el fallo recurrido • El recurso señala que hay una infracción a las reglas de la lógica, pero no indica específicamente a cuál • El recurso no indica en qué parte específica del fallo se produce la infracción a la sana crítica 	<ul style="list-style-type: none"> • El vicio alegado no ocurre • El recurso de nulidad no faculta a la Corte de Apelaciones para considerar valoraciones alternativas de los medios de prueba rendidos • El recurso de nulidad sólo permite la invalidación cuando la valoración de los medios de prueba sea aberrante, gravemente incorrecta

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 3. Lista de argumentos invocados por las Cortes de Apelaciones para acoger el recurso de nulidad.

ARGUMENTOS INVOCADOS POR LA CORTE PARA ACOGER EL RECURSO	
Infracciones: La Corte de Apelaciones estima que la sentencia trasgredió uno de los límites específicos de la sana crítica	Insuficiencias: La Corte de Apelaciones considera que en la determinación de los hechos ocurridos falta un elemento para completar la justificación
<ul style="list-style-type: none"> • Infracción a las reglas de la lógica • Infracción a las máximas de la experiencia • Infracción a los conocimientos científicamente afianzados • Infracción al principio de razón suficiente 	<ul style="list-style-type: none"> • Falta el análisis de uno de los medios de prueba • Falta el análisis conjunto de los medios de prueba • Hay un paso dentro de la cadena argumental que no está justificado • Una de las decisiones respecto al valor de un medio de prueba no está justificada • Las pruebas invocadas no son suficientes para fundamentar los hechos tenidos por probados

Fuente: Elaboración propia.

El levantamiento y análisis realizado fue satisfactorio, de modo que no fue necesario introducir correcciones o ajustes a los conceptos construidos.

Así, siguiendo las categorías levantadas en el marco teórico, por **control formal** entendimos aquel en que las Cortes, utilizando los argumentos antes examinados, se limitan a verificar el cumplimiento del requisito de motivación de la sentencia como justificación de la decisión judicial adoptada y de la apreciación de la prueba, sin analizar la secuencia lógica en el análisis de las pruebas ni el razonamiento del juez del grado.

En otros términos, la Corte se limita a verificar que dicha motivación o justificación existe, verificando si la sentencia contiene o no un ejercicio de valoración de la prueba que se rindió en el juicio, pero sin entrar a controlar la racionalidad de dicha motivación o bien limitándose a utilizar “frases vacías”, sin explicar por qué la infracción a la sana crítica no ocurrió.

De esta forma, la Corte realiza un control formal o restringido cuando se limita a constatar que en la sentencia recurrida existe un ejercicio de apreciación de la prueba y de justificación/motivación de la misma

Asimismo, este tipo de control se realiza cuando la Corte se limita a constatar o realizar un chequeo de los requisitos normativos para una adecuada motivación de la apreciación de la prueba y del fallo, pero sin explicar por qué. Así, rechaza el recurso cuando:

- El fallo contiene un análisis de toda la prueba producida, incluso la desestimada, indicando las razones tenidas en cuenta.
- El tribunal ha señalado los medios de prueba mediante los cuales tuvo por acreditados cada uno de los hechos.
- La fundamentación permite la reproducción del razonamiento del juez.
- La sentencia del tribunal de grado sí observó los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”, sin analizarlos.

- La sentencia contiene el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estima probados y el razonamiento que conduce a esta estimación.

En contraposición a lo anterior, en el **control sustancial** el tribunal no se limita a controlar la fundamentación sino también la racionalidad y coherencia del razonamiento realizado por el tribunal, examinando los motivos que lo llevaron a valorar la prueba como lo hizo y si estos razonamientos cumplen con las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos.

En otros términos, el tribunal examina la racionalidad en la concatenación de las pruebas, es decir, en la cadena racional o secuencia lógica que establece el juez al momento de valorar la prueba. Así, no basta con el examen o revisión visual del fallo, pero tampoco la Corte efectúa una nueva valoración de la prueba rendida en el juicio, pues se transformaría en apelación.

2. Diseño del instrumento para la recolección de datos y construcción de la muestra.

De acuerdo al marco metodológico definido, se procedió a la construcción de un instrumento de recolección de datos y se construyó una muestra con características adecuadas para realizar un análisis probabilístico de los datos, aplicando el instrumento a las sentencias de la muestra.

A continuación, se detallan los resultados de cada uno de los pasos proyectados.

A) Diseño de un instrumento para la recolección de los datos

Se construyó un instrumento de levantamiento de datos que permite caracterizar cada sentencia, estructurando la información recogida en forma automática. El instrumento está soportado en un fichero electrónico, construido a través de la herramienta Microsoft Excel ©, complementada con instrucciones programadas en lenguaje MS Visual Basic © mediante la función Macros.

Para cada caso, el fichero proporciona el número de rol de la causa, la Corte de Apelaciones y la fecha en que se dicta la sentencia que resuelve el recurso de nulidad.

El análisis de la sentencia, por su parte, requiere ingresar al fichero la información que se indica en la siguiente tabla.

Tabla 4. Campos del instrumento de recolección de datos.

Categoría	Detalle
Integrantes de la Corte de Apelaciones que resuelven el recurso	Para cada integrante se requiere el nombre completo, género y calidad en que integra el tribunal
Elementos del recurso	Se identifica la categoría de recurrente y los argumentos invocados, de acuerdo a las categorías de argumentos identificadas en la fijación del marco teórico
Sentencia recurrida	Se indica si la demanda fue acogida o desechada
Decisión del recurso	Se distingue si el recurso se acoge, se rechaza o se procede a anular de oficio la sentencia recurrida Se indica si la decisión fue adoptada por unanimidad o existió un voto disidente
Argumentos de la sentencia	Según si se acoge o rechaza el recurso, se indica el o los argumentos invocados por los sentenciadores para resolver
Tipo de análisis	Se clasifica el análisis de la sentencia recurrida hecha por la Corte de Apelaciones como formal o sustancial

Fuente: Elaboración propia.

