

51

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Valoración probatoria: exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinales

Juan Sebastián Vera Sánchez

2022



Juan Sebastián Vera Sánchez

Abogado. Es máster en Derecho Penal por la Universidad Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra. Es doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad de Barcelona. Es profesor asistente de Derecho Procesal en la Universidad de Chile. Ha publicado más de una veintena de artículos y colaboraciones científicas en revistas indexadas o de corriente principal.



*Valoración probatoria: exigencias legales,
jurisprudenciales y doctrinales*

MATERIALES DOCENTES 51

© Juan Sebastián Vera Sánchez, por los textos, 2022

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2022

Amunátegui 465, Santiago de Chile

academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: Tipografía (tipografica.io)

Todos los derechos reservados.

Resumen

Este trabajo versa sobre los principales aspectos conceptuales de la valoración probatoria en el ordenamiento jurídico chileno. Se analizan los aspectos esenciales de los conceptos de hecho, verdad, prueba, entre otros. También se desarrollan los principales criterios normativos que se emplean en la fase de admisibilidad, valoración y decisión sobre los hechos sometidos a prueba en un juicio. En este sentido, se abordan los sistemas probatorios y los elementos circunscritos al sistema de la sana crítica.

El texto también da cuenta de las principales perspectivas de análisis de la valoración probatoria en los procedimientos judiciales, como el enfoque lógico, matemático y psicológico, vinculando especialmente este último con los sesgos y estereotipos presentes en la adopción de decisiones por parte de las personas.

Por último, también se hace referencia a la importancia de la perspectiva de género en la valoración probatoria y al análisis de casos de complejos en la materia, como es el juzgamiento sobre la base de estereotipos género y las condenas penales basadas en el testimonio de la víctima.

Contenido

5	CAPÍTULO 1 Conceptos básicos de la prueba judicial
53	CAPÍTULO 2 La etapa de admisibilidad probatoria
91	CAPÍTULO 3 La etapa de valoración probatoria
182	CAPÍTULO 4 La decisión sobre los hechos
269	<i>Referencias</i>

Capítulo 1

Conceptos básicos de la prueba judicial

¿Qué debemos entender por prueba de los hechos?

El concepto *prueba* presenta diversos sentidos y no es algo exclusivo del ámbito de los procedimientos judiciales. Lo anterior es importante porque, a veces, podemos hablar de un determinado sentido de prueba y, sin advertirlo, transitar hacia otro. Y esto es muy común cuando se trata de justificar la decisión de los hechos en una sentencia, entre otras razones, por la complejidad de la materia. La doctrina, al respecto, en relación con la polisemia del concepto prueba, ha dado cuenta de un «caos terminológico» donde reina la incoherencia (Gascón, 2010: 76). Wroblewski señala que el término *prueba* es polisémico en la lengua del derecho y, en consecuencia, a veces en la lengua de la dogmática jurídica (1989: 173). En el lenguaje común prueba se usa como comprobación de la verdad de una proposición (Carnelutti, 1982: 38).

Podemos entender prueba como el antecedente que permite tener por acreditado un hecho. Así hablamos que el hecho está probado por la declaración del testigo X. También podemos entender por prueba la actividad mediante la cual damos por acreditado un hecho. Así, consideramos que debemos probar más allá de toda duda razonable que Juan mató a Pedro para que se le pueda condenar por el delito de homicidio. Ahora, también podemos llamar prueba al resultado de la conexión entre el antecedente probatorio, su inferencia y el enunciado fáctico que se intenta acreditar. Así señalamos que la bala alojada en el corazón de la víctima prueba que su muerte se produjo como producto del disparo realizado con el revolver Y.

En resumen, el vocablo prueba puede ser entendido en tres grandes sentidos: como medio de prueba, como actividad probatoria y como resultado probatorio. La importancia de esta distinción radica en que las diversas normas que regulan el ámbito de la prueba en nuestra legislación tienen por objeto un determinado sentido de la prueba. Al diferen-

ciar lo anterior, facilitamos la correcta interpretación de las normas que regulan la prueba en los procedimientos judiciales. Por otro lado, distinguir entre estos sentidos del concepto prueba nos permite identificar de mejor forma el *momento* procedimental de aplicación de las diversas normas probatorias. La norma que regula la carga de la prueba en el artículo 1695 del Código Civil se aplica al momento de la decisión de la cuestión sobre los hechos. La norma que regula las tachas de los testigos, al momento de su rendición. La norma que permite la exclusión de la prueba ilícita, por ejemplo, al momento de admisión probatoria.

A su vez, estos tres sentidos de prueba nos permiten diferenciar otras tantas perspectivas con que la cuestión probatoria es analizada en los procedimientos judiciales. Todas las etapas anteriores presenta dificultades teóricas y prácticas. Para la doctrina procesal, quizás, ha sido mucho más visible las problemáticas de la prueba en el ámbito de la justificación de la decisión de los hechos que en otros. Ahora, la continua importancia de conceptos del *evidence* anglosajón a nuestros procedimientos judiciales más modernos, obliga a conocer las categorías de análisis del *law of evidence* que se emplean para el análisis de los institutos foráneos incorporados al ordenamiento jurídico nacional.

Con independencia de los tres sentidos del concepto prueba en el derecho, también es necesario distinguir a la prueba de su justificación. Especialmente en el ámbito de decisión sobre los hechos que se plasma en la sentencia. Una cosa es estimar que X está probado; otra, la expresión de razones que expliquen por qué consideramos probado X. A esto último llamaremos justificación probatoria, que será importante porque por medio de ella se expresarán las razones intersubjetivas que nos llevan a tener por probado un hecho que, a su vez, presenta un rol muy importante para el ejercicio de la potestad recursiva de los ciudadanos, en el marco del derecho al recurso y el debido proceso. Por otro lado, la justificación probatoria se vincula muy estrechamente con la motivación de la sentencia y, esta última, ha sido considerada como uno de los rasgos esenciales de las decisiones judiciales en el marco de la cultura románica-continental (Ferrer, 2007: 44; Igartúa, 2013: 21 y Ferrer, 2010: 17). Precisamente, es la motivación de la decisión sobre los hechos la que permite un control intersubjetivo de la decisión *ex postfacto*.

Una complejidad adicional para la aplicación judicial del concepto prueba es que la utilización de dicha noción no es exclusiva del campo de los procedimientos judiciales. Hay muchas áreas del conocimiento y

desenvolvimiento social de las personas que utilizan algún sentido de la palabra prueba. Podemos afirmar, por ejemplo, que hemos probado que nuestro hijo ha mentado sobre tal o cual circunstancia. También, que está probado que tengo covid-19, o que está probado que tal o cuál medicamento genera daños tolerables para los seres humanos. Ello expresa que la noción «prueba» también da cuenta de un vehículo de la conocimiento de la realidad por medio de la obtención de antecedentes que nos permitan inferir determinada realidad fáctica. A ello la doctrina ha llamado concepción objetiva de la prueba, en oposición a la concepción subjetiva, que estima probado un hecho principalmente sobre la base de convicción o la mera apreciación subjetiva de quién está decidiendo sobre la situación.

Ahora, en relación con las concepciones subjetivas, nunca se ha aceptado en los procesos penales continentales que el juez solo falle de acuerdo con su intuición o pensamiento. Cuando se emplea la palabra «convicción» en las diversas leyes procesales, siempre se le ha vinculado con alguna forma de racionalidad. Ya sea entendida como la aplicación de las reglas de la sana crítica, ya sea otra. Así, la concepción subjetiva de la prueba es notoriamente más visible en los enjuiciamientos por jurado en el *common law*, respecto de los cuales también hay que matizar algunas cuestiones. En efecto, si bien la literatura circunscribe los enjuiciamientos por jurado anglosajones a las concepciones subjetivas, igualmente los estándares de decisión del jurado apuntan hacia criterios intersubjetivo, aun cuando en su mayoría no se deba motivar la resolución.

Los enjuiciamientos por jurado suelen ser asociado a concepciones subjetivas de la prueba, mientras en gran parte de los procesos judiciales de los ordenamientos jurídicos románico-continentales —donde se aprecie la prueba con libertad y se deban dar razones que por qué se estima probado un hecho— se vinculan fuertemente con las concepción objetiva de la prueba.

La «verdad de lo sucedido» y su importancia para los procedimientos judiciales

La prueba en los procedimientos judiciales se produce para verificar el acaecimientos de los hechos y, con ello, averiguar la verdad de lo sucedido. La búsqueda de la verdad como finalidad de la etapa probatoria de

los procedimientos judiciales se ha considerado una exigencia de justicia (Haack, 2008a: 986 y ss.; Ferrer, 2007: 82; Ubertis, 2017: 12). Esta, a su vez, está condicionada, en parte, por la solidez del mensaje epistémico sobre el cual se basa (Taruffo, 2010: 123).¹ En este sentido, no solo precisamos de decisiones tomadas en un proceso, sino de resoluciones justas, y la justicia sustancial de la resolución requiere la verdad de los hechos sobre los cuales se basa (Haack, 2008a: 986 ss.; Ferrer, 2007: 82).

El Tribunal Constitucional ha señalado que el Código Procesal Penal concibe al proceso como un método de búsqueda de la verdad material de los hechos, acorde con las exigencias más amplias de racionalidad y justicia, así como de consideraciones al derecho de defensa.²

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que el tribunal es el primer tributario del procedimiento en la búsqueda de la verdad.³ En otro sentido, la sociedad que recibe el mensaje de la condena penal no solo está interesada en condenas justas, sino también en aquellas que sean percibidas como justas (Bibas, 2010: 64). De otro lado, se ha afirmado que la búsqueda de la verdad de los hechos es un objetivo estructuralmente necesario para que funcione el propio derecho como mecanismo de motivación de la conducta. Señala Ferrer:

Solo si las consecuencias jurídicas previstas por el derecho para acciones determinadas se aplican efectivamente a esas acciones (idealmente siempre a esas acciones y no a otras), los ciudadanos tendrán motivos para actuar conforme a lo prescrito por el derecho y éste podrá cumplir su función de mecanismo de resolución de conflictos (2007: 82).

La decisión jurisdiccional será justa, no solo en cuanto haga una correcta aplicación del derecho, sino también cuando dicha aplicación recaiga sobre hechos que efectivamente hayan acaecido. Y la forma insti-

1 El autor considera que «si una cultura social incluye entre sus valores a la justicia de las decisiones, entonces probablemente se inclinará a preferir procedimientos que pretendan alcanzar decisiones justas y que estén diseñados funcionalmente para alcanzar ese fin. Esto no le restaría relevancia a la dimensión ritual del procedimiento, pero, con toda probabilidad, se trataría de un rito diferente, que sería evaluado también por su capacidad de producir decisiones bien fundadas y no solo por su capacidad de enviar mensajes culturalmente reconfortantes».

2 Sentencia del Tribunal Constitucional, 19-07-2018, rol 3996-2017, considerando vigésimo segundo.

3 Sentencia de la Corte Suprema, 28-07-2015, rol 28926-2014, considerando sexto.

tucional con la cual contamos para tener por acreditados hechos en los procedimientos judiciales es a través de la prueba.

Una primera tendencia acerca de la verdad es aquella aportada por la lógica formal. Algo sería verdadero cuando es lógicamente correcto. Es decir, en un esquema silogístico de *modus tollens*, es verdadero que «Juan es mortal» si dicha conclusión es precedida por las premisas «toda persona es mortal» y «Juan es persona».

- Toda persona es mortal
- Juan es persona
- Entonces, Juan es mortal

La aplicación de la lógica formal a los razonamientos es una cuestión que está asentada en nuestra cultura por la influencia de la tradición judeo-cristiana. En efecto, la lógica formal aristotélica-tomista es desarrollada en la Edad Media a través de los estudios e investigaciones llevadas a cabo por instituciones pertenecientes o bajo la protección de la Iglesia Católica. Por todo ello no extraña que en la Edad Media y en todos aquellos sistemas culturales donde la Iglesia Católica ha sido preponderante, la verdad de los hechos sea equiparada a la verdad lógica. Y, por otro lado, ello también podría explicar en estos casos que «sentido común» como concepto esté dotado de una buena dosis de tintes lógico-formales.

La verdad lógica, para los efectos de considerar verdadero un hecho, presenta dos grandes problemáticas. En primer lugar, la lógica formal es bivalente, es decir, solo nos lleva a determinar si algo es verdadero o falso, pero no reconoce términos intermedios. Si usamos la lógica para describir la realidad, nos daremos cuenta que el instrumental teórico es estructuralmente limitado, dando cuenta de una realidad parcial o sesgada. En efecto, para nadie es una novedad que los sucesos de la realidad admiten ciertas graduaciones, que tienen un correlato en el lenguaje y que, por tanto, debiesen también tener una correspondencia en la lógica formal. Podemos decir que es verdadero que es «caluroso» un día nublado en Santiago de Chile con 20 grados de máxima. Alguien podría decir que depende de la estación del año en que nos encontremos pues, quizás, un día de invierno en julio con dicha temperatura sea caluroso, pero no así en verano donde las temperaturas sobrepasan muchas veces los 35 grados. Ahora, si esos 20 grados, en día nublado, acaecen incluso

en verano pero en una ciudad con alta humedad y bajas temperaturas como Valdivia, seguro que diremos que se trata de un día de calor.

Con lo anterior quiero mostrar que la bivalencia propia de la lógica formal (algo es solo verdadero o solo falso), llevada al campo de los razonamiento acerca de los hechos, es un instrumental limitado para dar cuenta de la realidad. Pero lo anterior no es un defecto de la lógica como estructura conceptual, sino solo en cuanto se use para determinar la verdad o falsedad de hecho. En efecto, la lógica formal no tienen ni ha tenido en puridad nunca la función de describir la realidad, sino más bien ayudarnos a detectar razonamiento erróneos. Y en ello, por cierto, no hay sistema conceptual que a mi juicio la supere. Pero la lógica formal, al ser utilizada como instrumento de descripción de la realidad, sin duda, generará una visión parcial de la misma. Veamos este silogismo *modus tollens* para mostrar el punto.

- Las mujeres se deben dedicar exclusivamente al cuidado de los hijos
- Ana es mujer
- Entonces, Ana se debe dedicar exclusivamente al cuidado de los hijos

¿Podemos decir que la conclusión que «Ana se debe dedicar exclusivamente al cuidado de los hijos» es verdadera? Si solo reparamos en la estructura silogísticas, la respuesta es que la conclusión es correcta. Pero nadie dudaría que la misma es falsa a la luz de la erradicación de estereotipos de género, por ejemplo. Aquí uno puede hacer una diferencia entre lo formal o sintáctico o lo material o semántico. Desde el punto de vista formal, el resultado es correcto pero no así desde el punto de vista semántico. Y aquí se ve uno de los peligros de la utilización de la lógica formal: no nos puede ayudar a detectar razonamientos erróneos desde el punto de vista semántico. De otro lado, una forma de controlar la corrección semántica es partir del control de la veracidad de las premisas. Es decir, en el ejemplo, «Las mujeres se deben dedicar exclusivamente al cuidado de los hijos» es una premisa falsa o errónea. Esto es correcto, pero la lógica formal tampoco posee el instrumental necesario para poder controlar la veracidad de las premisas que componen los silogismos. Y ello se da, precisamente, por dos motivos: el primero de ello dice relación con que la lógica formal solo está pensada para verificar razonamientos erróneos que tengan que ver con la interacción de las

premisas y no con la verdad o falsedad de ellas. No ayuda de detectar razonamientos inconsistentes derivados de la interacción de las premisas. En segundo lugar, la lógica formal nunca ha tenido como objetivo dar cuenta de la realidad. En efecto, no es un buen vehículo para conocer la realidad y nunca ha tenido dicha finalidad. Ello puede explicarse porque quizás se asumía de forma implícita que las premisas en los argumentos eran siempre verdaderas y no había un mayor cuestionamiento al respecto. Por ello, por ejemplo, es posible encontrar explicaciones lógico-causales del mundo o extraer propiedades lógicas de los sucesos. Pero estas y otras teorías han sido superadas cuanto la visión bivalente de los sucesos fue puesta en duda a partir de la importancia que empezó a tomar el concepto de probabilidad de acaecimiento. Muchas veces no es posible arribar a la certeza, sino solo a la probabilidad de acaecimiento de un hecho. Ello hace entender que expresión como las de Carnelutti referidas a que la verdad es como el agua: «es o no es», sea criticada precisamente por el carácter probable de los acontecimientos.

De hecho, el principio de indeterminación de Heinsberg y la prueba de Gödel en la aritmética, trasladadas al ámbito judicial, acarrearán como consecuencia que no puede reconducirse el razonamiento judicial a una estructura lógico-deductiva (Ubertis, 2017: 15).

En relación con esta tensión entre lo formal y material en la averiguación de los hechos, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que «la tarea del juez, más que apegarse formalmente a lo que puedan plantear los litigantes, debiese ser la búsqueda de la verdad».⁴ En efecto, Calamandrei (1962: 319) señala que muchas veces las limitaciones impuestas procedimentalmente al juez lo obligan contentarse con la verdad formal lograda, por ejemplo, a través de la aplicación de las normas de prueba legal o tasada y/o por medio de mecanismo de distribución de la carga de la prueba. Sin embargo, aun cuando se pudiera pensar que la libre apreciación de la prueba fuera el instrumento más idóneo para la consecución de la llamada *verdad sustancial*, lleva en todo caso un juicio de probabilidad y de verosimilitud, no de verdad absoluta.

4 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 1-10-2020, rol 2262-2019, considerando noveno.

Distintos conceptos de verdad y la verdad por correspondencia

Los estudios de la filosofías más recientes dan cuenta de que el concepto de verdad presenta diversos sentidos. El concepto de verdad que más se aviene con las exigencia de la prueba en los procedimientos judiciales es el de verdad por correspondencia. Es decir, que exista una relación entre los enunciados fácticos y la realidad que describen, de forma que el contenido de los enunciados fácticos presente una correspondencia con la realidad.

El enunciado «Juan disparó en la cabeza de Pedro causándole la muerte por una falla multisistémica» es verdadero solo si existe una relación de correspondencia entre este y la realidad. Es decir, que Juan efectivamente haya disparado, que el cuerpo de Pedro presente una herida de bala compatible con el arma disparada por Juan, que efectivamente Pedro haya muerto y que, de acuerdo a un examen tanatológico, Pedro haya perdido la vida a causa de una falla multisistémica.

La relación de correspondencia antes aludida puede ser problemática respecto de enunciados fácticos que no necesariamente tienen una correspondencia material con la realidad derivada de la forma que adopta su formulación y no necesariamente por falta de prueba. Ello está especialmente presente en los enunciados negativos que intentan de alguna forma dar cuenta de la realidad. Por ejemplo, «En Santiago de Chile, en verano, nunca se superan los cuarenta grados Celsius». Este enunciado fáctico no tiene una entidad material que la represente y, sin embargo, igualmente podemos considerar que se corresponde con la realidad si traemos a la vista algunos antecedentes estadísticos. O, por ejemplo, en la última elección presidencial donde salió el electo el presidente Boric, no hubo igual cantidad de candidatos hombre y de mujeres. En estos casos, dichos enunciados se podría decir que constituyen la realidad misma y que su prueba, generalmente, se articulará a partir de la prueba de un hecho positivo compatible con el enunciado negativo que, a su vez, haga imposible el acaecimiento de la hipótesis contraria. Es posible acreditar que en Santiago, en verano, nunca se superan los 40 °C si acompaño al proceso los datos estadísticos de las temperaturas máximas registradas en verano, en Santiago, en los últimos cien años, por ejemplo.

Estos mismos enunciados tienen una importancia en la prueba de los procedimientos judiciales, porque las partes no distinguen ni repa-

ran muchas veces y este tipo de dificultades. Es común encontrarse en demandas laborales, de alimentos, civiles, penales, etcetera, enunciado del tipo «el empleador no pagó tal o cual mes de remuneración», «el padre no pagó la pensión de alimentos fijadas por tal o cual resolución judicial», «el imputado X no mató a Y porque no se encontraba en ese momento en lugar donde se cometió el crimen», etcétera.

Las dificultades que existen entre los enunciados fácticos y su relación de correspondencia con la realidad no nos debe llevar a renunciar a la aspiración de conseguir una relación sólida y consistente entre los hechos y la realidad, y que solo a partir de ella podamos considerar verdaderos los hechos. Lo importante es distinguir si la formulación de enunciado fáctico aporta o no una dificultad estructural a dicha relación de correspondencia y determinar los caminos para solventarla.

La formulación de un enunciado fáctico también puede generar problemas si no se advierte que, en materia de prueba de los hechos, los hechos de importancia para el proceso no son hechos brutos, sino que también pueden presentar una vinculación con intereses jurídicos, por un lado, y con aspectos valorativos de la sociedad, por otro.

Los enunciados fácticos, en cuanto enunciados que intentan dar cuenta de la realidad está estrechamente conectados con la norma de referencia que se discute aplicar. Un hecho siempre requiere de un criterio de referencia que aglutine los diversos acontecimientos sociales. Si afirmamos, «Alexis Sánchez anotó un gol contra la selección de España» y, por ejemplo, ese dato es necesario para la estadística de anotación de la selección nacional masculina de fútbol, podremos advertir que dicho enunciado fáctico no es un enunciado aislado, bruto, sino que solo tiene sentido si lo entendemos a la luz de las reglas de su contexto (reglas de fútbol), sucedido en un partido oficial de fecha Fifa, etcétera. Lo mismo sucede con los hechos de importancia para los procedimientos judiciales, donde el contexto en el cual se desenvuelve o acaece el enunciado fáctico solo tendrá sentido en el marco de normas jurídicas aplicables a los ciudadanos. Y la cuestión muchas veces se dificulta cuando los enunciados normativos utilizan ciertos términos cargados de facticidad. Me atrevería a decir, por ejemplo, que el concepto *acceso carnal* como conducta sancionada en el tipo de violación tiene una carga fáctica importante, presentando una gran importancia para los efectos de la discusión y sanción de un determinado tipo de violación. Ahora, en atención al uso común del lenguaje, y no obstante su carga fáctica, no es

muy empleado el concepto de «acceso carnal» para signar una relación sexual entre dos personas. Parece más bien tener una significación más exacta respecto de la protección de la libertad o indemnidad sexual dispensada por el Código Penal respecto de una persona que infringe la libertad sexual de otra a través de una penetración efectuada con el pene.

La relación estrecha entre los hecho y el derecho ha llevado a algunos autores a cuestionar la utilidad de la distinción dentro del ámbito de la prueba, dejando entrever que nos encontramos frente a nociones con límites bastante difusos. En efecto, esta distinción es complementemente reforzada por, entre otros, el derecho procesal chileno, donde la distinción entre hecho y derecho, por ejemplo, es importante para considerar si nos encontramos o no frente a una instancia procesal. De igual forma, cuando consideramos que son dos ítems distinguibles en buena parte de actuaciones procesales las consideraciones de hecho y de derecho. En definitiva, si los hechos parecen estar bastante vinculados con la norma jurídica de referencia que, en parte, le da significación pues, entonces, la vocación únicamente descriptiva de los enunciados fácticos tiende a presentar contornos bastante difusos. Por eso se ha dicho que no existen hechos por un lado y leyes por otro, sino un proceso de selección simultánea en donde ambos se interrelacionan⁵. En efecto, y como señala Taruffo, «no se puede hablar del “hecho” separándolo del “derecho” u olvidando sus implicancias jurídicas» (2009: 91). El mismo autor nos advierte «nadie niega seriamente la naturaleza cargada de contexto de cualquier proposición fáctica en general, y todo el mundo sabe que en los contextos jurídicos los hechos están cargados de derecho» (2008:17).

Aporta una complejidad estructural adicional, en relación con lo anterior, la circunstancia que muchos de enunciados fácticos utilizamos para generar prueba en los procedimientos judiciales contenta conceptos valorativos. Taruffo (2009: 128) señala que en algunos casos es nece-

5 En este sentido, Gascón (2010: 37) considera que el problema no es la subsunción silogística, sino los problemas que se suscitan en el denominado círculo hermenéutico, en donde «no existen hechos por un lado y leyes por otro, sino un proceso de selección simultánea donde los primeros se reformulan a la luz de las prescripciones jurídicas y donde las segundas se concretan a la luz de la realidad examinada». En el mismo sentido, Stein (1999: 7): «La prueba de los preceptos jurídicos ha sido inequívocamente separada por el derecho positivo de la prueba de los hechos y de un modo tan enérgico que algunos incluso han negado rotundamente que los preceptos jurídicos sean susceptibles de prueba».

sario realizar una identificación valorativa de los hechos, que se produce en los casos en que la prótasis de la norma no se define usando términos descriptivos o fácticos, o no solo mediante ellos, sino apoyándose en términos valorativos. Por ejemplo, cuando la norma utiliza la expresión *daño grave, justa causa, convivencia intolerable*, etcétera. En estos casos, el juez debe elegir el sistema de valores, dentro de los válidos, para ponderar el hecho en un sentido valorativo. Es decir, es importante la actitud y las elecciones de quien típicamente formula las valoraciones en cuestión, es decir, el juez (Taruffo, 2009: 131). En todos estos casos, los enunciados fácticos utilizados están cargados valorativamente, diluyendo la función sacrosanta descriptiva que suele identificar al ámbito de los hechos en el proceso. Así, para dar por probado el hecho, no solo va a ser necesario constatar una mera descripción, sino también realiza una valoración fáctica.

Verdad, certeza y probabilidad

No es algo completamente ajeno a la prueba de los hechos en los procedimientos judiciales que tanto la doctrina como la jurisprudencia empleen los términos de verdad, certeza y probabilidad. ¿Se refieren a lo mismo?

En primer lugar, hay que distinguir la cuestión teleológica de la prueba de los hechos respecto de lo que puede efectivamente suceder, en concreto, en los procedimientos judiciales en vinculado con las posibilidades con que contamos de averiguar la verdad de los sucedido.

La principal finalidad de la prueba en los procedimientos judiciales es averiguar la verdad de los sucedido, entendida como verdad por correspondencia, como veíamos. La razón que justifica lo anterior es que la justicia de la decisión jurisdiccional no podría alcanzarse si los hechos que se dan por concurrente no están probados ni se corresponden con la realidad. Es decir, si se condena a Juan por el homicidio simple de Pedro no es solo es necesario que los agentes institucionales cuenten con las atribuciones para dictar un determinado acto jurisdiccional, sino que también es necesario para la legitimidad de la decisión que Juan efectivamente haya matado a Pedro. En este sentido, la decisión no es justa tampoco cuando no se acreditado la muerte de Pedro a manos de Juan pero este último igualmente acepta como suyo el homicidio por ejemplo, para encubrir con ello al verdadero autor que ha sido su hijo Fernando.

Ahora, una cosa es la finalidad de la etapa probatoria; otra, lo que efectivamente pueda devenir con el desarrollo del procedimiento. Los teóricos ilustrados ya entendían que los hechos no eran demostrables deductivamente a partir del material probatorio, reconociendo la imposibilidad de arribar a certezas absolutas sino solo, con mucha suerte, a certezas morales o subjetivas (Gascón, 2010: 31). En este contexto, Mittermaier (2002: 36) señala: «La convicción toma el nombre de certeza desde el momento en que rechaza victoriosamente todos los motivos contrarios, o desde que estos no pueden destruir el conjunto imponente de los motivos afirmativos». Para Jairo Parra (2007: 169) es posible distinguir entre certezas subjetivas y objetivas, asumiendo la última como la propia de los procedimientos judiciales que se obtiene mediante la prueba.

En un sentido similar, Devis Echandía señala: «el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o certeza de los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad» (1970: 250). Según Hess y Jauernig (2015: 297) la actividad denominada prueba implica que las partes y el tribunal actúan para que este llegue al convencimiento sobre la verdad o falsedad de las afirmaciones de hecho realizadas (en el mismo sentido, Armenta, 2019: 193). Para Goldschmidt, las aportaciones de prueba son actos de las partes destinadas a convencer al juez de una verdad de un hecho afirmado (1936: 253).

Siguiendo esta misma línea, Couture (1958: 49) afirmada que «el juez no conoce más que la verdad que le dice la parte interesada, lo que es una manera muy relativa de conocer la verdad». En efecto, como señala Calamendrei (1962: 318) cuando se dice que un hecho es verdadero se quiere decir que se ha logrado en la conciencia del juzgador aquel grado máximo de verosimilitud que, en relación con los limitados medios de conocimiento de que el juez dispone, baste para generar en él una certeza subjetiva.⁶ La certeza subjetiva o convencimiento sería además la opción disponible atendiendo las limitaciones con que cuenta el juez en su tarea de determinación de los hechos. En efecto, Carreras (1963: 363) señala que la certeza es un estado del sujeto que depende de la convicción de este sobre la verdad de la proposición.

⁶ Agrega: «Todo el sistema probatorio civil está preordenado, no solo a consentir, sino directamente a imponer al juez que se contente, al juzgar acerca de los hechos, con el subrogado de la verdad que es la verosimilitud».

En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Coihaique señala que probar, significa convencer al Juez sobre la existencia de un hecho, entendiéndose como elemento probatorio cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver la verdad o falsedad de los enunciados fácticos, que pueden estar reglamentados en la ley (pruebas típicas) como aquellos que no están expresamente regulados en ella (pruebas atípicas), cualquiera de las cuales pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos, en general admisibles, debiendo excluirse del proceso sólo aquellas declaradas inadmisibles (pruebas ilícitas).⁷

A mi modo de ver, en este segundo se destacan mayormente la interacción de la verdad con otros conceptos, como el de certeza y probabilidad. La filosofía de la ciencia ha dejado ya bastante claro que no es posible arribar a certezas sobre las realidades naturales, entre otras razones, porque la forma de generar conocimiento científico esencialmente falsable o derrotable. Incluso ello puede demostrarse con las mismas leyes de naturaleza a las cuales se le atribuye una inmutabilidad y estabilidad que epistémica no es tal. Por ejemplo, la ley de gravitación universal de Newton fue prácticamente incuestionable hasta los estudios de Einstein respecto de la relatividad general y especial y, sin embargo, ahora es prevalente esta última. Esto no quiere decir que el conocimiento científico no tenga una pretensión de estabilidad, sino que su inmutabilidad no es absoluta, siendo más bien su aptitud de ser modificado una cuestión estructural e ínsita a su forma de generar conocimiento. En efecto, el horizonte investigativo acerca de los hechos en los procedimientos judiciales reconoce como límite la epistemología dominante (Cordero, 2000: 10).

En la historia del conocimiento humano donde por primera vez se utiliza el concepto de *probabilidad* para referirse a cuestiones del conocimiento del mundo es en la Ilustración. Se tenía muy claro que las verdades históricas eran solo probables y que el juez nunca podrá conocer con exactitud la verdad de lo sucedido (Voltaire, 1995: 610).

La doctrina anota que en la Ilustración se puede reconocer una cierta unidad de saber entre el conocimiento jurídico y la epistemología dominante. Ello podría obedecer a que el principal modo de conocimiento de la realidad es a través del *imperio de los hechos* (Gascón, 2010: 28),

⁷ Sentencias de la Corte de Apelaciones de Coihaique, 30-04-2021, rol 91-2021, considerando séptimo; 16-02-2021, rol 411-2020.

como una forma de erradicar una aproximación meramente conceptual o idealista de ello, que no admitía verificación empírica. El rechazo a esta forma de concebir la construcción del conocimiento del mundo indirectamente quería impedir que la religión pudiera influir en él (Todorov, 2017: 71), como había sucedido hegemónicamente en los siglos de período de la preilustración. La cuestión llegó a tal punto, que el modelo de investigación newtoniana impactó en el conocimiento general, más allá de la física o de la matemática (Gascón, 2010: 28). El análisis se ve como el gran instrumento intelectual del pensamiento en general (Cassirer, 2012: 23). De esta forma, el modelo de conocimiento de la Ilustración divinizó el hecho (Gascón, 2010: 29), imponiéndose de esta forma una cierta *lógica de los hechos* (Cassirer, 2012: 23), lo que irremediablemente derivó en una confianza quizás exacerbada en la *experiencia* y en lo *empírico* para aproximarse a la realidad de los sucesos.

La confianza genérica en el empirismo quizás estaba más motivada por excluir del conocimiento del mundo a la religión. Es decir, no había una real preocupación acerca de la posible falsabilidad y fiabilidad del conocimiento, sino más bien de que este estuviera desvinculado de las creencias religiosas.

Ahora, lo que queda claro es que ya no es posible hablar de certeza sobre los hechos, porque ello excluye la falibilidad propia de las aserciones fácticas.

Aunque ya volveremos sobre esto, parece más correcto hablar de la determinación de la probabilidad de acaecimiento de los hechos en los procedimientos judiciales más que de la certeza de los mismos. La probabilidad que asumiremos es aquella de carácter lógico, es decir, la que establece la probabilidad de acaecimiento de los hechos por medio de inferencias que conectan la información de los medios de prueba disponibles con los enunciados fáctico. Las pruebas dan un apoyo inductivo a la hipótesis fáctica cuya concurrencia se discute. Es decir, en estos casos es posible fundar la hipótesis mediante inferencias a partir de la prueba disponible, donde la probabilidad del hecho se corresponde con la corrección de la regla de prueba (Gascón, 2010: 155). Todo ello, por cierto, extraído del material probatorio disponible que se ha incorporado válidamente al juicio.

La verdad como finalidad primaria de la etapa probatoria y otras finalidades secundarias

La búsqueda de la verdad como finalidad de la etapa probatoria de los procedimientos judiciales constituye, como hemos visto, un presupuesto, una condición de la justicia de la decisión jurisdiccional. Pero también hemos mencionado que esta búsqueda de la verdad de los hechos no es ilimitada. Por ejemplo, en materia penal se limita el plazo de investigación a 2 años considerando los efectos perniciosos de someter a un individuo *ad eternum* a una investigación o enjuiciamiento penal.

Se ha de adoptar a reglas probatorias que, por ejemplo, limitan el tiempo de investigación de lo sucedido o la duración misma del enjuiciamiento. En el ámbito civil, por ejemplo, se consideran inhábiles los testigos menores de 14 años —razones históricas e infundadas razones epistémicas— porque se quiere evitar que la declaración de un menor como testigo sea una cuestión que pueda afectar o poner en peligro intereses protegidos en diversos tratados internacionales.

De otro lado, tampoco parece idóneo, de cara a la justicia de la decisión, que se considere probado un hecho de acuerdo a una prueba obtenida con infracción a los derechos fundamentales. Damaška (2015: 125) señala que toda sentencia se halla en el ámbito de la actividad social donde el valor de la verdad no puede ser maximizado porque no es el único que cuenta. Es decir, no todo vale de cara la búsqueda de la verdad. Si se quiere, la búsqueda de la verdad, como condición de justicia, debe ser compatibilizada con otros intereses cuya protección ha interesado al legislador. Por ejemplo, la exclusión de la prueba ilícita pone en tensión la búsqueda de la verdad con el respeto de los derechos fundamentales en la obtención de prueba a través del respeto de la garantía del debido proceso.

Las normas probatorias que tienen por objeto cautelar la averiguación de la verdad en los procedimientos son denominadas reglas probatorias con fundamentos epistémicos. Por su parte, las reglas probatorias que tienen por finalidad la protección de otros intereses importantes para la legitimidad del procedimiento son denominadas reglas probatorias con fundamentos extraepistémicos.

¿Qué relación existe entre los fundamentos epistémicos y extraepistémicos? ¿Cuál de los dos es prevalente o primario para el ordenamiento jurídico chileno? Damaška (2015: 125) indica que la búsqueda de la ver-

dad debe ser puesta en relación con otros intereses, determinando un delicado juego de equilibrio. Señala «Los métodos epistemológicos óptimos o deseables de investigación de los hechos son aceptables solo en la medida en que no comprometan el objetivo último de la resolución del conflicto: la equidad, más que la verdad». Ubertis (2017: 13), por su parte, señala que la verdad como exigencia de justicia se proyecta en el respeto de la opciones legislativas a lo largo de todo el curso del procedimiento y también porque a partir de ello se garantiza el consenso de los ciudadanos respecto de sus conclusión. Sin embargo, la búsqueda de la verdad no puede en meta última y absoluta de la actividad jurisdiccional, respecto de la cual todo quede subordinado, sino que «deberá ser con considerada como resultado del paralelogramo de las fuerzas, individuales y colectivas que interactúan en el desarrollo del proceso».

Aunque la doctrina procesal ha dicho poco al respecto, la búsqueda de la verdad aparece como la finalidad prevalente de las normas probatorias en los procedimiento judiciales en Chile. Entre otras razones, por la importancia del arribo de la verdad como condición de la justicia de la decisión. Así, las razones epistémicas parecen tener una conexión más directa con la justicia de la decisión jurisdiccional en relación con los otros interés que también entran en juego en las normas probatorias. Sin embargo, las normas probatorias también se basan en la protección de intereses extraepistémicos.