Para los argumentos del recurrente, los de la sentencia que resuelve el recurso y el caso eventual de un voto de minoría, se ingresa, además, el texto correspondiente de la sentencia.

En las siguientes ilustraciones se muestra un formulario en que los datos de una sentencia ya han sido ingresados.

Ilustración 1. Instrumento de recolección de datos. Hoja número 1.

Análisis final penal_06_en blanco - Excel

felipe opazo

Compartir

Archivo Inicio Insertar Diseño de página Fórmulas Datos Revisar Vista Programador Power Pivot ¿Qué desea hacer?

Ficha de análisis de sentencias penales

Hoja 1. Identificación general del caso

ESTADÍSTICA DE AVANCE	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Total revisadas	% de avance
	2	0	0	0	0	0	0	2 de 199	1,01%

CASO EN REVISIÓN	Corte de Apelaciones	Rol de ingreso	Fecha de sentencia	Año de sentencia
	Antofagasta	Reforma Procesal Penal-172-2010	17 de junio	2010

	Tipo de integrante	Apellido 1	Apellido 2	Nombres	Género
Integrante 1	Ministra/o	CARRASCO	ARELLANO	MARTE	F
Integrante 2	Ministra/o	SOUBLETTE	MIRANDA	VIRGINIA	F
Integrante 3	Abogada/o Integrante	LEPPES	NAVARRETE	ALFONSO	M

¿Hay voto de minoría?	Decisión de sentencia recurrida	Recurrente	Decisión del recurso
NO	Penal Condena/Civil rechaza o no hay	Imputado/a(s)	Rechaza recurso

EN CASO DE HABER VOTO DE MINORÍA	
Decisión del voto de minoría	<input type="checkbox"/> Texto del voto de minoría

Pasar a hoja 2

Pasar a hoja 3

Listo

Fuente: Impresión de pantalla del instrumento de recolección de datos.

Ilustración 2. Instrumento de recolección de datos. Hoja número 2.

Análisis final penal_06_en blanco - Excel

felipe opazo

Compartir

Archivo Inicio Insertar Diseño de página Fórmulas Datos Revisar Vista Programador Power Pivot ¿Qué desea hacer?

Ficha de análisis de sentencias penales

Hoja 2. Argumentos del recurrente y la Corte de Apelaciones

ESTADÍSTICA DE AVANCE	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Total revisadas	% de avance
	2	0	0	0	0	0	0	2 de 199	1,01%

CASO EN REVISIÓN	Corte de Apelaciones	Rol de ingreso	Fecha de sentencia	Año de sentencia
	Antofagasta	Reforma Procesal Penal-172-2010	17 de junio	2010

Argumentos del recurrente	SI/NO	Texto	Argumentos de la Corte	SI/NO	Texto
INFRACCIÓN (reglas de la lógica)	SI	Sostiene la Defensa que en la sentencia	INFUNDADO (faltó la causal específica)	SI	Que en lo referente al cuestionamiento
INFRACCIÓN (máx. de la experiencia)	SI	Sostiene la Defensa que en la sentencia	INFUNDADO (faltó ppio. de lógica)	SI	Que en lo referente al cuestionamiento
INFRACCIÓN (c. científicos afianzados)	SI	Sostiene la Defensa que en la sentencia	INFUNDADO (qué parte del fallo)	NO	
INFRACCIÓN (razón suficiente)	NO		Vicio alegado no ocurre (no expl.)	NO	
INSUFICIENCIA (análisis part. prueba)	NO		Vicio alegado no ocurre (expl.)	SI	Que en lo referente al cuestionamiento
INSUFICIENCIA (análisis conj. prueba)	NO		Incompetente para "discrepancias"	NO	
INSUFICIENCIA (cadena argumental)	SI	Señala que para arribar a las conclusiones	Competente sólo para aberraciones	NO	
INSUFICIENCIA (decisión sin fund.)	NO		OTRO	NO	
INSUFICIENCIA (prueba insuficiente)	SI	De esta manera hace presente con su		NO	
No señala el problema específico	NO			NO	
OTRO	NO			NO	
	NO			NO	
	NO			NO	
	NO			NO	
	NO			NO	
	NO			NO	

Volver a hoja 1

Pasar a hoja 3

Listo

Fuente: Impresión de pantalla del instrumento de recolección de datos.

Ilustración 3. Instrumento de recolección de datos. Hoja número 3.

Análisis final penal_06_en blanco - Excel

felipe opazo

Compartir

Archivo Inicio Insertar Diseño de página Fórmulas Datos Revisar Vista Programador Power Pivot ¿Qué desea hacer?

Ficha de análisis de sentencias penales

Hoja 3. Calificación del análisis y síntesis del caso

ESTADÍSTICA DE AVANCE	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	Total revisadas	% de avance
	2	0	0	0	0	0	0	2 de 199	1,01%

CASO EN REVISIÓN	Corte de Apelaciones	Rol de ingreso	Fecha de sentencia	Año de sentencia
	Antofagasta	Reforma Procesal Penal-172-2010	17 de junio	2010

Tipo de análisis que realiza la Corte de Apelaciones:

SÍNTESIS DATOS DEL CASO

- Recurso interpuesto por el/la imputado/a en contra de sentencia de primer grado que dictó sentencia penal condenatoria y rechazó la acción civil (o no la hubo)	- Argumento(s) del recurrente: INFRACCIÓN (reglas de la lógica), INFRACCIÓN (máx. de la experiencia), INFRACCIÓN (c. científicos afianzados), INSUFICIENCIA (cadena argumental), INSUFICIENCIA (prueba insuficiente)
- Sentencia dictada por la ministra/o Carrasco, la ministra/o Soubllette y el abogada/o integrante Leppes	- La Corte de Apelaciones rechazó el recurso
- La decisión fue adoptada por unanimidad	- Argumento(s) de la Corte de Apelaciones: INFUNDADO (faltó la causal específica), INFUNDADO (faltó ppio. de lógica), Vicio alegado no ocurre (expl.)
- Para resolver el recurso, la Corte de Apelaciones realizó un análisis de tipo formal	

Volver a hoja 1 Volver a hoja 2 Grabar datos

Listo

Fuente: Impresión de pantalla del instrumento de recolección de datos.