La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado:

si bien la búsqueda de la verdad material ha de ser el motor que impulse la actividad procesal, no debe olvidarse que, en un sistema procesal penal democrático, los esfuerzos por hallarla reconocen como límites la dignidad de las personas y lo dificultoso que resulta reconstruir fielmente los hechos, lo que nos conduce a conformarnos finalmente con una verdad procesal que despeje toda duda razonable de inocencia o no culpabilidad.⁸

En un sentido similar, la Corte de San Miguel ha señalado que no es posible afirmar que «la búsqueda de la verdad sea a cualquier costo».⁹

8 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 9-7-2021, rol 1826-2021, considerando primero.

9 Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 04-05-2020, rol 787-2020.

¿Qué debemos entender por prueba racional o esquemas racionales de valoración probatoria?

La racionalidad en el empleo de la valoración probatoria implica realizar la tarea de apreciar los medios de prueba, y justificar su valor, sobre la base de argumentos racionales que presentan un atributo de intersubjetividad. Con ello se asegura que la decisión pueda ser entendida y compartida por todos y todas las integrantes de una comunidad. Igualmente, el empleo de esquema racionales de valoración probatoria permite excluir o no da lugar a una valoración puramente subjetiva, con todos los riesgos de arbitrariedad que ello conlleva.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado:

[en] nuestro ordenamiento jurídico las decisiones judiciales no deben resultar de meros actos de voluntad o ser fruto de simples impresiones de los jueces, sino que deben ser el corolario de la estimación racional de las probanzas, exteriorizada como una explicación igualmente racional sobre las razones de la decisión de una determinada manera y no de otra, explicación que deberá ser comprensible por cualquier tercero, mediante el uso de la razón.¹⁰

Ahora, la expresión de justificaciones racionales para valorar la prueba, a su vez, facilita la exigencia de motivación del fallo. La motivación de la decisión —especialmente en materia de hechos— ha sido considerada como uno de los rasgos de los procedimientos judiciales de herencia románica continental (Ferrer, 2007: 44; Igartúa, 2013: 21; Ferrer, 2010: 17). En efecto, la motivación ha de contener los aspectos esenciales de la decisión judicial, pero también puede ser vista como un tipo de control *a posteriori* de la calidad epistémica de la prueba en relación con los hechos (en este sentido, Ferrer, 2010: 17). Esta circunstancia difiere con las notas esenciales de los sistemas de justicia del *common law*, donde la justicia por jurado es un rasgo identitario, que adopta un veredicto sin necesidad de proporcionar una motivación exhaustiva.

Según Jackson y Summers (2012: 15), la tradición racionalista asociada al *common law evidence scholarship*, puede ser entendida en dos grandes direcciones. La primera, referida a un ejercicio de la jurisdic-

¹⁰ Sentencias de la Corte Suprema 31-12-2021, rol 41758-2021, considerando séptimo; 24-12-2021, rol 41192-2021, considerando séptimo.

ción esencialmente racional; la segunda, a la prueba de hechos en el proceso por medio de que expresen una racionalidad del juicio fáctico. Respecto de la primera dirección, lo esencial del ejercicio jurisdiccional sería la «rectitud de la decisión» basada en la correcta aplicación de la ley sustantiva a los hechos probados sobre la base de medios de prueba relevantes introducidos en juicio. Según los autores estas ideas tendrían mucho en común con el utilitarismo de Bentham (2001: 5 y ss.) y su concepto de rectitud de la decisión que Twining adaptó para presentarlo de una forma más objetiva. La segunda dirección de la tradición racionalista de la prueba asumiría que la epistemología es cognoscitivista, asumiendo un cierto rechazo o cuestionamiento al escepticismo cognoscitivo, prefiriéndose además con ello una teoría de la verdad por correspondencia por sobre una teoría de la verdad de corte coherentista. En esta segunda dirección, implícitamente se asume que lo que buscan los procesos judiciales en materia de hechos es la arribar a una verdad que sea expresión de la realidad en cuanto se entiende que los eventos y estados de los asuntos tienen una existencia que es independiente de la observación humana. De esta forma, el modo característico de razonamiento es inductivo, por el que uno comienza con un dato básico cierto y transita, por medio de las generalizaciones inductivas, hacia una conclusión probable (Jackson y Summers, 2012: 15; Twining, 2006: 78).

Todo lo anterior llevó a entender la libertad probatoria como decisión sobre los hechos en ausencia de aplicación de normas jurídicas vinculantes sobre la valoración de la prueba, pero sin una dispensa de ignorar los cánones extralegales de inferencia válida (Damaška, 2015: 37). Ello permite atribuir al sistema de prueba legal una función de determinación indirecta del sistema de libertad probatoria. En efecto, muchas veces se afirma que el sistema de libre valoración de la prueba es el resultado de la ausencia de normas que atribuyan fuerza probatoria plena a una determinada cantidad o calidad de elementos probatorios,¹¹ del cual, como es sabido, es paradigma el sistema de *common law* (Damaška, 2015: 34). Sin embargo, esta conceptualización negativa de la libertad probatoria no satisface el contenido de la forma y fondo (en positivo) de cómo el

11 En este sentido, Taruffo (2009a: 387) señala: «En cambio, el principio opuesto, de la prueba libre o de la libre convicción, presupone la ausencia de aquellas reglas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación de los hechos sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón».

juez debe valorar la prueba bajo este sistema,¹² por lo que la cuestión sigue abierta.

En definitiva, la concepción racionalista de la prueba implica que ella se realice sobre la base de las inferencias, cuyo nexo entre ellas y el resultado probatorio esté justificado epistémicamente por la fuerza de la generalización que los une.

Estructura singular de la valoración probatoria

Cuando se habla de valoración racional de la prueba, actualmente, se suele recurrir a una estructura compuesta por tres elementos: un medio de prueba (soporte inductivo), una regla de inferencia o generalización —o máximas de la experiencia, aunque ello no es del todo correcto— (Anderson y otros, 2005: 60 y ss.; Twining, 2006: 334; Taruffo, 2010: 74), y una conclusión, resultado o confirmación de una hipótesis. Así, si necesito acreditar que un sujeto (*A*) mató a otro sujeto (*B*), y lo hago por medio de un testigo (*X*) que dice haber visto a *A* dispararle a *B*. Entonces tengo: un medio de prueba (testigo *X*), una regla de inferencia o generalización (que indica que el que dispara a otro en zona vital probablemente lo matará), y una conclusión o confirmación de la hipótesis (si *A* disparó a *B*, entonces, dio muerte a *B*). Así puedo confirmar la hipótesis de que *A* mató a *B*.

La mayoría de los problemas de valoración de la prueba se encuentran en la operatividad de esta estructura tripartita. Ello, porque muchas veces se suele usar la noción de máxima de la experiencia sin fundamentar su procedencia (Taruffo, 2009: 235; Nieva, 2010: 210). En el próximo apartado explicaré con más detalle de dónde viene esta estructura y la importancia que tiene en ella el concepto de generalización o regla de inferencia.

La generalización

La confirmación de una hipótesis, desde el punto de vista de la probabilidad, es el resultado de la conexión entre un elemento de prueba y

¹² Igartúa (1995: 33): «seguimos a oscuras en lo que respecta a la versión en positivo de lo que la “libre valoración” significa en este contexto. ¿Acaso que se abre la veda a una libertad indómita del juzgador o bien que ésta debe ejercitarse según parámetros de alguna naturaleza?». En el mismo sentido, Taruffo (2008: 137).

la hipótesis a confirmar a través de una regla que las vincula.¹³ En este sentido, la prueba cumple una función epistémica respecto del juzgador en el proceso, en cuanto le proporciona la información necesaria para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en bases cognitivas adecuadas y suficientes para estimarse concurrentes. Desde esta perspectiva la prueba cumple, también, una función racional (Taruffo, 2009: 33).

Las reglas de valoración o de determinación del grado de confirmación de las hipótesis operan, desde el punto de vista gnoseológico, de manera muy similar a como nosotros cotidianamente entendemos probado un hecho. Ya sea a través de las ciencias experimentales, ya sea a través de las ciencias sociales, o por simples que necesitamos para desenvolvernos en sociedad. Para la valoración de la prueba es importante la interacción entre la generalización que se emplean en la vida diaria y el soporte inductivo que la apoya. De esta forma, la probabilidad es equiparada al nivel de soporte inductivo que existe para la generalización que se intenta aplicar (Cohen, 1977: 33 y ss.). Cohen (1977: 42) considera que la utilización de la probabilidad inductiva, entendida como un concepto que se basa en causas,¹⁴ permite dar solución a varios de los problemas observados a los modelos de probabilidad cuantitativa o matemática.¹⁵ De hecho, ofrece un nuevo concepto de probabilidad entendida como demostrabilidad (*provability*) (Gascón, 2010: 175; Nieva, 2010: 102). Desde esta perspectiva, decir que una hipótesis es probable es igual a afirmar que la misma es demostrable. Es decir, que es posible afirmar dicha hipótesis mediante inferencias a partir de las pruebas disponibles.¹⁶ Esta forma de pensamiento tiene la ventaja de no apoyarse en las frecuencias generales de clases de evento (como el modelo del teorema de Bayes), sino en la prueba disponible. Esta constituye la base del razonamiento y determina la validez de la conclusión que se extrae

13 Gascón (2010: 179), considera que «la confirmación es, pues, una inferencia mediante la cual, a partir de unas pruebas y de una regla que conecta esas pruebas con la hipótesis, se concluye aceptando la veracidad de esta última».

14 Retoma las palabras de Hume y su distinción entre dos tipos de probabilidades: «that which is founded on *chance*, and that which arises from cause». Citado en Cohen (1977).

15 Como tal, entonces, junto a la probabilidad matemática o pascaliana existiría también una probabilidad inductiva. Véase Aísa (1997: 272).

16 Véase, Cohen (1977: 13 y ss.) y Gascón (2010: 175).

(Taruffo, 2009: 226). Ahora, a mi entender, la demostrabilidad de la hipótesis está en estrecha relación con la posibilidad de aplicación de una generalización sobre la situación al caso concreto. Esta posibilidad está fuertemente condicionada por las cualidades que muestre el apoyo o soporte inductivo. Ello en cuanto *the typical evidence* en la probabilidad inductiva no es —como es el soporte inductivo— un resultado de corroboraciones observacionales o experimentales de la generalización bajo ciertas circunstancias adecuadas.¹⁷ Por el contrario, es la satisfacción del antecedente y de la generalización en un caso particular cubierto por dicha generalización.¹⁸ Cordero (2000: 25) señala que el conocimiento inductivo es un espejo con base empírica, relativamente garantizado por la calidad de las revelaciones, sobre el presupuesto de que relaciones constantes gobierne el enorme número de los hechos que constituyen el mundo.

Las personas viven y se desenvuelven en sociedad de acuerdo con las generalizaciones que de manera inductiva puede establecer.¹⁹ En términos de probabilidades, ello implica que se invoca una generalización universal de las intenciones humanas, desde una instancia particular del antecedente, a una instancia particular del consecuente. Sin embargo, afirmar que normalmente ocurre ello, aparte de invocar una generalización, abre la puerta a que ello no sea necesariamente así en el caso concreto. De esta forma la generalización utilizada puede servir —aunque suene contradictorio— como vehículo para invocar y acreditar la situación que constituye una excepción a la misma. Así, la procedencia de la situación excepcional niega la procedencia de la generalización en el caso concreto. Por ejemplo, uno puede preguntarse ¿cuándo un peatón se encamina hacia el final de la acera, pero no cruza la calle? En este sentido, una posible respuesta que constituye excepción a la generalización invocada puede ser que el peatón esperaba a su chofer que lo recogería

17 Véase el ejemplo de «las nubes negras son seguidas de lluvia» en Cohen (1977: 202 y ss.)

18 Cohen (1977) agrega: «Similarly what is primarily evidenced by this is the satisfaction of the consequent of the same covering generalization in the same case, not a purely general statement that makes no mention of particular case».

19 En este sentido, Cohen considera: «In fact, over a lifetime, most people tacitly invoke enormous numbers of such generalizations about human intentions, attitudes, emotions, or actions, and about numerous other matters, since they make so many such inferences from singular proposition to singular proposition». En el mismo sentido, Ferrer (2007: 107).

de inmediato luego de traer su coche desde el aparcamiento. Como se ve, de esta forma la generalización abre la puerta a la configuración de la excepción en el caso concreto.

Estas generalizaciones a las que se refiere Cohen no son ni estables ni exactas, como las leyes físicas, porque los fenómenos que tratan son complejos y variados.²⁰ Sin embargo, funcionan como presunciones de sentido común (*common-sense presumptions*) que establecen lo que es esperable en un caso normal, pero admite su refutación en un caso particular, como cuando se muestre la anormalidad de las circunstancias. De esta forma, las generalizaciones no tienen validez general y nada garantiza que valgan para el caso particular.²¹ Schauer (2006: IX), por ejemplo, defiende la moralidad de la decisión por medio de categorías y generalizaciones, incluso si estas no en todos los casos producen resultados satisfactorios.

Si en el ámbito donde opera nuestro sentido común hay patrones estadísticos o uniformidades subyacentes, eso es desconocido para nosotros. En la vida diaria nos contentamos con aproximaciones *calificadas* de las generalizaciones (*roughly qualified generalizations*) o presunciones refutables (*rebuttable presumptions*). No obstante, la posibilidad intrínseca de concebir excepciones a estas generalizaciones, lo que hace posible su afirmación —y a veces su improcedencia— es una conciencia aproximada de las circunstancias donde un cierto tipo de inferencia es admisible. Ello es equivalente a una conciencia aproximada de las circunstancias en las que un cierto tipo de inferencias de la generalización es aplicable a un caso concreto (Cohen, 1977: 248). La cualidad epistémica del elemento de juicio es el condicionante que nos permitirá, o no, invocar o aplicar una generalización o su excepción. Y esta circunstancia está muy de acuerdo con el sentido social que empleamos habitualmente para entender acreditado una circunstancia en nuestra vida diaria. Ello, porque las personas tratan de basar sus decisiones cotidianas en lo que consideran un presupuesto *veraz*, aunque, en el caso concreto, ello finalmente no sea así. Esta atribuida veracidad, a mi modo de ver, va en estrecha relación con la calidad epistémica que demuestre ese indicio.

20 En el mismo sentido, McCormick (2009: 225) quién considera que estas suposiciones son tentativas.

21 Cohen (1977: 247 y 248); Taruffo (2009: 227). Resulta sorprenden observar que lo anota Johnson-Laird (1987: 201), donde descarta la pretensión de irrefutabilidad de las inferencias lógicas: «The inference is strong, but not irrefutable».

En esta misma línea podemos situar a Haack (2008b: 236), y su adhesión a la teoría del *warrant*, en el sentido que considera que el método de confirmación que se atribuye a las ciencias en sentido estricto es una cosa común de todos los días de nuestras vidas y aplicable, también, a variados contextos legales.²² En efecto, el grado de corroboración dependerá del número y severidad de los test que ha pasado la prueba. La corroboración así entendida no sería una medida de la verosimilitud, sino más en el mejor de los casos un indicador aparente del grado de verosimilitud de una teoría, en comparación con otras, en un momento determinado (Haack, 2020b: 186).

Creo importante destacar que el grado de confirmación de una determinada hipótesis que se valora deberá hacerse basándose en los elementos de prueba que puedan estimarse que la confirman (soporte inductivo). En materia judicial ello cobra gran importancia: a mayor disposición del juez de elementos de juicio relevantes para el caso, menor posibilidad de error.²³ Probablemente para esta apreciación el juez usará una especie de generalización que vincule el enunciado probatorio con algún elemento de la hipótesis. Sin embargo, esta generalización no es general ni estable y, por supuesto, hay que probar que tiene aplicación al caso particular. En este sentido precisa de una fundamentación que, por supuesto, arranca de las cotidianidades del hombre en su vida social, que tampoco es estable y unidireccional. Aquí está la diferencia, por ejemplo, con la estructura del silogismo judicial aplicado en materia probatoria que utiliza elementos estables y generalizadores que, basados

22 Considera que: «In fact, this kind of reliance on a whole mesh of evidence is ubiquitous —the rule, not the exception. It is commonplace in everyday life: when, for example, after reading a startling story in a newspaper, I buy a different paper, or turn on the television news, to check whether other sources confirm it. And this reliance on a combination of lines of evidence is familiar in many legal contexts too: when, for example, we ask a jury to arrive at a conclusion based on the testimony of eye-witnesses and of a psychologist testifying to the circumstances in which eye-witnesses are more, or less, reliable, or on forensic evidence and testimony about the error-rate of this laboratory, and so on».

23 En este sentido, Laudan (2006: 122 y ss.), considera, sobre las *rules evidence*, que: «I conjecture that every failure to comply with the rule of relevance —that is, every exception to it—increases the odds that the jury will err when it assesses the apparent guilt or innocence of the accused». En el mismo sentido, Ferrer (2007: 68) considera que a cuanta más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión. Y esto es, a su modo de ver, un principio epistemológico indiscutible.

en la lógica, invitan a la ausencia de motivación sobre su procedencia. Con todo, no debe pensarse que el alejamiento de la estructura silogística en materia de valoración de la prueba conlleva inseguridad e inestabilidad. Cohen demuestra que la probabilidad inductiva, a través del grado de confirmación, permite crear esquemas racionales de la valoración de la prueba. Y como señala Gascón (2010: 178):

los esquemas de valoración basados en el grado de confirmación son los que mejor se adecúan a la estructura de los problemas probatorios con que el juez se encuentra: la existencia de una o varias hipótesis sobre los hechos de la causa y la necesidad de establecer, sobre la base de la prueba disponible, cuál de ellas resulta más aceptable o atendible.²⁴

González Lagier reconoce que existe un enlace entre los hechos que deseamos probar y las pruebas o indicios de que disponemos, donde se puede distinguir su fundamento, su finalidad y su fuerza. Así, considera a esta última como el grado de solidez de que ese enlace aporta a la inferencia probatoria. La fuerza del enlace se traduce en una mayor o menor resistencia a ser desplazado por inferencias con un enlace distinto. Y, a este respecto, por ejemplo, el mismo autor considera que la fuerza de una máxima de experiencia o generalización «viene determinada por la solidez del argumento inductivo en el que descansa» (González Lagier, 2014: 88 y ss.). En efecto, señala expresamente que la solidez de la inferencia probatoria es gradual (2013: 15). Por su parte, Gascón, indica que, para determinar el grado de credibilidad racional de la máxima de experiencia, por ejemplo, hay que examinar el fundamento cognoscitivo de estas máximas y regularidades, de manera que se excluyan las generalizaciones apresuradas y los prejuicios. De esta forma, el grado de confirmación de la hipótesis final de la inferencia probatoria es mayor cuando las máximas de experiencia constituyen reglas científicas o vulgarizaciones de conocimientos ampliamente confirmados (Gascón, 2010: 160; González Lagier, 2013: 17). Es decir, la fuerza de las generalizaciones como garantía del argumento dependerá de la solidez de la fundamentación de su contenido. Esto nos permite identificar, por ejemplo, generalizaciones fuertes y generalizaciones espurias.²⁵ Por otro lado, García Amado (2014: 65) considera que el razonamiento proba-

24 En el mismo sentido, Nieva (2010: 103).

25 Sobre el concepto de generalización espuria véase Taruffo (2009a: 444 y ss).

torio estará condicionado por la combinación de diversos elementos, entre ellos «el grado de seguridad que al contenido veritativo de los enunciados probatorios les proporciona su fuente *por razón del grado de seguridad que como regla general se asocia a sus enunciados* y en función de los medios y métodos de conocimiento utilizados» (las cursivas son nuestras). Taruffo (2009a: 273) considera que una regla de inferencia tendrá una mayor o menor repercusión en el valor de confirmación del hecho principal en cuanto la regla sea general y casi no contemple excepciones, o no se base en máximas de la experiencia de carácter vago. La fundamentación de la regla de inferencia utilizada afectará al grado de la aceptabilidad del hecho principal, y mayor será su influencia en cuanto se apoye en una vulgarización de leyes científicas o estadísticas, o en cuanto reduzca la vaguedad del fundamento cognoscitivo empleado. Desde esta perspectiva, pese a la *oscuridad* epistemológica que envuelve al enlace inferencial, igualmente es posible identificar ciertos criterios que le otorgan una mayor solidez epistémica, pudiendo articularse una diferenciación respecto de otros que aparecen como más débiles.

En relación con la generalización inferencial como elemento estructurante del razonamiento probatorio, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que «los hechos pueden ser establecidos por cualquier medio idóneo para acreditar mediante un razonamiento inferencial los enunciados fácticos que establecen la hipótesis acusatoria».²⁶ Por su parte, la Corte de Apelaciones de Arica ha señalado

Que lo anterior implica entre otra actividad de justificación que en la fundamentación de los hechos no solo debe ser considerada toda la prueba producida, sino que además se exige que se señale diferencialmente el o los medios de prueba mediante los cuales se dan por acreditado cada uno de los hechos y circunstancias que se tienen por probados, y en su caso, los factores concretos que inciden en el grado de fuerza de la inferencia inductiva, de un modo que pueda seguirse el camino lógico que vincula los elementos de prueba aportados al proceso con los enunciados fácticos que el tribunal declara probados, y con un grado de corroboración suficiente de acuerdo al estándar de prueba establecido por la ley.²⁷

²⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 19-05-2021, rol 1758-2021, considerando cuarto.

²⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, 10-02-2020, rol 1-2020, considerando noveno.

Asimismo, la Corte Suprema ha señalado que «la labor de establecer si la prueba traduce la verdad o falsedad de un determinado enunciado fáctico según las reglas de la sana crítica no implica irracionalidad para dejarse llevar por la sola intuición».²⁸

La estructura que acabó de desarrollar, para mí, tiene la ventaja de no utilizar términos que, en materia procesal, tienen una carga ideológica muy fuerte y, a mi modo de ver, han generado limitaciones en la evolución de la ciencia procesal. Por ello, he prescindido de utilizar los términos *indicios*, *presunción*, *máximas de la experiencia*, etcétera, porque es bajo el manto de su aplicación donde se esconden la mayor cantidad de problemáticas que impiden despejar y clarificar el proceso de decisión judicial para efectos de una mayor comprensión intersubjetiva, con la consiguiente facultad de control por parte de los afectados por las mismas.

Razonamiento deductivo, inductivo y abductivo

La «racionalidad» probatoria ha sido traducida como una valoración probatoria de carácter lógico. Ello implica que en la valoración probatoria se ha de utilizar un razonamiento de tipo inferencial de corte inductivo, deductivo y abductivo. Sin embargo, la inferencia inductiva o el inductivismo aparece como prevalente.

Entenderemos aquí por razonamiento deductivo aquel de tipo silogístico donde la conclusión se deriva necesariamente de las premisas. Es decir, es imposible que las premisas sean verdaderas (o posean algún valor como la corrección o la validez normativa) y la conclusión no lo sea, o sea, no se transmita ese valor (Atienza, 2013: 177).

En materia probatoria, en una primera formulación, ello implica que la norma jurídica es la premisa mayor; los hechos, la premisa menor; y, el hecho calificado jurídicamente, como la conclusión. En una segunda formulación, el razonamiento probatorio de tipo deductivo asume que un hecho está probado cuando enunciando fáctico (premisa menor) puede ser subsumido en la premisa mayor (generalización), a partir de los cuales podemos decir que el hecho X está probado. En estos casos se pone énfasis en que el hecho a probar puede ser entendido como un

²⁸ Sentencias de la Corte Suprema, 28-12-2020, rol 8222-2018, considerando doceavo; 03-08-2020, rol 167-2020, considerando sexto; 28-05-2020, rol 6305-2018, considerando décimo; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 23-10-2020, rol 1013-2019, considerando segundo.

enunciado fáctico categorizado y/o subsumido en el criterio que se expresa en la generalización que se utiliza como premisa mayor.

Por ejemplo, en la primera formulación:

Quitar la vida a alguien de forma doloso constituye homicidio doloso. Juan ha quitado la vida a Pedro de forma dolosa.

Entonces, Juan ha cometido homicidio doloso respecto de Pedro

- Por otra parte, sobre la segunda formulación:
- Testigos creíbles dicen A.
- La testigo Inés ha dicho A.
- Entonces, la testigo Inés es creíble.

El razonamiento probatorio deductivo es, probablemente, el que ha tenido una mayor presencia a lo largo de la historia de las instituciones procesales.

Por su parte, al esquema inferencial donde a partir de las premisas no se sigue necesariamente la conclusión, denominamos razonamiento inductivo. En el caso de la inducción, lo que queremos decir es que es probable (en un grado mayor o menor) que si los enunciados fácticos son verdaderos (o las normas válidas o correctas), entonces también lo sea la conclusión (Atienza, 2013: 177).

Veámoslo con un ejemplo:

- A los niños de nueve años le gustan jugar videojuegos.
- Fernando es un niño de nueve años.
- Entonces, a Fernando le gusta jugar videojuegos.

Ahora, es perfectamente posible, como puede suceder a menudo, que a Fernando no le gusten los videojuegos, a pesar de ser un niño de ser años. Por ejemplo, porque prefiere los juegos de mesa o los deportes o, sencillamente, porque su padre y madre no le han dado permiso para ello. ¿Podemos decir, en este último caso, que a Fernando como niño de nueve años le gustan los videojuegos? La respuesta es negativa. Ello muestra que en el razonamiento inductivo la conclusión, si bien se encuentra vinculada y motivada por las premisas, no es una consecuencia necesaria de ellas. Así, podríamos asumir que en las inferencias deductivas hay una relación de necesidad entre las premisas y las conclusiones, a diferencia de las inductivas, donde existe una relación de probabilidad de manera que si las premisas son verdaderas probablemente la conclusión lo sea (Abel, 2015: 56).

El razonamiento inductivo es el prevalente actualmente en materia probatoria. Ya veíamos que no es correcto hablar epistémicamente de certezas sobre los hechos. Más bien es correcto el empleo del concepto de probabilidad de acaecimiento de los hechos. Sin embargo, el inductivismo sí plantea una cuestión importante: ¿debemos seguir hablando de verdad de los hechos aún cuando sepamos que no posible utilizar el concepto de certeza? Si para conocer hechos desconocidos (no directamente perceptibles) necesitamos recurrir a inferencias inductivas que, a su vez, no preservan el valor de verdad de las premisas, ¿se debe renunciar a la búsqueda de la verdad por medio de la prueba en el proceso?

Que el conocimiento, en parte, sea falible, no significa no se puedan dar buenas razones de aquello que consideramos más próximo a la verdad.

Lo que nos muestra la problemática de la inducción que es la forma que tenemos de conocer realidades desconocida es a través de una aproximación probable y lógica (aunque falible) de lo ocurrido.

También ha entrado en juego otros tipos en materia probatoria otros tipos de razonamiento lógicos, como el abductivo. En relación con el razonamiento inductivo, no hay una relación unidireccional entre las premisas y la conclusión, sino más bien un cierto *encaje* de los enunciados fácticos en un determinado relato considerado probable. Es decir, en una de sus vertientes, el razonamiento abductivo se identificaría como la inferencia a la mejor explicación (García Amado, 2014: 72; Pardo y Allen, 2008: 224). Así, un hecho está probado si este presenta el mejor encaje como resultado de una explicación coherente y completa, o de conjunto de todos los hechos conocidos y probados (García Amado, 2014: 72). La prueba de los hechos versaría sobre la opción entre diversas hipótesis alternativas (Allen, 2013: 56), o estaría más bien motivada por ella, lo cual también impactaría a la valoración del medio de prueba y de la prueba de enunciado fáctico, que tendrá más posibilidades de considerarse probado si es concordantes con los datos que construyen una hipótesis que ha sido considerada prevalente de entre todas las propuestas.

Desde otra perspectiva, la abducción puede ser vista como una inferencia consistente en «pensar hacia atrás», en hacer conjeturas razonables a propósito de unos hechos observados preguntándonos qué los explica y por qué han sucedido (Gascón, 2014: 152). La abducción implica inferir una conclusión que explicaría la premisa dada (Pardo y Allen,

2008: 228). Surge a partir de allí una nueva idea (Atienza, 2013: 178). Generalmente ello se utiliza como una explicación causal, de donde se infiere de un efecto dado (la premisa) la proposición causal (la conclusión) que podría explicar es la mejor explicación del efecto (Pardo y Allen, 2008: 228).

Siguiendo a Pierce —quien entendía la abducción como una inferencia capaz de generar nuevas hipótesis (Aguayo, 2011:34)— el razonamiento abductivo tendría lugar cuando una circunstancia muy curiosa se explicaría por la suposición de una cierta regla general y, en consecuencia, adoptamos la dicha suposición de regla general (Pierce, 1970: 69 y ss.).

Según Gascón (2014: 152), la forma de la inferencia abductiva es la siguiente:

- Se observa un hecho sorprendente E.
- Si H fuese verdadera explicaría que se haya producido E (o sea, E sería algo corriente y no sorprendente)
- Por lo tanto, hay razones para pensar que H es verdadera.

En un ejemplo concreto:

- En una habitación hay una mesa con un puñado de porotos blancos encima
- En la misma habitación hay diversas bolsas, cada una con porotos de diversos colores, entre ellas, una bolsa con porotos blancos
- Entonces, probablemente el puñado de porotos de la mesa proviene de la bolsa que tenía porotos blancos.

La abducción se vincula estrechamente con el discurso del descubrimiento de hipótesis explicativas de los fenómenos observados. Por ello no extraña que su análisis haya suscitado el interés de filósofos de la ciencia.

En materia probatoria, la abducción implica dilucidar, ante una determinada información probatoria o evidencia E, cuál es la hipótesis que mejor la explica. Sin embargo, como señala Gascón (2014: 153), la abducción nos sitúa en el discurso que se ha denominado inducción probabilística, por lo que no hay en la materia diferencias relevantes entre la inducción y la abducción. También es posible establecer una clara vinculación entre los modelos coherentistas y la aplicación del razona-

miento abductivo, como sucede con el modelo de la congruencia narrativa de MacCormick y la utilización de la inferencia a la mejor explicación (Tuzet, 2021: 180).

Valoración individual y conjunta de los medios de prueba

Ahora, el esquema probatorio antes aludido se refiere a un solo medio de prueba en relación con un enunciado fáctico. Sin embargo, como es sabido, la prueba de los hechos en los procedimientos judiciales se produce mayoritariamente respecto de varios medios de prueba y respecto de varios enunciados.

Es decir, es posible obtener un resultado probatorio a partir de la valoración individual de un medio de prueba. Por ejemplo: El testigo X presenció a menos de un metro como Y disparó a Z. El testigo X es creíble, pues fue coherente y dio razón de sus dichos. Por otro lado, no existen causas, que no sea el haber presenciado el hecho, que expliquen el tenor de su testimonio. Por tanto, Y disparó a Z.

Pero también es posible obtener un resultado probatorio a partir de una valoración global o de conjunto de los diversos medios de prueba. Por ejemplo: Lo dicho por el testigo X es concordante con la autopsia realizada al cadáver que da cuenta que la causa de muerte fue una falla multisistémica producida por la hemorragia y el daño interno en diversos órganos vitales originada por la deflagración de pólvora de compatible con un disparo realizado a corta distancia.

La cuestión resulta de gran importancia atendido a los requisitos en ciertos órdenes jurisdiccionales para acoger la demanda o condenar. En efecto, no es raro observar en relación con las complejidades sociales que regula el derecho que, en muchos casos, se presentará una escasez probatoria. ¿Podría el juzgador condenar solo sobre la base de único testimonio? ¿Cómo se conjuga ello con las exigencias propias en materia de hechos para acoger la demanda o condenar en los diversos órdenes jurisdiccionales? Lo anterior es especialmente visible en materia penal, en relación con los delitos sexuales cometidos contra menores o adultos en contexto de escasez probatoria. ¿Podremos condenar solo sobre la base de testimonio de la víctima por ejemplo? Esta problemática, por cierto, no es exclusiva de la sede criminal. Por ejemplo, también podría pensar en hipótesis similares en la jurisdicción de familia, como sucede

con los casos regulados por la Ley 20.066. De igual forma, en materia laboral y en materia civil patrimonial, como la doctrina ha dado cuenta.²⁹

Atomismo y holismo probatorio

Los conceptos de valoración conjunta o individual de la prueba suelen ser puesto por la doctrina en relación con las categorías de atomismo y holismo probatorio.

Holismo y coherencia narrativa

El holismo probatorio se refiere a una representación del razonamiento probatorio en términos de una totalidad. Nace a partir de una visión descriptiva de los procesos psicológicos de la prueba, particularmente, acerca de la formulación de los veredictos de los jurados en juicios penales. Los jurados suelen acomodar la información proporcionada por los diversos medios de prueba a la versión de hecho o narración que sea más coherente. En efecto, estudios empíricos han confirmado que los jurados formulan conclusiones fácticas por medio de la construcción de versiones narrativas de los eventos de acuerdo con la prueba rendida en juicio, basados en criterios de coherencia, completitud y unicidad (Pardo y Allen, 2008: 235).

Por eso también se le conoce como enfoque de los *story models*. Así, los jurados imponen una determinada organización narrativa de la información, sobre la base de atribución de relaciones causales o intencionales entre los eventos que constituyen el caso que el objeto del proceso. Desde esta perspectiva, la integridad, plausibilidad y consistencia del relato determinarán la aceptación de la historia que, en definitiva, condicionará la decisión del jurado. Es decir, se trata de evaluar la plausibilidad relativa de las narraciones acerca de los hechos presentados por las partes o contruidos adicionalmente por los propios juzgadores.

Así, la hipótesis prevaleciente o «verdadera» es la que parece como más plausible desde el punto de vista de la narración de los sucedido.

Algo de la perspectiva holista puede verse en la siguiente decisión jurisdiccional de la Corte de Apelaciones de Santiago:

29 Véase, Marín, 2010: 125 y ss.

Para adquirir convicción de condena más allá de toda duda razonable, no solo concurre como base del razonamiento los dichos de testigos de oídas, que también fueron presenciales en lo relativo a la forma y circunstancias en que se produjo la detención del imputado, sino que esas declaraciones también se encuentran corroboradas, acordes y contextualizadas con las demás evidencias introducidas en el proceso, y resultan plenamente concordantes con el relato válido de la ofendida, permitiendo así reconstruir la intervención de Silva en los delitos e imputarle la autoría de los mismos. Como corolario de lo que se dice, solo resta desestimar el cuestionamiento que plantea el arbitrio, dado que los jueces argumentan y sustentan su decisión condenatoria, en los términos que exige el artículo 342, letra c) del Código Procesal Penal, con relación a lo que prescribe el inciso final del artículo 297 del mismo cuerpo normativo, pues fácilmente se advierte que para establecer los hechos, se inclinaron por aquella hipótesis que aparecía mejor respaldada y que contaba con el apoyo en la totalidad de los medios de prueba producidos en la audiencia de juicio.³⁰

La gran crítica que se ha planteado a este enfoque es el impacto de los prejuicios y estereotipos en la decisión del jurado. Según la psicología del pensamiento, el heurísticos de anclaje y ajuste nos lleva a pensar y acomodar nuevos datos con las estructuras o modelos mentales que poseemos, lo cual nos generaría un rechazo de la información inconsistente con dichas estructuras, lo cual genera una preferencia de narrativas judiciales que mejor se adopten a nuestros modelos, rechazando —quizás de forma inconsciente— la información epistémica de los medios de prueba que no favorezcan nuestro modelo de realidad.

Otra crítica más general que se ha hecho al holismo probatorio dice relación con la prevalencia de las consideraciones narrativas del caso por sobre la valoración de las pruebas específicas o singulares. Esto puede traer aparejado como consecuencia que, muchas veces, se obvien o se pasen por alto pequeños detalles de las pruebas que puedan afectar su credibilidad en favor del apoyo de la narración escogida.

La perspectiva holista también se ha vinculado con los enfoques de la coherencia narrativa como el que sostiene MacCormick. En primer lugar, el autor distingue entre coherencia normativa y coherencia narrati-

³⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 20-09-2021, rol 3196-2021, considerandos décimo y undécimo.

va. Para efectos de este trabajo tiene importancia la segunda, entendida como la justificación de la determinación de los hechos y la elaboración de inferencias razonables a partir de la evidencia (MacCormick, 2009: 189). En este sentido, la coherencia narrativa puede ser homologable a la coherencia jurídica requerida para la justificación de las decisiones de derecho (MacCormick, 2009: 214). MacCormick (2009: 125) elabora su teoría a partir de la concepción de acción como parte de la razón práctica. De esta forma, reconoce que las acciones particulares pueden tener un fin futuro, pero también en el presente forman parte de un proyecto o actividad mayor.³¹ Ahora, cualquier explicación causal que se dé sobre algún acontecimiento debe tener en cuenta un determinado orden de los eventos, en cuanto la causa debe acaecer antes o de manera simultánea al efecto, no después. La narración es localizada en determinado tiempo y debe tener un argumento. Siempre queremos saber por qué suceden las cosas y esa explicación causal no puede alterar el hecho que la causa precede al efecto (MacCormick, 2009: 217). La explicación de los eventos no es solo causal, sino también motivacional. Es decir, orientada a la práctica. Las narraciones (*narratives*) tienen un papel importante en la práctica jurídica y en la ley (MacCormick, 2009: 218). Por ejemplo, en materia penal los testigos narran historias. La decisión de los jurados versa sobre cuál narración (*story*) que se les presenta deben escoger.