B) Construcción de una muestra de sentencias

El proceso de construcción de las muestras se inició con la información proporcionada por el Poder Judicial, de la que se obtiene la cantidad de sentencias de nulidad en materia penal dictadas por las Cortes de Apelaciones en cada año desde 2010 hasta 2016.

Puesto que en cada caso es necesario identificar las sentencias que abordan la sana crítica de un modo que permita identificar si el criterio de los sentenciadores es formal o sustancial, se construyó una muestra para cada año a objeto de examinarla y determinar qué proporción del total de sentencias resultan adecuadas.

Fijando un nivel de confianza de 95%, un margen de error de 5%, se obtienen para cada año los tamaños muestrales que se señalan en la siguiente tabla.

Tabla 5. Tamaños muestrales requeridos para cada año del periodo estudiado.

Año	Cantidad de sentencias por nulidad penal	Tamaño muestral requerido
2010	2.508	334
2011	2.424	332
2012	2.623	336
2013	2.923	340
2014	3.096	342
2015	3.611	348
2016	3.776	349

Fuente: Elaboración propia.

Estudiadas las muestras, se pudieron determinar las proporciones que para cada año representan las sentencias que se ocupan de la sana crítica de un modo adecuado para caracterizar el criterio de la Corte de Apelaciones como formal o sustancial.

Las proporciones de cada caso y las cantidades finales, resultantes de aplicar la proporción al total de sentencias, se indican en la siguiente tabla.

Tabla 6. Cantidad de sentencias adecuadas para el estudio, para cada año del periodo.

Año	A. Cantidad de sentencias por nulidad penal	B. Proporción de sentencias adecuadas para el estudio, obtenidas del análisis de la muestra	C. Cantidad de sentencias adecuadas (A X B)
2010	2.508	34,43%	864
2011	2.424	34,64%	840
2012	2.623	37,50%	984
2013	2.923	35,88%	1.049
2014	3.096	43,27%	1.340
2015	3.611	41,38%	1.494
2016	3.776	40,40%	1.526

Fuente: Elaboración propia.

Finalmente, la cantidad de sentencias adecuadas para el estudio de cada año constituye el universo de sentencias que se pretende describir en cuanto al tipo de criterio que la Corte de Apelaciones ha aplicado para resolver un recurso de nulidad en que se cuestiona la racionalidad mediante la cual han sido fijados los hechos.

Fijando, nuevamente, un intervalo de confianza de 95% y un margen de error de 5%, se obtuvieron los tamaños muestrales definitivos que se indican a continuación.

Tabla 7. Tamaños muestrales definitivos.

Año	Cantidad de sentencias por nulidad penal	Tamaño muestral requerido
2010	864	267
2011	840	264
2012	984	277
2013	1.049	282
2014	1.340	300
2015	1.494	306
2016	1.526	308

Fuente: Elaboración propia.

A objeto de individualizar una cantidad de sentencias que presentaran las características requeridas igual a la obtenida para cada año en la determinación del tamaño muestral, de un modo que satisficiera la aleatoriedad necesaria para utilizar técnicas de análisis probabilístico, se diseñó una aplicación informática que ofreciera sentencias en forma aleatoria para ser caracterizados como adecuados o no.

La rutina de la aplicación se aplica a una base de datos que contiene el total de sentencias y consiste en las siguientes instrucciones:

- i.** Pide la caracterización de la primera sentencia de la base de datos como “adecuada” o “no adecuada”.
- ii.** Ingresas la sentencia a una segunda base de datos, añadiendo su caracterización.
- iii.** Marca la sentencia caracterizada en la base de datos original como “revisada”.
- iv.** Ordena la primera base de datos según los siguientes criterios
 - a.** Primero las “no revisadas”, luego las “revisadas”.
 - b.** Las sentencias “no revisadas” se reordenan en forma aleatoria.
- v.** Se repite el proceso desde la instrucción 1 hasta que la cantidad de sentencias de la segunda base de datos sea igual al tamaño muestral requerido.

II. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1. Datos técnicos del estudio

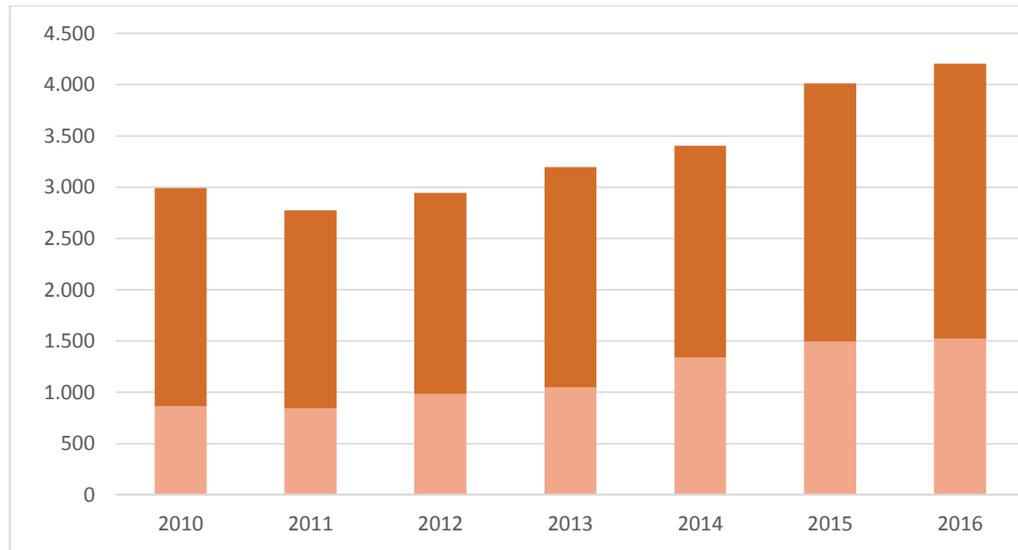
Tabla 8. Datos técnicos del estudio.