MacCormick (2009: 222) basa su teoría de las «narratives» en dos principios: el de la causalidad universal y de la motivación racional. El primero significa que todo lo que sucede puede ser explicado respecto a una causa que acaece con anterioridad al evento. El segundo, que las decisiones humanas se basan en razones y, desde esta perspectiva, pueden ser distinguidas de las meras explicaciones. A su vez, las decisiones humanas son excepciones parciales al principio de causalidad universal, en cuanto no es necesario explicarlas en términos causales, sino con base a las razones que llevaron a tomarla. Estos dos principios pueden ser capaces de explicar ciertos acontecimientos pasados no conocidos, junto con las teorías científicas y las «common sense generalizations» de la probabilidad. En este sentido, cuando acaece un accidente (o excepción probabilística) en donde no hay intervención humana, este tiene

31 El autor considera que: «Consciousness of the instant 'now' has logically to be based in a consciousness of a broader specious present. The 'now' of each instant is necessarily embedded in the 'now' of some larger project».

que ser explicado de manera causal, no motivacional o intencional, o en términos probabilísticos. Todo esto se traducirá en una explicación racional del acontecimiento, no necesariamente deductiva. De esta forma el autor construye la coherencia narrativa.

La coherencia en la narración es la base para emitir opiniones, conclusiones o veredictos sobre el pasado. En ella tiene importancia la idea de racionalidad, en cuanto ni la experiencia ni la práctica es una mera sucesión caótica de impresiones o ideas. En nuestra actividad práctica y especulativa está implícita la dependencia a los principios explicados anteriormente. Todo ello, más las aportaciones de las teorías científicas, hacen inteligibles el mundo para nosotros. Una de las condiciones de inteligibilidad es la suposición de que lo que percibimos es real. Otra, es la suposición de que todo lo que es real es racional por estar vinculado, en virtud del principio explicativo, a cualquier otra cosa que es real. Por lo tanto, cualesquiera que sean las proposiciones sobre hechos no percibidos encajan en nuestro esquema explicativo de las relaciones racionales con proposiciones verdaderas acerca de los eventos que son percibidos. De esta manera se generan proposiciones con pretensión de veracidad sobre los hechos no conocidos (MacCormick, 2009: 225).

En definitiva, la coherencia narrativa proporciona una prueba sobre la verdad o la probable verdad de proposiciones sobre cosas o eventos no percibidos. La prueba de ello es la explicación (*explicability*) de la proposición valorada dentro del mismo esquema de explicación que se elabora conforme a las proposiciones consideradas verdaderas con base a la percepción.³² La probabilidad relativa de una de dos proposiciones inconsistentes o contradictorias sobre el mismo evento no percibido depende del número de otros eventos que deban suponerse acaecidos para permitir la coherencia con los datos probatorios disponibles.³³ Debe preferirse de este modo la narración o historia que se considera más coherente.³⁴ Un relato de un suceso pasado o de un complejo de eventos

32 En el original «The test is of the explicability of the tested proposition within the same scheme of explanation as explains propositions considered true on the basis of perception».

33 Véase también Gascón, 2010: 186.

34 Sin embargo, MacCormick agrega (p. 226) «Few such stories allow of certainty about the truth of the proposition to be proved. Such a test justifies beliefs, and thus justifies decisions about matters of past fact because (a) it is a necessary condition of the intelligibility of the phenomenal world; and because (b) rationality requires us to

relacionados es creíble sólo si es coherente. Para ello es necesario que no haya incoherencias lógicas inexplicables entre cualquiera de sus elementos fácticos, y que haya alguna explicación causal y motivacional de todo el complejo de eventos (MacCormick, 2009: 226). En este sentido, la coherencia como vehículo de comprobación de la veracidad de las proposiciones no solo implica una percepción. Cuando se trata de atribuir motivos o razones también es necesaria la interpretación. Y en este sentido la labor interpretativa implica la aplicación de razonamientos coherentes. El carácter de duración determinada de las experiencias humanas sugiere que la coherencia de la narración o relato sea fundamental para el proceso de acceso al pasado. De la misma forma, para hacer juicios sobre hechos pasados y justificar las medidas que se aplican en relación con dichos eventos (MacCormick, 2009: 228).

Dando cuenta de todo lo anterior, Taruffo (2008: 222, 225 y 226) grafica muy bien la crítica a los enfoques holistas: «Las narraciones coherentes y persuasivas pueden ser completamente falsa». En el contexto de las narraciones judiciales, las buenas narraciones pueden ser falsas y las narraciones verdaderas pueden ser, malas narraciones. En efecto, no sería nada de raro que tiendan a preferirse las buenas narraciones, aun cuando sean falsas, más que las narraciones verdaderas, especialmente cuando estos últimos son defectuosos.

Ahora, lo anterior no significa que las buenas narraciones no puedan ser verdaderas. Este es el ideal. Lo peligroso es atribuir valores de verdad solo a partir de parámetros de coherencia o integridad de la historia sin dar mucha importancia a la calidad epistémica de la prueba. Las críticas anteriores no necesariamente significan que los criterios holistas deben ser descartados del todo. Por ejemplo, frente a una serie de relatos verdaderos, no cabe duda de que un juzgador incluso analítico escogería racionalmente la mejor narración. Es decir, los aspectos narrativos de los relatos sobre los hechos pueden ser considerados como parámetros de preferencia entre varios relatos con igual o similar valor de verdad (Taruffo, 2008: 227).

Las perspectivas holistas de la valoración probatoria no deben ser descartadas del todo. La integridad o coherencia un de un relato pueden ser

make the phenomenal world intelligible.... So the propositions which satisfy truth conditions set within our schemes of explanation could be true about the reality of things. But we could never be sure that they are».

asumidos como criterios que nos acercan a la veracidad de los hechos, pero siempre se debe someter a prueba que dichos criterios puedan ser aplicables al caso en concreto tomando en consideración el contexto en que se desarrollan los hechos. Si usamos la integridad y coherencia de una narración como criterios que nos ayuden a explicar y prever un determinado comportamiento humano, creo que ello está destinado al fracaso. Más bien estos criterios parecen tener un valor fomentado por las fuentes de nuestra cultura. Es decir, no es posible asumir que los comportamientos humanos sean generalizables como coherentes o incoherentes, íntegros o no, sino más bien motivados por razones para la acción en una forma concreta. Ahora, la integridad y coherencia sí pueden tener importancia cuando se trata de valorar los dichos de un testigo, por ejemplo, en un contexto no especial, que también deberá ser sometido a prueba en el caso específico. Es posible generalizar que los testigos coherentes poseen credibilidad objetiva y subjetiva si se reconoce, a su vez, que dicho criterio no funciona en contexto donde el testigo es víctima y ha sufrido algún tipo de daño o se trata de una persona perteneciente a un colectivo vulnerable. Si bien el criterio de la coherencia narrativa no es suficiente por sí mismo para determinar la veracidad de una hipótesis, me parece que es una buena herramienta de control del grado de confirmación de la hipótesis que se considere concurrente. Ello, en cuanto la coherencia narrativa es un criterio de racionalidad que engloba la explicación del mundo conforme al principio de causalidad y a la motivación racional de las acciones humanas, sin descartar de plano las situaciones excepcionales. Y, como tal criterio racional, es un elemento más que puede usar el juez en ese espacio de discrecionalidad sobre el cual ya hemos anotado algunas consideraciones.

Atomismo y modelo mixto

El atomismo probatorio pone el énfasis en la fuerza individual de cada medio de prueba para justificar que un hecho se halla probado. Este enfoque requiere un análisis individualizado de las inferencias inductivas que pueden construirse a partir de los datos probatorios y los argumentos críticos en relación con su fiabilidad (Accatino, 2014: 17 y ss.). Aquí se analiza cómo cada medio de prueba contribuye a la prueba de los hechos que se debaten, desde su individualidad. Ahora, este enfoque fomenta una división o atomización del objeto de prueba, en cuanto solo de esta

forma es posible ponderar la relación existente entre una proposición singular y la generalización que es invocada, establecida y evaluada.

Ahora, puede ser una impropiedad conceptual entender el holismo como una visión contrapuesta del atomismo probatorio. De hecho, no necesariamente ambos conceptos son excluyentes entre sí, sino más bien se trata de perspectivas diversas del mismo fenómeno. En efecto, el modelo que da una mejor cobertura a la problemática es el que podemos denominar como modelo mixto, que para estos efectos lo estudiaremos a partir de los trabajos de Susan Haack.

La teoría de Haack sobre la verdad no solo se intenta aplicar a los requerimientos y teorías de las ciencias en sentido estricto, sino también a otros tipos de proposiciones de otros campos (Haack, 2008a: 993). *Warrant* es una categoría epistemológica, cuya presencia se extrae a partir del quehacer científico, aunque no exclusiva de dicho campo (Haack, 1999: 199; 2010: 394 y ss.; 2008a: 998). Según Taruffo (2010: 236), el término *warrant* en este contexto puede ser traducido como confirmación. Haack considera importante la distinción entre descubrimiento y justificación, que no es más que la distinción entre estándares de buena evidencia (*standars of good evidence*) y reglas o principios para conducir una investigación. Ello significa que la confirmación de la afirmación depende de qué tan buena sea la evidencia respecto de esa alegación o afirmación (*claim*) (Haack, 2008a: 997; 1999: 195). La forma de cómo se confirma empíricamente una afirmación depende de que tan bien sea apoyada por la experiencia y antecedentes creíbles, de cómo se garantiza la credibilidad de los antecedentes (independientes de la afirmación en cuestión) y de cuanta evidencia relevante aporta la evidencia que se tiene a la vista (Haack, 1999: 198). Cada prueba que se agrega a otra aumenta el grado de confirmación de la hipótesis (Taruffo, 2010: 236). En este sentido, la confirmación de la hipótesis es una cuestión gradual, en función de las pruebas que se refieran a ella en un determinado momento, o bien dependen del grado de *supportiveness* que tenga respecto de la hipótesis (Haack, 2008b: 263).

En lo particular, considero que se da valor a la vinculación probatoria entre las distintas hipótesis cuando considera que la evidencia es ramificada, al modo de un crucigrama. Desde esta perspectiva, la razonabilidad de la palabra que se introduce dependerá de lo bien que encaja con las ideas y entradas ya completadas (Haack, 2008b: 263). Ello se traduce en su primer requisito para medir el grado de confirmación (*warrant*)

de una afirmación «how strong the connection is between the evidence and the conclusion» (*supportiveness*),³⁵ a los cuales agrega, posteriormente, lo que ella denomina *independent security*³⁶ y la *comprehensiveness*.³⁷ Estos tres elementos para la autora son los determinantes de la calidad probatoria. Por ejemplo, la combinación de la evidencia también puede mejorar el requisito de la *independent security*, del mismo modo que completar una entrada del crucigrama que calce con otra nos hace pensar que la palabra introducida es correcta (Haack, 2008b: 271). De la misma forma, si una palabra del crucigrama calza con otra, y así sucesivamente, aumenta la posibilidad de que el todo sea correcto, que si evaluamos una sola palabra. Según Taruffo (2010: 236), todo esto se traduce en que la afirmación no resulte excluida, falsificada o contradicha por hipótesis alternativas referidas al mismo hecho.

La tesis epistémica de Haack basada en una combinación entre el fundacionalismo y el coherentismo (tesis fundaherentista). En otras palabras, cuando queramos conocer una situación fáctica desconocida, los antecedentes probatorios no deben ser solo analizados en términos lineales e individuales respecto de la realidad a comprobar (atomismo), sino también en términos coherenciales o de valoración conjunta u holista. Los antecedentes también pueden *imprimir* una imagen de conjunto del suceso fáctico dubitado, cuestión no excluyente sino más bien de concurrencia conjuntiva con la visión individual.

Este modelo mixto debe considerarse general, pero no excluyente de otras hipótesis excepcionales. No sería nada de raro observar que muchas veces, contando con medios de prueba aptos, sin embargo, ellos no dan cuenta de una narración que pudiésemos estimar coherente. En algunos casos de escasez probatoria, por las circunstancias propias de los testigos, su testimonio no es todo lo coherente que quisiéramos, aunque no por ello lo dicho no ha acaecido. Pero sin duda serán situaciones excepcionalísimas. En este sentido, las diversas exigencias normativas de la valoración de la prueba en nuestro ordenamiento nos exigen estar atentos acerca de cuándo es aplicable un cierto criterio general —como el modelo mixto sugerido— y cuándo no.

35 La autora lo explica de la siguiente manera: «How supportive evidence is of a conclusion depends, to put it quite briefly and roughly, on how well the evidence and the conclusion fit together to form an explanatory account».

36 Ello significa «how solid the evidence itself is, independent of the conclusion».

37 Ello significa «how much of the relevant evidence the evidence includes».

¿Qué se debe probar?

Esta es una pregunta a partir de la cual la doctrina procesal, principalmente, ha enfrentado el tema de la prueba en los procedimientos judiciales. Ya parece un lugar común afirmar que se deben probar los hechos de importancia para dilucidar la aplicación discutida de una norma específica. A ello la doctrina le ha denominado *thema probandum*. Sin embargo, la cuestión de los hechos, conforme el ordenamiento jurídico se hace complejo, se torna más difícil. Igualmente, si se consideran los avances de la epistemología y de otras áreas extrajurídicas que puede hacer aportes a la materia.

Hechos y enunciados fácticos

Las partes van a volcar los hechos de importancia para el caso en sus alegaciones. Por ello la doctrina procesal clásica señala que lo que se prueba son las afirmaciones de los hechos que se hacen por las partes. Serra (1969: 356) afirma «En rigor, probar consiste en verificar la exactitud de una afirmación, mediante su comparación con otra encontrada por diversos cauces» (En el mismo sentido, Ubertis, 2017: 52; Goldschmidt, 1936: 256; Cordero, 2000: 3; Carnelutti, 1982: 40). Por su parte, la Corte de Apelaciones de Arica ha señalado, por ejemplo «que el objeto de la prueba en los procesos son las afirmaciones que las partes realizan sobre ciertos hechos, hechos que integran la norma jurídica encargada de decidir la hipótesis fáctica».

Ahora, con una mayor precisión, los hechos del caso se integran al proceso a través de enunciados fácticos. Para que lleguemos a afirmar que Juan mató a Pedro es necesario señalar que Juan estaba en el lugar X a la hora de muerte del Pedro, que Juan disparó el arma Y, que la bala impactó el cráneo de Pedro y que este, en definitiva, murió por una falla multisistémica. Todos estos enunciados fácticos constituyen el hecho «Juan mató a Pedro» y, a su vez, cada uno de ellos debe ser probado para considerar a Juan autor de homicidio de Pedro. Si somos más precisos, podremos advertir que el hecho de la muerte de Pedro, como realidad ontológica o empírica, ya ha acaecido, por lo que en realidad cuando hablamos de la prueba de los hechos en materia judicial nos estamos refiriendo a la prueba de enunciados fácticos que versan sobre un hecho generalmente ya ha sucedido y que es imposible de repetir. Es decir, los

hechos como realidad empírica o material no se incorporan al proceso, pues en la mayoría de casos ya han acaecido y, como tal, tampoco pueden ser percibidos por el juez. Así, en el proceso *el hecho* es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado (Taruffo, 2009a: 114).

La muerte de Pedro es un hecho único e irrepitable, que no se puede volver a desarrollar en el juicio. A este fenómeno de llamar hechos a los enunciados fácticos, la doctrina le ha denominado *elipsis* (Gascón, 2010: 76) pues, cuando nos referimos a la prueba de los hechos más bien queremos señalar la prueba de los enunciados fácticos referido al hecho único e irrepitable generalmente ya finalizado (Ubertis, 2017: 20). Es decir, lo que se prueba en los procedimientos judiciales son las formulaciones lingüísticas referidas a un suceso fáctico, que tienen por objeto dar cuenta de una cierta realidad. Es decir, enunciados del lenguaje que pretenden una cierta correspondencia con lo ya sucedido. Como señala Gascón (2010: 76), «probar un hecho» es una forma de decir «probar la hipótesis de que los hechos han sucedido». Siguiendo a Serra (1969: 359), los hechos en puridad no pueden ser probados sino nuestros juicios existenciales o valorativos sobre tales hechos.

En este sentido se ha comparado la labor del juez con la del historiador o con la determinación de los diagnósticos clínicos.³⁸ Lo común de todas estas áreas es que se trata de disciplinas o ciencias ideográficas (Ferrer, 2007: 49), que dan cuenta del análisis de fenómenos únicos e irrepitibles (Ferrer, 2007: 34; Gascón, 2010: 105),³⁹ que en la mayoría de casos se refieren a hechos pasados. Sin embargo, en el derecho es posible encontrar ejemplos donde sea necesario probar un hecho *presente*, como cuando se intenta acreditar el daño en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, o cuando se ejerce una acción que tiene por objeto hacer cesar una determinada conducta que causa un peligro o amenaza contra un interés jurídico protegido. Por ello es más preciso afirmar que la prueba en los procedimientos judiciales versa sobre hechos únicos e irrepitibles, que no en todos los casos se trata de sucesos pasados. De otro lado, en el derecho, por tratarse de un instrumento regulativo de

³⁸ Sobre las diferencias entre el juez y el historiados, véase, Taruffo, 2009a: 336 y ss., para quien el historiador no está familiarizado en su actividad con la determinación de hechos específicos e individuales.

³⁹ En el mismo sentido, Ubertis, 2017: 20, quien destaca las características de individualidad e irrepitibilidad de los hechos.

la conducta de las personas que presupone el atributo de la libertad de estas muchas veces, además del resultado desvalorado jurídicamente del cual es expresión el hecho, también se ha de valorar los aspectos volitivos de la conducta.⁴⁰

En adelante emplearemos la noción de *hechos* utilizando la elipsis reseñada.

También es importante considerar que en materia probatoria no existen los hechos brutos. Es decir, los hechos que son de importancia para el proceso —y por tanto para la prueba— son aquellos que tienen algún tipo de vinculación con algún interés jurídico protegido. En nuestro ejemplo, en principio, si Juan lleva el pelo corto o largo es una circunstancia fáctico que no importa para adoptar la decisión de los hechos sobre la muerte de Pedro. Es decir, los hechos que debe ser probados son aquellos que tiene una relación con norma debatida, por ello se dice que no hay hechos brutos sino más bien institucionales. Taruffo (2008: 17) nos señala que en los contextos jurídicos los hechos están cargados de derecho. Así, el interés jurídico protegido vinculado a la norma debatida en juicio opera como filtro para mostrar cuáles son los enunciados fácticos que importan en materia probatoria. Pero también estos mismos intereses y el supuesto de hecho de la norma opera, quizás de una forma muy indirecta, como un criterio aglutinador de ciertos sucesos fácticos, dándose con ello una cierta significación, y ayudando a conformar la noción de hecho. Es decir, la norma jurídica debatida es un criterio de referencia que nos ayuda a delimitar los hechos de importancia para el caso y a configurar la misma noción de hecho. Si dejamos de lado al derecho en esta materia y nos preguntamos qué es un hecho o un suceso fáctico, podremos advertir que la respuesta no es sencilla, ni menos delimitar un hecho respecto de otro.

La importancia del derecho en esta materia ha llevado a parte de la doctrina a criticar con argumentos contundentes la distinción entre hecho y derecho, por ejemplo, sobre la cual se basa un buen número de instituciones jurídico-procesales. No se trata de ser escéptico en esta materia. La distinción entre hecho y derecho aporta cuestiones competenciales, pero ello no excluye reconocer que en materia probatoria los hechos están cargados de derecho, ni menos que la frontera entre ambos conceptos es más difusa de lo que la doctrina procesal y la jurisprudencia han reconocido.

40 En el mismo sentido, Silva, 1963: 62.

Hechos simples y complejos

La prótasis de la norma contenida en el supuesto de hecho de la misma dará cuenta de fenómenos fácticos que pueden ser subsumidas en ellas de dos maneras. Si la norma hace referencia a un único suceso fáctico generalizables desde las exigencias normativas en un único concepto hablamos de hecho simple. Si la norma hace referencia a un suceso fáctico de carácter complejo compuesto, a su vez, de dos o más elementos cuya presencia es requerida conjuntamente, estaremos en presencia de un hecho complejo.

Por ejemplo, el no pago del precio en un contrato de compraventa, de acuerdo con los artículos 1871 y ss. del Código Civil, hace surgir una serie de efectos jurídicos. El no pago del precio como fenómeno fáctico captado y exigido por el Código Civil para dar lugar a diversas consecuencias jurídicas es un hecho simple.

Por su parte, en el caso del delito de robo con intimidación, el Código penal da cuenta de una exigencia fáctica compleja, pues se requiere la apropiación de la cosa mueble más la intimidación en la personas para estimar configurado el delito.

La importancia de esta distinción es que la unidad o pluralidad de exigencias fácticas reconducibles a la prótasis de la norma tienen que ser probadas y no pueden ser dadas por supuestas sin prueba. En el caso de los hechos complejos, la falta de prueba de uno de sus elementos hace caer la prueba de toda la hipótesis fáctica.

La distinción entre hechos simples y complejos también da cuenta de dificultades en relación con la aplicación del estándar de prueba. La cuestión es especialmente visible en materia penal, donde surge la pregunta si la prueba de la hipótesis inculpatoria más allá de toda duda razonable equivale o no a la prueba de cada uno de los elementos de acuerdo con dicho estándar. La cuestión es muy compleja, entre otras razones, porque no se puede hacer más exigente la prueba de acuerdo con interpretaciones doctrinales. Lo cierto es que el legislador establece que la hipótesis inculpatoria en su conjunto debe estar acreditada más allá de toda duda razonable (artículo 340 del Código Procesal Penal), y no hace extensible lo anterior —al menos de manera expresa— respecto de cada uno de sus elementos. Una forma de conjugar la problemática anterior con el modelo mixto atomista/holista al que se hizo referencia, es considerar que al menos los elementos fácticos que son esenciales

para la configuración del tipo penal en relación con el bien jurídico protegido, deben estar acreditados más allá de toda duda razonable, siendo posible una apertura hacia la aceptación de la tesis que los elementos accidentales exhiban una prueba de acuerdo con el estándar de la prevalencia de la evidencia.

Hechos valorativos y descriptivos

Si hablamos de la prueba de los hechos, generalmente el contexto común de referencia nos situará en el ámbito de los enunciados descriptivos acerca de la realidad. Ello ha sido la mirada tradicional de la prueba desde el punto de vista de la doctrina procesal. Situar a la prueba de los hechos en el ámbito descriptivo me parece una mirada general correcta, porque los enunciados fácticos buscan una correlación con la realidad y, desde esta perspectiva, dan cuenta o describen sucesos acaecidos. Pero esta mirada general no puede excluir otras aproximaciones no descriptivas de los hechos. Los enunciados normativos cada vez más se hacen complejos, como asimismo las conductas que se sancionan o que dan origen a determinados efectos jurídicos. De hecho, se ha planteado de una forma minoritaria y bastante criticada la posibilidad de que esta complejidad se traduzca en la necesidad de *interpretar* los hechos. Sin compartir del todo esta última posición, muchas veces la prótasis de la norma hace referencia en su supuesto de hecho a ciertas circunstancias fácticas que exigen una operación intelectual que va más allá de la mera constatación. Es decir, en algunos casos se exige valorar o ponderar una serie de circunstancias fácticas para estimar de acuerdo a un sistema de criterios de referencia, si ella puede o no puede ser subsumida. Por ejemplo, cuando hablamos de *daño grave, justa causa, convivencia intolerable, abuso grave, aumentar deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido*, etcétera. En estos casos la norma jurídica hace referencia a verdaderos hechos valorativos. Es decir, en algunos casos es necesario realizar una identificación valorativa de los hechos, cuando la prótasis de la norma no se define usando términos descriptivos o fácticos, o no solo mediante ellos, sino apoyándose en términos valorativos (Taruffo, 2009a: 128). En estos casos, el juez debe elegir el sistema de valores, dentro de los válidos, para ponderar el hecho en un sentido valorativo. Es decir, es importante la actitud y las elecciones de quien típicamente formula las valoraciones en cuestión, o sea, el juez (Taruffo, 2009a: 131).

Así, podemos asumir que un hecho descriptivo es aquel que tiene, principalmente, una base empírica. Por su parte, un hecho valorativo es jurídicamente relevante si se sitúa en un contexto (determinado o indeterminado) de valores.

La principal importancia de la distinción anterior radica en su prueba y la justificación que se dé de ella. Si, por ejemplo, debemos acreditar que Juan mató a Pedro con ensañamiento, es decir, aumentando deliberada e *inhumanamente* el dolor al ofendido ello exige, por cierto, acreditar la presencia de una acción de matar y, además que ello haya sido inhumano. En este segundo caso debemos acreditar un enunciado valorativo y para ello. Si bien los juicios de valor no admiten valores de verdad o falsedad, ello no excluye que nos enunciados valorativos cuenten con una base empírica que permita un determinado criterio de valoración que permita dar por concurrente el enunciado. En el caso del ejemplo, además de la muerte de Pedro a manos de Juan, también debe ser acreditado que, por ejemplo, Juan ejecutó un plan con miras a que la muerte de Pedro en extremo dolorosa, siendo posible que no lo fuera. Por ejemplo, amarró a Pedro, lo inmovilizó, y realizó cortes en sus muñecas para que este muriera por una hemorragia. O, ejecutó un plan para que Pedro muriese por inanición y deshidratación. El juez o la jueza deberá calificar de acuerdo con un sistema de valores (si la ley no establece baremos o criterios de medición) si esto es o no «aumentar deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido». Por su parte, el sistema de valores de referencia no es abierto o libre, sino de acuerdo con los empleados por una comunidad de referencia (por ejemplo, la comunidad jurídica) que, a su vez, puede reconocer como fuente la jurisprudencia, la doctrina, lo que señalan las ciencias empíricas, etcétera. La elección y aplicación de un determinado sistema de valores, y una decisión de acuerdo con ellos, debe estar justificada. Es decir, en el caso de la prueba de enunciados valorativos es necesaria una justificación probatoria de la base empírica del suceso y una justificación respecto de un determinado sistema de valores que permite calificar dicha conducta. No estando presente algunos de los elementos anteriores, perfectamente puede ser puesta en duda la circunstancia que dicho elemento valorativo se encuentre probado.

Hechos positivos y negativos

La prótasis de la norma también puede dar cuenta de acontecimientos acaecidos y de sucesos no acaecidos. En el caso de un hecho positivo, la norma usa una identificación de un comportamiento en términos positivos o un *hacer* algo. Por ejemplo, los tipos penales activos sancionan una conducta acaecida (un hacer) como *matar, apropiarse, acceder carnalmente, lesionar*, etcétera.

Por su parte, en el caso de los hechos negativos la norma contiene la negación de la identificación positiva o bien usa términos equivalentes a esa negación (intolerable, mala fe, incompetente, incorrecto, ausente, carente de, etcétera) Así, por ejemplo, en el caso de la compraventa, el no pago del precio que es una circunstancia de da origen a diversas consecuencias jurídicas es un hecho negativo. Aunque puede ser un poco más discutible, también podríamos referirnos a hechos negativos en los casos de delitos de comisión por omisión, o en los casos de los delitos de omisión propia. Sin embargo, en estos supuestos no se puede descartar del todo la presencia algún tipo —por mínimo que sea— de comportamientos activos. Por ejemplo, para que Juan deje de socorrer a Pedro el primero debe abandonar el lugar y, este última circunstancia se verifica por un comportamiento activo (huir del lugar del suceso rápidamente).

La principal importancia de este tipo de distinción entre hechos positivos y negativos es su prueba. En efecto, tradicionalmente en el ámbito procesal se consideraba que la prueba de circunstancias negativas constituía una verdadera *probatio diabólica*.⁴¹ La razón puede encontrarse en la importancia de las proposiciones negativas de la lógica formal que son caracterizadas como universales por no denotar algo. En nuestro ejemplo, Juan puede ser un *no perro*, un *no gato*, un *no caballo*, etcétera, pero nunca a partir de estas proposiciones negativas sabremos lo que realmente es Juan (una persona).

Actualmente, si bien al prueba de los hechos negativos puede ser compleja, no se descarta la posibilidad de que exista prueba directa sobre ello (por ejemplo, Fernando presencié como Juan no socorrió a Pedro). Sin embargo, la prueba del hecho negativo generalmente será articulada sobre la base de la prueba de un hecho positivo que haga incompatible su acaecimiento. Un ejemplo tradicional de ello en materia penal es el

41 Da cuenta de ello, Cordero, 2000: 9.

de la coartada. En nuestro ejemplo, Fernando no disparó el arma con la cual se dio muerte a Pedro porque se encontraba en ese mismo momento en otra ciudad, a 100 kilómetros de distancia.

Una dificultad para la prueba de los hechos negativos por medio de la prueba de un hecho positivo incompatible con el primero se da, precisamente, en el establecimiento de la relación de incompatibilidad entre ambos hechos. Qué es un hecho incompatible respecto de otro, en algunos casos, puede ser difícil de determinar, con prescindencia de las cuestiones probatorias. A mi juicio, también es necesario justificarlo y, en este sentido, confiar exclusivamente —casi con fe ciega— en los principios de la lógica puede ser una posición cuestionable.

Hechos materiales y hechos psíquicos

Hecho material es un suceso constituido por un evento del mundo físico o por un comportamiento que se traduce en actos materiales. Estos actos, generalmente, podrán ser captados por los sentidos. Es decir, podrán ser percibidos por un tercero. Por ejemplo, la acción de matar de Juan que genera el resultado de muerte de Pedro, la ejecución de un acto ilegal que genera un daño para otros, etcétera.

Por su parte, un hecho psíquico es aquel que pertenece a la esfera psicológica, sentimental o volitiva de determinados sujetos y consisten en sentimientos, valoraciones, actitudes, preferencias, intuiciones o voluntades. Es decir, son circunstancias que acaecen que, generalmente, no podrán ser percibidas de forma externa y directa. Por ejemplo, el dolo de cometer delitos; dolo, culpa, error, mala fe, acto fraudulento, etcétera. En cuanto el derecho es instrumento regulativo que presupone un actuar libre de las personas, es que la voluntad e intencionalidad de los actos que generan consecuencias jurídicas es importante.

La distinción entre hecho material y psíquico tiene importantes consecuencias probatorias. En efecto, la prueba de los hechos psíquicos, si bien pueden ser acreditados por medio de prueba directa en la mayoría de casos constituirá genuinos espacios de escasez probatoria, por tratarse de circunstancias que es difícil que dejen algún rasgo externo que se posible percibir por los sentidos.

En los casos en que pruebas directas no estén disponibles para acreditar un hecho psíquico, entonces es posible recurrir a la técnica de re-

construcción indirecta, prueba por indicios o prueba circunstancial. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que

En la especie no se demostró con prueba directa ni existen indicios ciertos, precisos y concordantes desde los cuales presumir judicialmente que la verdadera voluntad de las partes al momento de celebrar el contrato de compraventa y usufructo fuera la de mejorar la condición sucesoria patrimonial del demandado en perjuicio de sus hermanos, sin que existiera voluntad real de vender o de disfrazar una donación.⁴²

La prueba circunstancial da cuenta de una serie de antecedentes que solo son compatibles con el acaecimiento del hecho psíquico a probar. De forma argumentativa, los enunciados fácticos que se formulan se hallan más lejanos del núcleo fáctico de la hipótesis debatida, pero solo con el objeto de conocer circunstancias que solo sean compatibles con la presencia del hecho síquico. Por ejemplo, frente a la duda acerca de la presencia de dolo de matar o dolo de lesionar en el caso dela muerte de Pedro a manos de Juan, la cantidad de disparos o si estos fueron ejecutados en zona vital o no pueden ser ilustrativos para confirmar o descartar una intencionalidad de la muerte.

La prueba circunstancial presenta como nota distintiva este alejamiento del núcleo fáctico y la compatibilidad con el hecho desconocido. Sin embargo, la doctrina procesal atribuye que su carácter inferencial es una nota distintiva, cuestión que no es posible de compartir precisamente porque, como señala Muñoz Sabaté (1967: 172) todas las pruebas son indirectas en algún sentido al basarse en un método inferencial. Es decir, el carácter inferencial de toda la prueba, en el marco del enfoque de la probabilidad lógica, pone de relevancia la inutilidad de la distinción entre prueba directa o indirecta. Dicho de otro modo, la prueba circunstancial presenta un carácter inferencial al igual que la denominada prueba directa.

La prueba de los hechos psíquicos también ha dado origen a la discusión doctrinal acerca de la prueba de los estados mentales. En efecto, el paradigma de la indeterminación de los seres humanos, su libertad, y los estudios empíricos que muestran ciertos condicionamiento de las

⁴² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 17-07-2020, rol 654-2019, considerando onceavo.

personas en su toma de decisiones, hacen cuestionarse si, por ejemplo, se tratan de verdaderos sucesos fácticos a ser acreditados o no. Esta es una cuestión que no es posible de ser resuelta aquí.

Capítulo 2

La etapa de admisibilidad probatoria

Parece ser una cuestión común a todos los órdenes jurisdiccionales de todas las tradiciones jurídicas hacer un uso adecuado y cauteloso de procedimientos judiciales. Una forma de cautelar dicha función es la utilización de filtros en sede de admisibilidad, ya que estos impiden que se rindan en juicio medios de prueba que dificulten la obtención de una decisión, por tratarse de antecedentes inútiles o innecesarios para resolver el caso.

Los filtros de prueba que se presenten en sede de admisibilidad tienen fundamentos epistémicos y extraepistémicos. Los filtros con fundamento epistémico cautelan la búsqueda de la verdad de lo sucedido a través de la extracción del acervo probatorio abstracto de antecedentes que más que aportar, por su calidad, tienden a dificultar o simplemente son inútiles para proporcionar información importante acerca de la concurrencia de los hechos.

En el ámbito del *evidence* anglosajón se ha recurrido principalmente al concepto de relevancia como criterio general de depuración epistémica de la prueba en sede de admisibilidad. En el ámbito continental, la misma labor se ha llevado a cabo a través de los conceptos de pertinencia, utilidad e idoneidad. De otro lado, también es posible identificar en la doctrina iberoamericana posiciones sincréticas de ambas tradiciones.

El criterio de la relevancia

El concepto de relevancia como criterio que permita depurar la prueba, presenta un carácter indeterminado (May, 1999: 8), y se le ha retratado como una de las cuestiones más problemáticas en relación con el *evidence* anglosajón (Twining, 2006: 121), con un pasado bastante confuso (Burgess-Jackson, 1986: 465). No obstante, igualmente es posible identificar algunas nociones o tendencias basales que se asocian a su empleo.

Un elemento importante de la relevancia es su fuerte carácter lógico, a partir del cual la prueba que se admite debe presentar un carácter

relacional con los hechos del litigio, de forma que pueda basar en ellos una conclusión acerca de la verdad de los hechos (Taruffo, 2008: 38; Ingram, 2012: 46; Nemeth, 2001: 6; Twining, 2006: 121; Burgess-Jackson, 1986: 465). De igual forma, es posible identificar en la relevancia una noción utilitarista instrumental, pues serán medios de prueba relevantes aquellos que permitan entregar una base cognitiva mínima que permita establecer una probabilidad superior a cero respecto de los hechos debatidos (Taruffo, 2008: 38). Se invocan, para estos efectos, las reglas de economía del proceso: *frustra probatur quod probatum, non relevat* (Cordero, 2000: 9).

La prueba será relevante si su información puede hacer más o menos probable la existencia de cualquier hecho de importancia para el caso (May, 1999: 8). En otras palabras, la prueba es relevante si aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia (Ferrer, 2007: 42), especialmente considerando el *stock* social de conocimiento disponible (Twining, 2006: 122).

El Model Code of Evidence en su regla 1 define *prueba relevante* como aquella que tiene alguna tendencia en razón de probar cualquier asunto material incluyendo opiniones (*opinion evidence*) y testimonios de oídas (*hearsay evidence*) (Nemeth, 2001: 6). La regla 401 de las Reglas Federales de Evidencia señala que es prueba relevante si: a) tiene alguna tendencia para hacer los hechos más o menos probables de lo que sería sin la prueba, y b) el hecho es de importancia para la determinación de la acción.

Los criterios de pertinencia, utilidad e idoneidad de la prueba

Por su parte, la función de depuración epistémica en un estadio preliminar de juicio, en el ámbito de los procedimientos judiciales de herencia románica continental, se ha llevado a cabo a partir del empleo de las nociones de pertinencia, utilidad e idoneidad de la prueba. Así, se ha afirmado que la prueba es pertinente cuando exhiba una relación con el *thema probandi*, es decir, cuando se vincule con el objeto del proceso (Montero, 2005: 151). Para Couture (2021: 195), una prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba.

Por ejemplo, el Código Procesal Penal en su artículo 276 inciso primero señala expresamente que se debe excluir la prueba *manifestamente impertinente*. De igual forma el auto de prueba en el procedimiento civil de mayor cuantía debe dar cuenta de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos del pleito.