Parámetro	Dato
Período estudiado	2010-2016
Recursos de nulidad	23.528
Nulidades por sana crítica	8.095
Tipo de muestreo	Aleatoria
Muestra observada	2.325
Casos válidos	2.245
Distribución de la muestra	Normal
Tipo de análisis	Probabilístico
Margen de error	1,76%

Fuente: Elaboración propia.

2. Recursos de nulidad penal por sana crítica respecto al total de nulidades.

Gráfico 1. Recursos de nulidad penal por sana crítica respecto al total de nulidades penales.

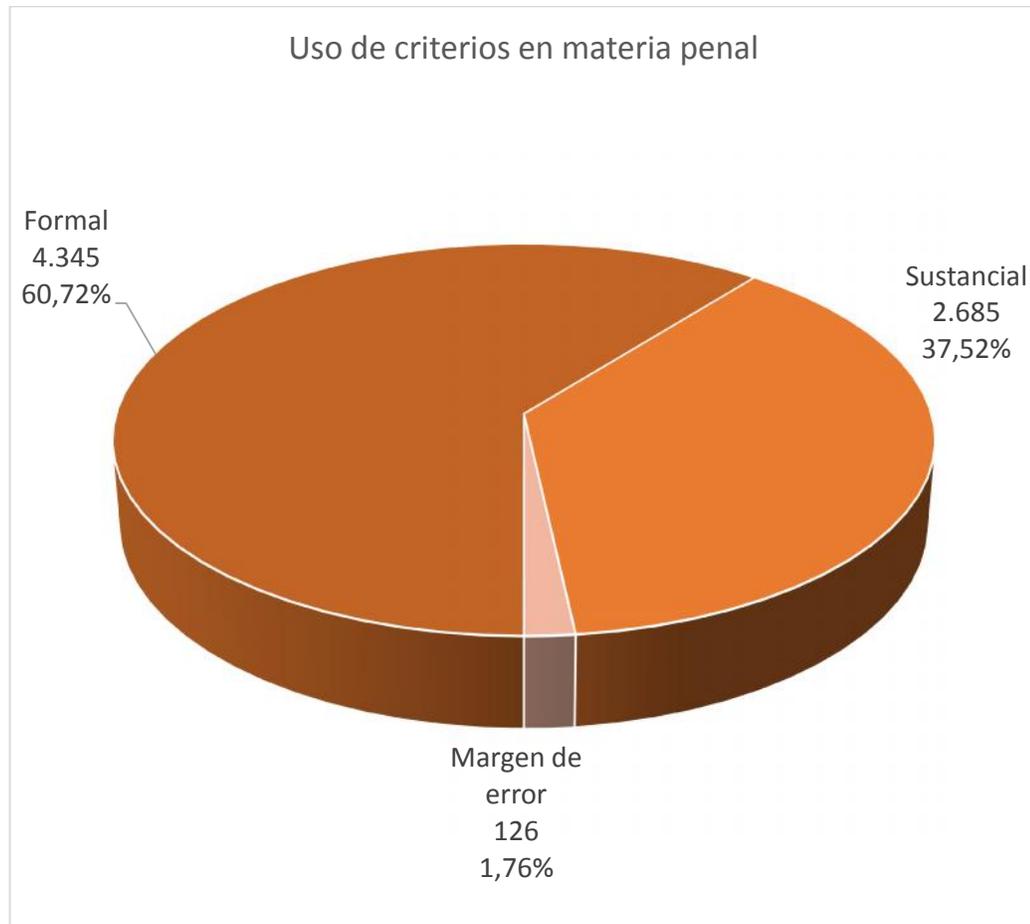


Rec.	2.991	2.774	2.944	3.195	3.405	4.014	4.205
N	864	840	984	1.049	1.340	1.494	1.526
	28,9%	30,3%	33,4%	32,8%	39,3%	37,2%	36,3%

Fuente: Elaboración propia.

3. Uso del criterio de control formal/sustancial en la resolución del recurso de nulidad penal.

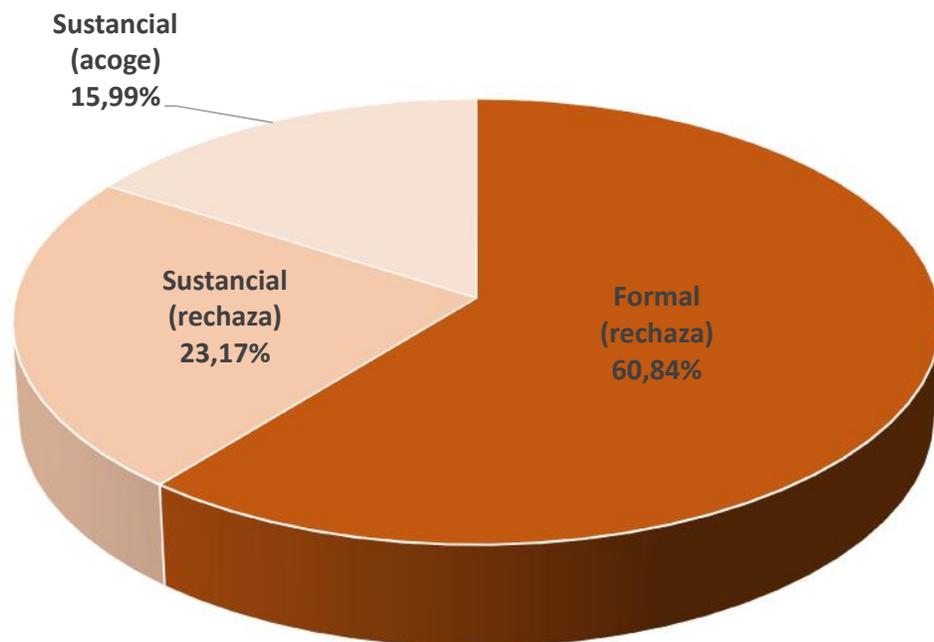
Gráfico 2. Uso del criterio de control formal/sustancial en la resolución del recurso de nulidad penal.