Por su parte, se habla de inutilidad de la prueba, cuando esta es inadecuada respecto del fin que persigue o cuando es superflua (Montero, 2005: 156). Lo primero se daría cuando el medio de prueba no es adecuado para verificar con él las afirmaciones de los hechos que se discuten; lo segundo, cuando el medio de prueba es sobreabundante o dilatorio, porque contiene una información a la que se ha accedido o se puede acceder por otros medios de prueba. Por ejemplo, El artículo 283,2 de la Ley 1/2000, 7 de enero Ley de Enjuiciamiento civil española, señala expresamente que «tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos». Lo importante del criterio de utilidad, es que muchas veces la doctrina y jurisprudencia lo utilizan en un sentido sinonímico respecto de la pertinencia de la prueba (Montero, 2005: 156).

En lo que refiere a la inutilidad, este es uno de los criterios por los cuales se habilita en el proceso penal alemán la exclusión de prueba (§244, III StPO). El medio de prueba es inútil cuando es completamente inidóneo o inasequible para los fines que persigue. Para parte de la doctrina alemana, por ejemplo, la completa inidoneidad podría vincularse con la apreciación de la credibilidad de los testigos (Göbel, 2013: 175; Peters, 1985: 309 y 310). En lo que refiere a la prueba pericial, por ejemplo, la declaración de un vidente como un dictamen parapsicológico sería completamente inidóneo como medio de prueba (Roxin, 2000: 387), al igual que lo sería la observación de los pájaros practicada en Roma por los augures, por los oráculos, en sesiones espiritistas o astrológicas o luego en los juicios del féretro (Cordero, 2006: 47). La importancia del tratamiento de este criterio para este trabajo es que los autores han llamado la atención de que, por ejemplo, la completa inidoneidad debe apreciarse de forma restrictiva y cuidada, pues no se debe con ello realizar una actividad que signifique un adelanto de la valoración de la prueba (Peters, 1985: 309; Kühne, 2015: 508). En otro sentido, Ubertis (2017: 118), equipara idoneidad a relevancia probatoria.

Criterios de depuración epistémica en la doctrina latinoamericana

Algunos autores del consorcio latinoamericano dan cuenta de un cierto sincretismo entre las tendencias anglosajonas y continentales en la materia. Entre otras razones, porque la cuestión de la *relevancia* de la prueba es algo común a diversos sistemas de enjuiciamiento (Taruffo, 2008: 38).¹

Así, Cafferata (1998: 22) considera que la idoneidad conviccional es conocida como *relevancia* o *utilidad* de la prueba. Para Jauchen (2006: 25), la utilidad de la prueba está directamente relacionada con la relevancia que el elemento tenga con relación al objeto que deba probarse. Para Maier (1996: 93), la utilidad es llamada en ocasiones relevancia, y no se mide por un solo parámetro. Especialmente uno de los sentidos, según el mismo autor, está vinculado con características empíricas. Ello ocurriría en el caso de los hechos notorios y sus significados próximos como cuando se permite excluir la prueba por evidente o manifiestamente superabundante o superflua. Por su parte, para Binder (1999: 258), el tribunal tiene un poder de policía sobre el ofrecimiento de pruebas. Si la prueba es inútil, impertinente, superabundante o ilícita, el tribunal tiene la facultad de que esa prueba no se produzca. Para el mismo autor, la prueba inútil es aquella que no contiene información que sirva para probar las distintas hipótesis, a diferencia de la prueba impertinente, que contiene información no referida a la hipótesis de prueba. Para Horvitz y López (2004: 45), la prueba impertinente es aquella en la que no existe ninguna relación lógica o jurídica entre el hecho y el medio de prueba. Por su parte, Duce (2017: 57) señala que la pertinencia de una prueba también puede ser conocida como la relevancia de la misma. En este sentido, la pertinencia o relevancia admitiría dos niveles de análisis: el primero, la relevancia en el sentido lógico que ya le es tradicional; el segundo, el que denomina relevancia legal en la cual el juez debe pesar los aspectos favorables que la introducción de la prueba puede producir en juicio en contra de los potenciales perjuicios que pudiera generar la incorporación al mismo (análisis de costo-beneficio).²

Todo lo anterior da cuenta de ciertas asunciones que conviene ser ex-

¹ En relación con el *common law* véase a Roberts y Zuckerman, 2010: 99 y ss.

² En un sentido similar Hernández, 2010: 43 y 44.

plicitadas. En primer lugar, la preocupación de depuración epistémica no es algo propio ni exclusivo de la teoría racionalista de la prueba de corte anglosajón.³ De hecho, ni siquiera tampoco lo son —*per se*— las reglas de exclusión (Damaška, 2015: 33). De ello dan cuenta los conceptos de utilidad, pertinencia e inidoneidad de la prueba. En segundo lugar, los conceptos de relevancia, impertinencia, inutilidad e inidoneidad muestran que la cuestión del control epistémico de la prueba en sede de admisibilidad no puede desconocer su carácter relacional. Es decir, una estrecha conexión, —mayoritariamente asumida como una relación lógica— entre la prueba y el enunciado fáctico a acreditar como parte integrante del *thema probandum*. En tercer lugar, la confluencia de tradiciones y la amplitud del entendimiento del concepto de relevancia muestran que, quizás, en la delimitación del mismo, también entran en juego elementos extraepistémicos.⁴

En resumen, pareciera ser común a todos los criterios de depuración probatoria en sede de admisibilidad la circunstancia de que la prueba que debiera ser admisible sea aquella cuya información presente una conexión lógica con los hechos del caso, y que pueda aportar a la determinación de la probabilidad de acaecimiento, aunque sea de forma mínima. A lo primero llamaremos relevancia lógica o formal; a lo segundo, relevancia probabilística o material.

La relevancia en su sentido lógico o formal, como relación de la información con el *thema probandum*, es una cuestión ínsita a la valoración racional de la prueba —no una regla artificial (Roberts y Zuckerman, 2010: 101), más bien de acuerdo con el estándar de la experiencia general (Thayer, 1898: 265, 516)—, y puede ser estimada más bien como una precondition de la investigación lógica de los hechos. No se define con ello un concreto estándar de admisibilidad en su sentido probatorio (Roberts y Zuckerman, 2010: 98).⁵ La relevancia en su sentido probabilístico o material, implica que la información emanada del medio de prueba sirva para determinar la probabilidad de acaecimiento de algunas de las hipótesis fácticas que componen el *thema probandum*.⁶ En el

3 En este sentido véase a Taruffo, 2010: 174; Damaška, 1995: 348.

4 Como sucede con el testimonio de oídas. Véase Ferrer, 2007: 44.

5 En un sentido similar, Taruffo (2010: 161), quien sostiene que es un principio epistémico obvio determinar la verdad de los hechos a partir de las informaciones útiles para dicho objetivo.

6 Para mayores antecedentes véase Vera, 2021a: 81 y ss.

ámbito penal, Redmayne (2002: 686) señala que la prueba es relevante si puede ser entendida en los términos de la *ratio* de dos tipos de probabilidades: aquella referida a la inocencia y aquella referida a la culpabilidad del acusado. La propiedad probabilística de la relevancia como criterio de admisibilidad solo se satisface controlando que el medio de prueba contribuya a la determinación de la probabilidad de los hechos objeto del juicio, aunque sea en un mínimo sentido. Roberts y Zuckerman (2010: 101), por ejemplo, indican que si la probabilidad de Y es una en 10 millones, y la prueba de X incrementa la probabilidad en el minúsculo monto de otro uno en 10 millones, X es relevante respecto de Y.

Esto último también se aviene con la cautela de la economía procesal en esta materia. Todo lo que exceda del control de ese mínimo epistémico es materia de valoración de prueba, propia del juicio, y no podría calificarse incluida dentro de la fase de admisibilidad, porque, además con ello se tensiona el derecho a la prueba de los intervinientes. Tampoco parece un lugar adecuado incluir dentro de la relevancia cuestiones más propias de consideraciones genuinamente extraepistémicas, como lo que la doctrina ha denominado *relevancia legal*. El complejo escenario normativo donde las reglas de exclusión operan no parecen ser compatibles con interpretaciones que amparen intereses morales o extraepistémicos que el legislador, atendido el debido proceso, debió consignar expresamente dentro de sus atribuciones.

El principio de inclusión de la prueba relevante

La cuestión de la admisibilidad probatoria logra visibilizar una cuestión que poco se advierte cuando se habla de valorar la prueba: ¿se deben admitir todos los medios de prueba propuestos por las partes? ¿Cuál es el principio general que debiese adoptar el ordenamiento jurídico? ¿Tiene algún papel en ello la epistemología?

El *evidence* anglosajón ha sido tradicionalmente visto como un conjunto de reglas de exclusión, que cualifican el principio general de que toda prueba relevante debe ser presentada ante los jueces que adoptan la decisión sobre los hechos (Roberts y Zuckerman, 2010: 73). El principio de inclusión de la prueba relevante señala que toda la prueba relevante debe ser admitida a juicio. Y este, a su vez, ha sido conceptualizado como uno de los rasgos más importantes del *Anglo American Evidence Scholarship* que ha dominado la discusión probatoria a lo largo de todo

el siglo XX (Twining, 2006: 210; Jackson y Summer, 2012: 37). Este principio se basa en la asunción epistémica que, mientras más antecedentes contemos respecto de un hecho discutido, mayor será la probabilidad de arribar a la verdad de lo sucedido.

Mientras más prueba, ¿mejor?

Bentham defendían la libertad probatoria y por tanto la derogación de reglas probatorias (especialmente de exclusión) basado en el fundamento de que la probabilidad de alcanzar una decisión correcta respecto de la verdad sobre los hechos aumenta en la medida en que lo hace la información de lo ocurrido (Ferrer, 2010: 12). Y precisamente las reglas de exclusión, en parte, pueden ser consideradas vehículos de restricción de información. En efecto, desde un punto de vista coherentemente racionalista pareciera preferible contar con más información que con menos, aunque esta, en principio, aparezca de baja calidad (Hernández, 2010: 38).

Para Bentham (2001: 391), la exclusión de toda prueba sería la exclusión de toda justicia.⁷ La razón de ello arrancararía en que la prueba de los hechos es una cuestión epistemológica en donde el derecho no tiene mayor cabida. Desde esta perspectiva, las reglas de exclusión expresarían un mal, al igual que las penas (Bentham, 2001: 398), por lo que hay que limitarla a los mínimos posibles. Bentham, en materia de prueba, retorna hacia el natural sistema de prueba libre, basado en la experiencia diaria en el razonamiento de sentido común (Twining, 1985: 3; Stein, 2005: 109), entendiendo que en la apreciación de la prueba no tienen cabida las reglas probatorias. De ahí que a esta corriente se la ha denominado abolicionismo probatorio (Ferrer, 2010: 5). Así, la reconstrucción que hace Bentham (2001: 441) de las reglas de exclusión señala que estas pueden estar basadas en: a) desechar los testimonios engañosos, b) prevenir las dilaciones, los vejámenes y los gastos que resultarían de la admisión de tales o cuales testimonios. Agrega: «El primero de estos motivos, mal fundado; el segundo, justo y razonable». Desde esta perspectiva, la exclusión es admisible si satisface la condición de excluir prueba irrelevante, superflua o cuando su producción podría involucrar vejámenes, dilaciones o costos excesivos, desde la perspectiva del estándar

⁷ Véase Landsman, 1990: 1177.

dar de utilidad (Bentham, 1843: 89 y ss.; Twining, 1985: 68). Considera, además, que encontrar reglas de prueba infalibles a partir de las cuales se asegure una decisión correcta, desde el punto de vista de la naturaleza de las cosas, es absolutamente imposible. La mente humana es demasiado susceptible a establecer reglas las cuales incrementan las probabilidades de malas decisiones (Bentham, 1825: 180). Bentham se opuso a la existencia de las reglas de exclusión que gobiernen la credibilidad, peso y quantum de la prueba (Ferrer, 2010: 4) porque todas ellas son, en alguna medida, negativas o traviesas (Twining, 1985: 43).

Ahora, la restricción del ámbito aplicativo de las reglas de exclusión se basa mayoritariamente en la asunción que la probabilidad de alcanzar una decisión correcta respecto de la verdad sobre los hechos aumenta en la medida en que lo hace la información de lo ocurrido (Ferrer, 2010: 12).

En este sentido, en un proceso ideal, el principio de relevancia sería suficiente con toda probabilidad para filtrar adecuadamente la prueba en atención a maximizar la finalidad de la búsqueda de la verdad (Tarruffo, 2010: 165). Así, el criterio que debiera regir la investigación es el de la búsqueda de información libre y sin restricciones, que se ha formulado a través de la historia de las instituciones jurídico-probatorias a través de reglas epistemológicas que reconoce la función inclusiva de la relevancia.⁸ Se trata de obtener un cúmulo de elementos de juicio (o pruebas) lo más rico posible, entendiendo que ello se satisface cuando el proceso judicial facilita la incorporación al proceso del máximo número de pruebas relevantes (Ferrer, 2007: 68). Así vista, la relevancia es una condición de la admisibilidad probatoria (Burgess-Jackson, 1986: 466; Thayer, 1898: 266).

Para Laudan (2013: 46), excluir pruebas relevantes, y no redundantes, por la razón que sea, disminuye la probabilidad de que personas, en principio, racionales lleguen a conclusiones correctas.

Por su parte, Stein critica la asunción Benthamiana de que «más prueba es mejor», porque no hay ni puede haber un paralelo cuantitativo entre la información completa e incompleta de un caso.⁹ De otro

8 En este sentido Gascón, 2010: 116.

9 En un sentido similar Haack (2004: 58): «It doesn't follow that more evidence is always better than less, so that the policy should be to let it all in; for additional-but-still-incomplete evidence may lead us in the wrong direction, while the previously available even-more-incomplete evidence would have led us in the right direction».

lado, porque lo que importa es una valoración cualitativa de la prueba y no se pueden establecer —*a priori*— consecuencias epistémicas a partir de criterios cuantitativos de los elementos disponibles, además, como reverso, porque el concepto de información incompleta es ubicuo. Más bien, lo importante y trascendente en este caso es la identificación de riesgos de errores tolerables de los que no lo son (Stein, 2005: 123). Por el contrario, Taruffo (2010: 166) señala que las críticas a Bentham pueden llegar a ser ciertas, pero también lo es que excluir la posibilidad de utilizar pruebas relevantes es una forma segura de excluir la posibilidad de descubrirla.¹⁰ En este sentido, no hay que dejar de confiar en que la probabilidad de la información disponible podría minimizar los resultados erróneos considerando la extensión temporal de muchos casos (Damaška, 1995: 355). En efecto, reglas de exclusión demasiado robustas puede generar una falsa sensación de confianza respecto de la evitación de los errores en lo que respecta a la decisión sobre los hechos (Twining, 1985: 70).

Si bien en general es posible asumir el principio epistémico de «Mientras más prueba, mejor», también hay que tener presente que al mismo se le han hecho críticas. Según Stein (2005: 123), siempre que la información sobre los hechos permanezca incompleta, la adquisición de más información con credenciales inciertas no mejoraría una determinada posición epistémica. En este contexto, la credibilidad jugaría un rol que no se presenta en el caso de la información completa. La llegada de nueva información simplemente sustituiría el riesgo de error anterior por uno nuevo asociado a la credibilidad de la nueva información. Más bien, lo importante y trascendente en este caso es la identificación de riesgos de errores tolerables de los que no lo son.

Algo muy similar apunta Walton (2008: 34), en el sentido que el criterio de la corroboración puede generar problemas cuando un medio de prueba es corroborado por otro, pero luego, con otros elementos de prueba agregados, la corroboración falla.

En principio, no hay problemas en asumir de forma general que mientras más antecedentes, tendremos mayores posibilidades de acercarnos a la verdad de lo sucedido. Ello, por cierto, considerando un acervo probatorio ideal, donde la conjunción de medios de prueba potencie el valor epistémico de las probanzas si se le compara con el valor individual.

¹⁰ En el mismo sentido Hernández, 2010: 38; Ferrer, 2010: 9.

Ahora, las críticas anteriores hechas al criterio de que más prueba es mejor han de servir para evidenciar que este solo puede ser adoptados como un principio general, que debe ser revisado caso a caso, dependiente de acervo probatorio y que, como tal, puede reconocer excepciones. Es decir, su vigencia como principio general debe ser revisada en el caso en particular. La adopción del mismo como principio general dinámico y con un contenido difuso, impide rechazar *a priori* la condena que se base en una sola probanza, precisamente por ello, con prescindencia de la valoración epistémica de su información. Lo contrario implicaría darle al principio aludido el carácter de regla cuando epistémicamente, como vimos, ello no es posible.

¿Es el juez que conoce de la admisibilidad un guardián epistémico?

La fase de admisibilidad es uno de los tres momentos de la actividad probatoria donde se decide sobre la aplicación de reglas de exclusión, de la aplicación del criterio de relevancia y pertinencia, y la formación de un acervo probatorio abstracto. Una vez que estos antecedentes serán rendidos en juicio adquirirán la calidad de medios de prueba en sentido estricto, conformando, a su vez, el acervo probatorio concreto y definitivo sobre el cual deberá adoptarse la decisión sobre los hechos. Para nadie a estas alturas es una novedad constatar que la aplicación de filtros y criterios en sede de admisibilidad impide que medios de prueba que no sean necesarios, relevantes o pertinentes sean rendidos en juicio. Con ello se cautela la correcta inversión de los fondos públicos en la administración de justicia, de forma que la decisión jurisdiccional con pretensión de justicia sea dictada de forma eficiente, en el menor tiempo posible. Esta forma de ver la configuración normativa de la fase de admisibilidad probatoria, sus criterios y reglas no genera mayor discusión en la doctrina.

Ahora, la cuestión se torna más compleja cuando podemos advertir que tanto las reglas como criterios probatorios en la fase de admisibilidad presentan espacios de discusión y, por otro, cuando una exclusión de prueba discutible no solo puede condicionar el resultado del juicio, sino también afectar el derecho a la prueba como parte integrante del debido proceso.