Fuente: Elaboración propia.

4. Criterio de control y resolución del recurso de nulidad penal por control de sana crítica.

Gráfico 3. Criterio de control y resolución del recurso de nulidad penal por control de sana crítica.



Fuente: Elaboración propia.

5. Cantidad y porcentaje uso del criterio formal/sustancial en la resolución del recurso de nulidad penal.

Tabla 9. Cantidad y porcentaje de uso del criterio formal/sustancial en la resolución del recurso de nulidad penal.

	Acoge o anula	Rechaza	TOTAL
Formal	44	1.339	1.383
Sustancial	352	510	862
TOTAL	396	1.849	2.245

	Acoge o anula	Rechaza	TOTAL
Formal	1,96%	59,64%	61,60%
Sustancial	15,68%	22,72%	38,40%
TOTAL	17,64%	82,36%	100,00%

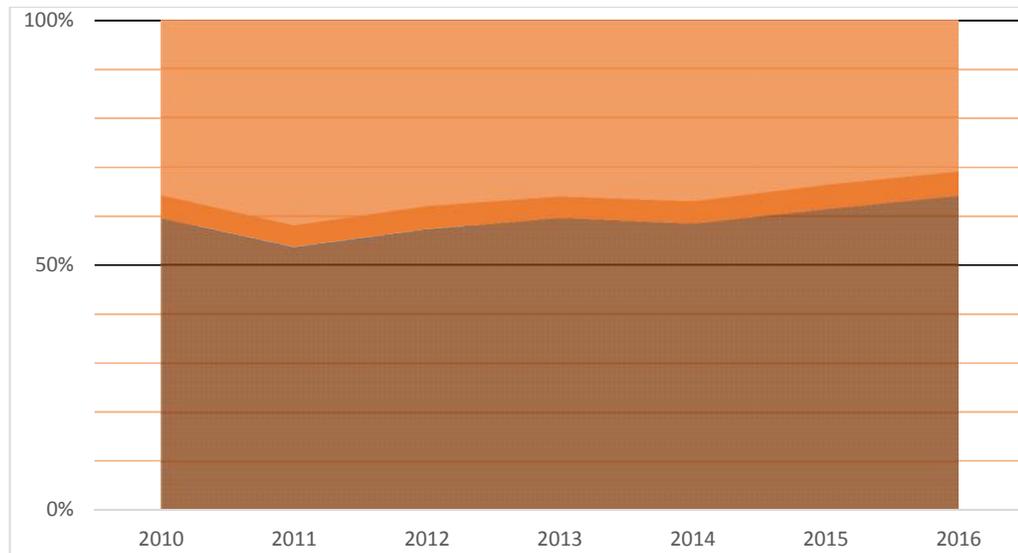
	Acoge o anula	Rechaza	TOTAL
Formal	3,18%	96,82%	100,00%
Sustancial	40,84%	59,16%	100,00%
TOTAL	17,64%	82,36%	100,00%

	Acoge o anula	Rechaza	TOTAL
Formal	11,11%	72,42%	61,60%
Sustancial	88,89%	27,58%	38,40%
TOTAL	100,00%	100,00%	100,00%

Fuente: Elaboración propia.

6. Evolución del uso del criterio de control en materia penal.

Gráfico 4. Evolución del uso del criterio de control en materia penal.



Sust.	35,68%	41,79%	37,92%	35,96%	36,96%	33,62%	30,90%
E	4,67%	4,44%	4,69%	4,29%	4,49%	4,87%	4,86%
Form.	59,65%	53,77%	57,39%	59,75%	58,55%	61,51%	64,24%

Fuente: Elaboración propia.

7. Argumentos para rechazo formal del recurso de nulidad penal.

Tabla 10. Argumentos para el rechazo formal del recurso de nulidad penal (59,64%)

Argumento	f
Vicio alegado no ocurre (no expl.)	58,0%
Vicio alegado no ocurre (expl.)	28,2%
Incompetente para "discrepancias"	21,4%
INFUNDADO (faltó la causal específica)	13,4%
INFUNDADO (faltó ppio. de lógica)	4,6%
Competente sólo para aberraciones	4,3%
OTRO	3,9%

Fuente: Elaboración propia.

8. Argumentos para rechazo sustancial del recurso de nulidad penal.

Tabla 11. Argumentos para el rechazo sustancial del recurso de nulidad penal (22,72%).

Argumento	f
Vicio alegado no ocurre (expl.)	93,5%
Incompetente para "discrepancias"	11,2%
INFUNDADO (faltó la causal específica)	10,8%
INFUNDADO (faltó ppio. de lógica)	5,1%
Competente sólo para aberraciones	3,5%
INFUNDADO (qué parte del fallo)	3,1%
OTRO	3,1%

Fuente: Elaboración propia.

9. Argumentos acoge/anula sustancial del recurso de nulidad penal.

Tabla 12. Argumentos acoge/anula sustancial del recurso de nulidad penal (15,68%).

Argumento	f
INFRACCIÓN (reglas de la lógica)	36,9%
INFRACCIÓN (razón suficiente)	27,6%
INFRACCIÓN (máx. de la experiencia)	20,5%
INSUFICIENCIA (decisión sin fund.)	15,3%
INSUFICIENCIA (análisis conj. prueba)	13,6%
INSUFICIENCIA (análisis part. prueba)	10,8%
INSUFICIENCIA (cadena argumental)	10,2%

Fuente: Elaboración propia.

CONCLUSIONES.

1. Para los efectos de nuestro estudio fijamos el concepto de Sana Crítica como aquel sistema de valoración de la prueba que goza de una posición intermedia entre el de la prueba legal o tasada y el sistema de la libre convicción, ya que este sistema de valoración de la prueba si bien no tiene una regulación tan exhaustiva como el primero de los recién mencionados, sí exige que exista una racionalidad en la fundamentación de las sentencias, debiendo el juez someterse a ciertos criterios como los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, es decir adopta una posición intermedia entre la libertad otorgada en el sistema de la libre convicción y el sistema de la prueba legal o tasada.

Dentro de esta investigación establecimos como eje de nuestra hipótesis que las Cortes, al conocer de un recurso de nulidad, específicamente por infracción a la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, pueden realizar dos tipos de análisis a manera de controlar la sentencia del tribunal a quo, a saber, uno de carácter formal y otro de carácter sustancial.

Establecimos que el control formal es aquel control en virtud del cual la Corte realiza un análisis de elementos meramente formales de la sentencia recurrida, es decir, la Corte verifica si en realidad se realizó una ponderación de la prueba sin entrar a conocer el fondo de dicha ponderación, por tanto, en este tipo de control evita revisar la racionalidad del análisis del Tribunal a quo.

Por contrapartida, el control sustancial lo definimos como aquel en el cual el tribunal *ad quem* realiza un análisis de fondo de la sentencia recurrida, es decir, el juez ya no solo se limita a verificar la existencia o no de una fundamentación, sino que analiza la racionalidad del razonamiento utilizado por el tribunal *a quo*.

2. Del estudio de los datos obtenidos a través de la revisión de la jurisprudencia producida por las Cortes de Apelaciones, a propósito del motivo absoluto de nulidad del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, en el período que comprende desde el año 2010 hasta el año 2016, hemos alcanzado las siguientes conclusiones:

a) La interposición de recursos de nulidad fundados en la infracción a los parámetros o reglas de la sana crítica ha tenido un aumento tendencial desde el año 2010 en adelante. También hubo un aumento, en el período analizado, de jurisprudencia que contenía un control formal de las sentencias del primer grado jurisdiccional. Tomando estos dos datos en cuenta, podemos concluir que existe una relación bastante próxima entre el aumento de ingresos de recursos de nulidad, que involucran la causal específica de infracción a los parámetros o reglas de la sana crítica, con el aumento de casos en que las Cortes ejercen un control formal de la decisión que se somete a su revisión, es decir, habría una relación directamente proporcional.

Como hipótesis posible que explicaría esta situación, sería que frente a la mayor cantidad de ingresos de recursos de nulidad y la mayor carga de trabajo para las Cortes que implica aquello, no hubo un aumento en la composición de Ministros lo que llevó a que las Cortes utilizaran un control más expedito, como es el control formal, para sortear este aumento en la carga de trabajo. Para corroborar lo anterior sería necesario, con todo, examinar el porcentaje que los recursos de nulidad por esta causal representan en el total de la carga de trabajo de las Cortes y la coherencia del comportamiento interpretativo de los ministros al resolver.

b) La cantidad de recursos en los que se realiza un control formal, en términos brutos, corresponde a 1.383 casos analizados versus aquellos que contienen un control sustancial, que corresponden a 862 sentencias. En porcentajes esto se traduce en un 61,60% versus un

38,40%, respectivamente. Se concluye entonces que las Cortes tienden a realizar un análisis mayormente formal al conocer de un recurso de nulidad. En el período en estudio la relación entre el control formal y el sustancial se mantuvo relativamente constante, sin perjuicio de que existe una tendencia hacia la formalidad del análisis.

Sin embargo, llama la atención que el año 2016 sea en el que hubo mayor cantidad de sentencias en las que se detecta un control formal. Siendo esperable que, en función del desarrollo jurisprudencial y doctrinario y, en particular, después de la sentencia que recayó en el caso “Norín Catrimán y otros versus Chile” el control que las Cortes realizarían a partir de allí sería en mayor proporción sustancial que formal, los datos confirman que este efecto no se produjo.

- c)** La cantidad de recursos rechazados por sana crítica supera ampliamente a los recursos acogidos. En términos brutos y agrupando aquellas sentencias que contienen un control formal y aquellas que contienen un control sustancial, existen 1.849 sentencias que rechazan el recurso de nulidad versus 396 sentencias que lo acogen y, en consecuencia, anulan la sentencia impugnada. En porcentajes esto se traduce en un 82,36% versus un 17,64%, respectivamente. Esta conclusión sumada al hecho de la preponderancia del control formal por sobre el sustancial, nos permite cuestionar la efectividad del recurso de nulidad como único mecanismo de control de la aplicación de la sana crítica de sentencias definitivas penales, ya que las Cortes rechazan una gran parte de los recursos sin siquiera entrar a discutir el fondo de los mismos.
- d)** Ahora, desagregando los datos, tomando en cuenta sólo aquellas sentencias que contenían un control formal que, en total, suman 1.383, vemos que 1.339 de éstas corresponden a casos en que las Cortes rechazaron el recurso de nulidad interpuesto. Por su parte, 44 sentencias acogieron el recurso de nulidad, utilizando un control formal. En porcentajes esto se traduce en un 96,82% versus un

3,18%, respectivamente. La conclusión principal frente a este dato es que las Cortes al realizar un control formal de la decisión impugnada rechazan en prácticamente la totalidad de los casos el recurso de nulidad interpuesto.

- e) Realizando el mismo ejercicio anterior, en la situación de las sentencias que contenían un control sustancial de la decisión impugnada, encontramos un total de 862, de las cuales 510 corresponden a rechazos del recurso versus 352 que corresponden a casos en que se acoge el recurso. En porcentajes esto se traduce en un 59,16% versus un 40,84%, respectivamente. Esto nos permite concluir que, si bien no se altera la tendencia general al rechazo del recurso de nulidad interpuesto por infracción a las reglas o parámetros de la sana crítica, la diferencia no es tan significativa como en el caso anterior. Así, en comparación con los casos de control formal, existe una mayor probabilidad de que se acoja el recurso de nulidad si la Corte respectiva realiza un análisis sustancial de la decisión. Otra forma de interpretar lo anterior es que las Cortes para acoger un recurso de nulidad, por esta causal específica, realizan mayormente un control sustancial. En comparación con el total de los recursos de nulidad por sana crítica, la probabilidad de una sentencia que acoge el recurso se eleva cuando el tipo de control es sustancial, aun cuando sigue siendo minoritaria.
- f) Lo anterior se corrobora, además si se pone el foco en el criterio acoge o rechaza. Así, el 11,11% de los recursos acogidos fue en base a un control formal y un 88,89% fue producto de un control sustancial. Cuando rechazan, esta situación se invierte ya que el 72,42% de los recursos rechazados fue por un análisis formal versus un 27,58% de los recursos fue rechazado por un análisis sustancial. En conclusión, cuando las Cortes rechazan los recursos, mayoritariamente, rechazan utilizando un criterio formal y cuando acogen, lo hacen mayoritariamente con un control sustancial.

- g)** Dentro del universo de fallos en que las Cortes acogen los recursos utilizando un control sustancial, podemos agrupar los distintos argumentos en tres criterios; los parámetros racionales, fundamentación y objetividad. Se observa que, de estos tres grupos de argumentos, el más utilizado es el de los “parámetros racionales”.

A propósito de los parámetros racionales de la sana crítica, se observa que el argumento más utilizado por los recurrentes fue la infracción a las reglas de la lógica, incluyendo la infracción al principio de la razón suficiente. Luego las máximas de la experiencia y en último lugar los conocimientos científicamente afianzados. Lo anterior se condice con aquello señalado por la doctrina y lo indicado en nuestro marco teórico, en cuanto a que existiría un orden de importancia entre los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Justamente, cuando las Cortes acogen los recursos luego de un control sustancial, los argumentos más utilizados, en orden descendiente, fueron los siguientes: infracción a las reglas de la lógica e infracción al principio de razón suficiente, infracción a las máximas de la experiencia y, por último, infracción a los conocimientos científicamente afianzados.

- h)** En la otra vereda, cuando las Cortes rechazan los recursos luego de realizar un control formal, el argumento más utilizado es que el vicio alegado por el recurrente, en realidad no ocurre, pero sin dar razones de por qué no se verifica el vicio alegado. Esto nos permite sostener que la hipótesis planteada en esta tesis, esto es, que las Cortes han realizado un control deficiente de la aplicación de las reglas o parámetros de la sana crítica, se comprueba, pues dentro de la parte de la muestra más numerosa, esto es, recursos de nulidad rechazados utilizando un control formal, encontramos que el argumento más utilizado por las Cortes es justamente aquel más

deficitario, esto es, la afirmación de que el vicio alegado no existe sin dar una explicación de por qué no se verifica.

3. Como conclusión general, estimamos que la hipótesis que da sustento a esta investigación se comprueba por dos órdenes de razones.

Primero, porque tanto en términos brutos como porcentuales, se presenta un mayor número de casos en que las Cortes realizan un control formal de la decisión impugnada. Segundo porque dentro de estos casos, el argumento más utilizado es uno totalmente deficitario dentro de lo que razonablemente se le puede exigir al tribunal *ad quem*.

A nuestro juicio, resulta insatisfactorio para los fines del recurso de nulidad fundado en la causal de infracción a los parámetros o reglas a la sana crítica, que se realice mayoritariamente un control formal de la decisión impugnada, pues justamente la interposición del recurso de nulidad por la causal específica del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal persigue que el tribunal *ad quem* realice un control de la racionalidad de los motivos que llevaron al tribunal *a quo* al establecimiento de los hechos asentados en la decisión impugnada. Este análisis simplemente no se produce, realizando las Cortes en su mayoría, una revisión meramente formal de las sentencias recurridas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes Primarias.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 1995. Historia de la Ley N° 19.696 que Establece un nuevo Código de Procedimiento Penal.

NACIONES UNIDAS. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [En línea]
<<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>
[Consulta: 23 de agosto de 2017].

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos. [En línea]
<https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm> [Consulta: 23 de agosto de 2017].

2. Fuentes secundarias.

ACCATINO D. 2009. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. Revista Chilena de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 18.

ACCATINO, D. 2003. La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de las judicaturas modernas? [En línea] Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 15(2):9 -35 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200001> [Consultado: 27 de agosto, 2017].

ACCATINO, D. 2006. La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile (Valdivia).

ACCATINO, D. 2007. Los peligros del cajón de sastre. Sentencia de nulidad por falta de fundamentación de las conclusiones probatorias en el Caso Tocornal, Corte Suprema. Revista de Derecho (Valdivia, Chile). Volumen XX.

ACCATINO, D. 2009. Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Número XXXIII. (Valparaíso, Chile).

ACCATINO, D. 2006. Convicción, Justificación y Verdad en la Valoración de la Prueba en Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 24.

ALISTE, T. 2011. La motivación de las resoluciones judiciales. Madrid, Marcial Pons.

ALSINA, H. 1956. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires, EDIAR.

ASTUDILLO, O. 2013. Seminario "Nulidad laboral". Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Santiago), Vol. 4, No 8.

BENFELD, J. 2013. Los orígenes del concepto sana crítica. [En línea] Revista de estudios históricos – jurídicos (Valparaíso) N. 35 <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552013000100018&script=sci_arttext> [Consultado: 27 de agosto, 2017].

BRAVO, P; DELGADO, J.; DÍAZ, I; PARRA, D. Y CASTILLO, E. 2015. Recursos en el derecho comparado, un estudio para la reforma procesal civil en Chile. [en línea]. Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco.

<http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2015/03/Informe-Final_Est.-Recursos-en-el-Der.-Comparado_-UCT.pdf> [consultado: 27 agosto 2017].

CALAMANDREI, P. 1961. Estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.

CERDA SAN MARTIN, R. 2003. Valoración de la Prueba. Sana crítica. Santiago, Editorial Librotecnia.

COLMEIRO, M. 2008. Derecho administrativo español. Tomo II. Lima, Librerías de don Miguel Ángel Callejas.

COLOMA, R. y AGÜERO, C. 2014. Lógica, Ciencia y Experiencia en la Valoración de la Prueba. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 (2).

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO. 2003. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento Valparaíso, Chile.

CONTRERAS ROJAS, C. 2011. El Recurso de Nulidad como Herramienta de Control de las Exigencias Impuestas por la Sana crítica a Propósito de la Sentencia Rol 1068-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago. [en línea] Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 1. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000100011>[consulta: 27 de agosto 2017].

CORTEZ MATCOVICH, G. 2006. "El recurso de Nulidad. Doctrina y jurisprudencia". Santiago. Editorial Lexis Nexis.

COUTURE, E. 1958. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. (3ª. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma.

COUTURE, E. 1960. Vocabulario Jurídico. Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de la República.

COUTURE, E. 1979. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Ediciones Depalma.

DEL RÍO FERRETI, C. 2000. Revisión de los hechos mediante recurso de Nulidad. Santiago, Gaceta Jurídica N° 246.

DEL RÍO, C. 2010. Tres apuntes sobre el recurso de nulidad y el enjuiciamiento fáctico a propósito de tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. La Serena, Chile. Año 17 – N°1.

DÍAZ UFANO y NEGRILLO, J. 1866. Tratado Teórico-Práctico de Materias Contencioso-Administrativas de la Península y Ultramar. 1866. Madrid, Imprenta Manuel Minuesa.

FERRAJOLI, L. 2008. La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos, en FERRAJOLI, L., ATIENZA, M., MORESO, J., La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Madrid-España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo

GASCÓN, M. 2003. La prueba judicial: valoración racional y motivación. Universidad de Castilla-La Mancha. [En Línea] < <http://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>. > [Consultado: 27 de agosto, 2017].

GONZALEZ, J. 2006. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N.1.

HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ-COLLADO, C., BAPTISTA, P. 2006. Metodología de la investigación, 4ª Edición, México, McGraw-Hill.

HUNTER, I. 2012. Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema). Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXV-Nº 1- Julio 2012.

IGARTÚA SALAVERRIA, J. 1995. Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal. Valencia, Tirant Lo Blanch.

LASO, J. 2009. Lógica y Sana crítica. Revista Chilena de Derecho, vol. 36 Nº1.

LEPIN, C. 2008. Breve estudio sobre la sana crítica. Revista Gaceta Jurídica Nº 319, enero 2007. Santiago, Editorial LexisNexis.

MANRESA.Y NAVARRO, J; MIQUEL, I. Y REUS, J. 1856. Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada. Madrid, Editorial Imprenta de la Revista de Legislación.

MATURANA BAEZA, J. 2014. Sana crítica: Un Sistema de Valoración Racional de la Prueba. Tomo I. Santiago, Thomson Reuters.

MATURANA MIQUEL, C. 2009. Separata Aspectos Generales de la Prueba. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

MONTERO AROCA, J. 2011. La Prueba en el Proceso Civil. 6º ed. Navarra, Thomson Reuters.

MURILLO, A. 2012. Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho Español. Teoria e Storia del Diritto Privatto, Rivista Internazionale [En línea] <
<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option>

=index&cID=227> [Consultado: 27 de agosto, 2017].

NIEVA FENOLL, J. 2010. La valoración de la prueba. Madrid, Marcial Pons.

PALOMO V., D. (Director). 2017. Recursos procesales. Problemas actuales. Santiago. DER Ediciones.

PASTOR, D. 2001. La Nueva imagen de la Casación Penal. Buenos Aires, Editorial Ad Hoc.

PELÁEZ DEL POZO, J. 1849. Tratado Teórico-práctico de la Organización, Competencia y procedimientos en Materias Contencioso-Administrativas. 1849. Madrid, Imprenta de D.B. Gonzáles.

RIVERA, R. 2011. La prueba: un análisis racional y práctico. Madrid, Marcial Pons.

ROXIN, C. 2000. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editores del Puerto.

SÁNCHEZ DE MOLINA, J. 1871. El Derecho civil español, Madrid, Imprenta de DJL Vizcaíno.

STEIN, F. 1988: El conocimiento privado del juez (traducc. de DE LA OLIVA SANTOS, A.). Bogotá, Editorial Temis.

TARUFFO, M. 2000. La Motivación de la Sentencia Civil. Madrid, Editorial Trotta.

TARUFFO, M. 2008. La prueba. Madrid, Editorial Marcial Pons.

TARUFFO, M. 2012. Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid: Marcial Pons.

TORRES ZÁRATE, F. 2009. La Jurisprudencia. [En línea] Revista Alegatos Universidad Autónoma Metropolitana. N° 72: 151-176. <<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/65/72-08.pdf>> [Consultado: 27 de agosto, 2017].

WALTER PEYRANO, J. 2011. Aproximación a las máximas de experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles? Revista de Derecho. Santiago, Consejo de Defensa del Estado, N°.25, 2011, Junio.

3. Jurisprudencia

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 2008. Sentencia causa Rol N° 59-2008 de 24 de marzo de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Caso Bulacio vs Argentina. [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf> [Consulta: 09 de septiembre de 2017].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003b. Sentencia caso Maritza Urrutia vs Guatemala. [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf> [consultado: 09 de septiembre de 2017].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003c. Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala. [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf> [Consulta: 09 de septiembre de 2017].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2004.
Sentencia caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. [En línea]
<www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf > [Consulta:
09 de septiembre de 2017].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012.
Sentencia caso Mohamed vs Argentina. [En línea]
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>
[Consulta: 09 de septiembre de 2017].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2014.
Sentencia caso Norín Catrimán y otros vs. Chile. [En línea]
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf>
[Consulta: 09 de septiembre de 2017].