La configuración normativa de las reglas de prueba en el ámbito an-

glosajón está vinculada con la manera en que se aplican; es decir, de su contexto institucional (Damaška, 2015: 25). En un principio, la mayoría de las reglas de exclusión del *common law* dependen en buena medida de que la decisión sobre los hechos sea adoptada por un jurado lego (Roberts y Zuckerman, 2010: 93; Ferrer, 2007: 44; Damaška, 2015: 42; Twining, 1997: 44; Landsman, 1990: 1149; Damaška, 1995: 349 y ss.; en contra, Murphy, 2010: 546). De forma más precisa, en lo anterior impacta la interacción entre jueces profesionales y jueces legos que, cuanto más pronunciada es la separación entre estos dos tipos de juzgadores, el clima institucional se muestra más proclive a la utilización de reglas de exclusión con la finalidad de sustraer información al jurado, incluso, predefiniendo la forma en cómo se debe valorar la prueba a través de ciertas instrucciones (Damaška, 2015: 41). Dichas reglas tendrían como fundamento evitar que los miembros del jurado atribuyan un peso epistémico distorsionado o equívoco (Duce, 2010: 49; Ho, 2008: 47). Es decir, con ello se busca reducir el riesgo de error en la decisión sobre los hechos. Wigmore señalaba que los principios de la prueba representan el proceso natural de la mente en relación con *the evidential facts* después de que ellos son admitidos por el jurado, mientras que las reglas de admisibilidad son reglas particulares artificiales para el sistema angloamericano del jurado (Wigmore, 1937: 5). Roberts y Zuckerman (2010: 75) señalan que el juez de la fase intermedia está en una posición de limitar el alcance de la discreción del jurado para volver a veredictos cuestionables, a través de la exclusión de la prueba perjudicial no fiable o injusta, la cual podría llevar al jurado por un mal camino y así socavar la precisión factual de la adjudicación en materia penal.

Ahora, esta desconfianza en la capacidad cognitiva del jurado¹¹ podría —también— explicar los fundamentos de la decisión Daubert en Estados Unidos en materia de exclusión de la prueba pericial científica por ausencia de científicidad. Dicho fallo reconoce que el juez tiene la función de custodio de la calidad de la prueba, pues se asume que un jurado compuesto por legos o laicos presenta menores competencias cognitivas para reconocer una prueba pericial científica de mala calidad, que pueda estar amparada por el sesgo de la *cientificidad* o *mito de la*

11 Hand (1901: 54): «But how can the jury judge between two statements each founded upon an experience confessedly foreign in kind to their own? It is just because they are incompetent for such a task that the expert is necessary at all».

infalibilidad (Gascón, 2013: 182; Dwyer, 2008: 2). Por ello se haría necesario mantener al jurado en ignorancia de la existencia de la información, a partir de datos que sean perceptualmente excluidos (Ho, 2008: 43). Así, se considera que la decisión Daubert ha servido para trasladar la cuestión de la valoración de la prueba pericial científica hacia la sede de admisibilidad, frente a las dudas que al respecto exhibe el Jurado (Dwyer, 2008: 2). Ahora, la aplicación de los criterios Daubert, y sus presupuestos, han dejado varias dudas respecto de la solidez de sus fundamentos, porque no hay criterios de consenso que permitan distinguir adecuadamente lo que es ciencia de lo que no es (dilema de la demarcación)¹² por lo que, bajo una exclusiva mirada epistémica, es peligroso el uso de reglas de exclusión basadas e inspiradas en dichos criterios. En efecto, estas interrogantes han llevado a algunos autores anglosajones a reinstalar el estándar previo en la materia (Stein, 2005: 197; 2013: 255 y ss) o, a derechamente desconocer los criterios del fallo Daubert.

Damaška (2015: 43) critica que las reglas de exclusión del *evidence* anglosajón puedan explicarse cabalmente a partir de la desconfianza de las capacidades cognitivas del jurado pues, entre otras consideraciones, ello se opondría tanto a la evolución histórica del derecho probatorio angloamericano como a la legitimidad democrática que se suele atribuir a que la decisión sobre los hechos —en el plano organizativo de la justicia— sea adoptada por un grupo compuesto por ciudadanos y ciudadanas (jurado).¹³ Todo ello precisa una suerte de matización: si se duda de la capacidad de las y los miembros del jurado para determinar los hechos, la formación técnica no inhibe completamente de dichos cuestionamientos a los jueces y juezas profesionales (Damaška, 2015: 44 y ss.). Las únicas reglas útiles al respecto serían aquellas que buscan blindar al jurado de información capaz de abrumar a sus miembros emocionalmente, como las que puedan generar una hostilidad y una excesiva simpatía (Damaška, 2015: 45), por la falta de experiencia de las y los juzgadores. Ahora, si se repara en la forma especial de adopción de la decisión del jurado sobre los hechos —a partir de la unanimidad y por medio de un veredicto sin motivación (Ferrer, 2007: 44; Damaška, 2015: 34 y 54), deliberación en secreto, etcétera.—, las reglas de exclusión pueden ser mejormente concebidas como instrumentos dirigidos

12 Véase Vázquez, 2015: 86 y ss.

13 En un sentido similar Ho, 2008: 235.

a influir en las decisiones colectivas que se adopten al amparo de dicha forma de administración de justicia (Damaška, 2015: 54). Así, las reglas de exclusión también podrían justificarse en la intención de reforzar —a priori— la legitimidad de los veredictos inmotivados de los jurados (Damaška, 2015: 59; Stein, 2005: 26).

Aun cuando Damaška pudiera estar en lo correcto y la necesidad de blindar a la judicatura de una sobrevaloración epistémica asiste a juezas y jueces legos y letrados, ello no resuelve la justificación de que esta tarea necesariamente tenga que llevarse a cabo en fase anterior a la de juicio con la misma fuerza que la cuestión exhibe en el sistema de justicia penal norteamericano. Ello generaría una preferencia epistémica odiosa y peligrosa en la materia en favor del juez o la jueza que conoce de la admisibilidad: una suerte de paternalismo epistémico, en defecto de quien, en nuestro sistema, tiene la titularidad de la decisión de los hechos: los jueces y juezas del fondo. ¿Por qué el juez o la jueza de la fase intermedia está en una mejor posición para no solo detectar los posibles sesgos de las pruebas? Excluyendo el control sobre los mínimos, no parecen haber buenas razones epistémicas para dicha diferenciación. Ahora, una razón plausible —que comparto— puede encontrarse en el efecto de *contaminación* que se generaría si el mismo tribunal que decide sobre los hechos, a su vez, conoce de la exclusión de la prueba ilícita, por ejemplo (Damaška, 1995: 352). No logro apreciar igual efecto de contaminación respecto de la exclusión de prueba por motivos epistémicos. Ahora, distinto es si la detección de dichos mínimos se asume como una decisión política, en cuyo caso deben establecerse expresamente en la ley, pues esa es la vía idónea de distribución de intereses en juego.

Solo considerando cuestiones competenciales y la aplicación en la sede de admisibilidad de filtros epistémicos, no existen buenas razones para justificar que el juez o la jueza que conozca de la fase de admisión presente una mejor posición epistémica que los jueces y juezas que conozcan del juicio. Es decir, no hay razones plausibles para considerar que la tarea de delimitar y depurar el acervo probatorio abstracto, a partir de la aplicación de filtros y reglas de exclusión epistémicas, estén a cargo del juez o jueza que pueda detectar de mejor forma que la judicatura que conoce del juicio, una prueba buena de una mala desde el punto de vista de la calidad de la información que contiene. La judicatura que conoce de la admisibilidad no tienen una capacidad especial que los haga indemne a sesgos en la valoración probatoria si se les compara con

los jueces que conocen del juicio. Por ello no tiene sentido que estos filtren la prueba como un *guardametas* para proteger a los jueces y juezas del juicio de los sesgos epistémicos que pueden presentar la prueba que distorsione su valoración. Quizá ello puede tener mayor sentido, aunque igual se ha criticado, en los casos en que el juicio es conocido por un jurado legos, sin experiencia en materias judiciales. Sin embargo, la mayoría de estos sesgos no son profesionales o técnicos, sino más bien aplicables a cualquier persona en cuanto tal, por lo que la instrucción formal en determinada área e incluso la misma práctica judicial no generan una competencia epistémica muy diferenciada que la que podría presentar una persona lega que debe fallar un caso en relación con los hechos.

Para mí una etapa diferenciada entre admisión y valoración probatoria, a cargo de judicaturas distintas, si bien en menor medida puede fundamentarse en razones epistémicas considerando la distribución de funciones (admisibilidad para los de admisibilidad y valoración para quienes conocen del juicio), ellas más bien se sitúan en el ámbito de protección de intereses extrajurídicos como una forma de concreción de la garantía del debido proceso por parte del legislador. Las razones epistémicas, a mi juicio, suelen ser más bien débiles.

¿Es distinto el juicio de admisibilidad al juicio de valoración probatoria?

Podríamos cuestionar y debatir si efectivamente la *admisión* de los medios de prueba es algo cognitivamente diferenciado y distanciado de la *valoración probatoria* propiamente tal (Ho, 2008: 33). Como veíamos, muchos filtros de admisibilidad consideraban incluidos en ellos cuestiones más propias de la valoración de la prueba, como la apreciación de la credibilidad de ciertos testigos. Sin embargo, por ejemplo, el Código Procesal Penal asume una diferenciación, poniendo límites y características especiales de una etapa en relación con la otra. La intención legislativa se centra, a mi modo de ver, en el interés de cautelar que, no obstante, se excluya prueba por motivos epistémicos y extraepistémicos, esto por ningún modo debe constituir un prejuzgamiento de la cuestión de los hechos de forma de evitar un adelantamiento de la valoración probatoria propia de la fase de Juicio (Kühne, 2015: 508; Denbeaux y Risinger, 2003: 23). El o la jueza de garantía resuelve la exclusión solici-

tada sobre la base de antecedentes que son germinales en relación con el concepto jurídico de *medio de prueba* (rendidos en juicio oral bajo contradicción), constituyendo con ello una decisión conectada que afecta la valoración probatoria, pero claramente diferenciada de esta última. Ello podría explicar por qué en la sede de admisión no hay prueba sobre las causales de exclusión de la prueba. De otro lado, sin razón aparente, el régimen recursivo respecto del auto de apertura es limitadísimo, no pareciendo cubrir la revisión de la decisión de exclusión por razones epistémicas, dejando a salvo por cierto el recurso de nulidad. Ello nos lleva a pensar que la labor epistémica del o la jueza de garantía es limitada y mínima atendiendo al diseño estructural del proceso penal chileno.

Ahora, desde el punto de vista del discurso justificatorio de la decisión en lo relativo a los hechos hay algo que estructuralmente falta en fase intermedia en lo relativo a la admisión probatoria: la valoración conjunta o visión holista o coherencial de la cuestión de los hechos (Valenzuela, 2017: 105), a partir de la rendición y contradicción de todos los medios de prueba. Si se quiere, la cuestión de la exclusión de la prueba en fase intermedia se desarrolla en el Código Procesal Penal asumiendo una perspectiva epistémica exclusivamente atomista o particular de cada medio de prueba cuando muchas veces, para valorar un antecedente en particular, hace falta vincularlo con la información proporcionada por otro medio de prueba en un sentido *ex post*. Quizás por eso se afirma que la decisión sobre admisibilidad de medios de prueba es una cuestión hipotética o que solo se puede resolver *ex ante* (Taruffo, 2008: 39; Horvitz y López, 2004: 46; Ubertis, 2017: 114 y ss.).

Por su parte, una perspectiva holista complementaria a la atomista puede identificarse claramente en sede de juicio oral al exigir al tribunal hacerse cargo de toda la prueba, y no solo de la útil para fundar su pretensión (artículo 297, inciso segundo del Código Procesal Penal). Repárese en lo importante de esto. Un buen cúmulo de casos complejos, especialmente en los contextos de escasez probatoria, obligan a recurrir a la prueba circunstancial o indirecta —*ad initio* conjunta— para dar por acreditado un supuesto donde no hay prueba directa o donde esta no puede llegar (por ejemplo, la prueba del dolo). O, desde otra perspectiva, algunos casos probatoriamente complejos obligan a echar por tierra limitaciones derivados de nuestra formación jurídica (por ejemplo, *testes unnus testes nullus* en el caso de las condenas basadas en el testimonio de la víctima). Todas las cuestiones anteriores, a mi juicio,

pueden abordarse desde el punto de vista del peso de la prueba de mejor forma en sede de juicio oral. Ello muestra que un control de admisibilidad *ex ante* robusto, basado en exclusiva en un enfoque atomista, puede ser extremadamente peligroso más allá de los mínimos.

De otro lado, también influye en la cuestión en comento un rasgo propio de los procedimientos penales de herencia románica continental: la motivación de la decisión de los hechos y su posibilidad de control *ex post facto* (Ferrer, 2007: 44; Igartúa, 2013: 21; Ferrer, 2010: 17). Lo primero, sin duda, es una forma de control de las asunciones sobre la prueba y los hechos que, específicamente en nuestro sistema, debe ser acordada por un tribunal colegiado. Como se puede apreciar, este tipo de control puede ser considerado un filtro *a posteriori* de la calidad epistémica de la prueba en relación con los hechos (Ferrer, 2010: 17). Precisamente, esta perspectiva es mayoritariamente ausente en los enjuiciamientos por jurado. De ello podría derivarse la justificación de que en el ámbito del *common law* se de tanta importancia a las reglas de exclusión, apareciendo ellas configuradas de una manera robusta (Damaška, 2015: 59), porque la adopción de la decisión del jurado es algo misterioso, muchas veces incontrolable, que a veces se le ha comparado con la mecánica operativa de las ordalías (Taruffo, 2010: 36). Por ello se señala que la motivación del veredicto por parte de los jurados privaría de justificación a los recortes en la práctica de la prueba, ya que aquella serviría de contención a los sesgos y permitiría detectar *a posteriori* el influjo de todas ellas y ser neutralizadas por el procedimiento que corresponda (Igartúa, 2013: 21). Hasta los comentaristas angloamericanos más escépticos reconocen que la exteriorización de las razones hace el ejercicio del poder de decisión sobre los hechos algo menos impenetrable frente a un veredicto inmotivado (Damaška, 2015: 58), pese a que este último en ningún caso habilitó para que los jurados adoptaran decisiones irracionales acerca de los hechos (Ho, 2008: 37). Así, la motivación en relación con los hechos admitiría un test de validez (Taruffo, 2011: 234 y 235), de forma que su control también lo es respecto a cómo el juez o la jueza da por probado los hechos. Con ello se quiere aludir cuando se dice que la decisión sobre los hechos se expresa en un razonamiento que tiene una función demostrativa (Igartúa, 2003: 147) que, además, puede y debe ser intersubjetivamente controlable. Así, considerando la motivación como control epistémico *ex post facto*, decae la necesidad de que la cautela epistémica se de casi en exclusiva en fase intermedia, como sucede en

los juicios por jurado. Ello también acarrea otra exigencia en nuestro sistema: todo lo que tenga que ver con la valoración de la prueba y la decisión del asunto, en un contexto normativo que obligue a las y los jueces a motivar sus decisiones, no debe ser abordado anticipadamente en el momento de la selección del material probatorio (Ferrer, 2007: 42 y ss.).

Las circunstancias anteriores que he mencionado a partir de lo que sucede con la jurisdicción penal, también pueden ser aplicables a otros órdenes cuyos procedimientos orales han tenido como antecedente el Código Procesal Penal chileno. Es decir, en todo caso en que exista una fase propia, que se preparatoria y que se depura la prueba para ser rendida con posterioridad en el juicio.

Reglas de exclusión probatoria más comunes

Exclusión de prueba que recae sobre hechos públicos y notorios

La ausencia de necesidad de prueba en el caso de los hechos notorios es un principio que ha pasado de las fuentes canónicas al derecho común, de acuerdo con el cual *notoria non indigent probatione* (Calamandrei, 1933: 557; Montero, 2005: 83).

La notoriedad como eximente de prueba forma parte de nuestro acervo jurídico y vendría a responder a la lógica de evitar actividades probatorias inútiles (Bonet, 2019: 293). Los hechos notorios son los generalmente conocidos, como los sucesos de la naturaleza, históricos (Horvitz y López, 2004: 46 y 47) así como todos aquellos hechos de los cuales normalmente tienen conocimiento las personas sensatas o sobre los que ellas se pueden informar en fuentes confiables como mapas, enciclopedias y similares (Roxin, 2000: 187; Cerda, 2015: 297). Ello, también se extiende a un conocimiento general semejante cuando el mismo está limitado a un círculo determinado de personas, por ejemplo, los habitantes de la ciudad X con respecto a la situación local (Roxin, 2000: 187; Maturana y Montero, 2010: 701). Según Couture (2021: 193), «pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura, o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento que ocurre la decisión». Para Calamandrei (1962: 323), la notoriedad es el conocimiento, perteneciente al conocimiento histó-

rico común, de la verdad de un hecho singular en el caso concreto, por ejemplo que Roma es la capital del Estado italiano.¹⁴ Para Stein (1999: 173 y ss.), un hecho se convierte en notorio cuando se toma en consideración la manera en que ha sucedido o el modo en que el hecho acaecido se ha divulgado. En el primer caso, hablamos de hechos que han sido percibidos por un gran número de personas, como cuando varias personas presencian un gran incendio en la ciudad, asisten a una fiesta o a la presentación de un famoso artista. Sin embargo, con lo anterior solo se ha dado cuenta de una parte pequeña de los hechos notorios. La gran mayoría de ellos son percibidos por unos pocos y luego se convierten en notorios por su divulgación, pues es la trasmisión incontrovertible la que engendra casos de notoriedad. Por ejemplo, cuando existe una publicación oficial acerca del hecho, o la ciencia histórica (en un sentido muy amplio, incluyendo a la literatura, geografía y la etnología en las medidas que estas ciencias son conocimiento de hechos) da cuenta de ellos. Solo pocos hechos notorios pertenecen a los relatos históricos, pues la mayoría de ellos está situada en el nivel inferior de lo cotidiano. En este mismo sentido, Cordero (2000: 3 y 10) señala que la notoriedad, al menos, alcanza a hechos conocibles por fuentes accesibles a todos. Es decir, se trataría de un dato indiscutiblemente aceptado, porque responde a conocimientos comunes, históricos o de *rerum natura* como que Europa sufrió la segunda guerra mundial entre los años 1939 y 1945 o que el nitrógeno corrompe el ambiente.

Para Taruffo (2008: 144), el juez podría fundar en su propia cultura personal el conocimiento de algunos hechos como en el caso de los hechos notorios. Se trata de hechos que pertenecen a la cultura media común existente en el momento y lugar del juicio (Calamadrei, 1933: 560; Montero, 2005: 83) o que pueden ser descubiertos por cualquiera a través de las vías ordinarias del conocimiento. Es decir, incluyen aquellos que forman parte del conocimiento privado del juez o la jueza, como los que conoce en el ejercicio de su función. En efecto, el juez o la jueza podría usar sin prueba específica los estándares de la experiencia común y de la cultura promedio en los que puede basarse para fundar inferencias y valorar las pruebas (Taruffo, 2008: 144). Es decir, en relación con la no-

14 Este autor destaca que lo contrario a la notoriedad no es la imposibilidad, sino el conocimiento común de que un determinado hecho en concreto no es verdadero, como que es notorio que la capital del Estado italiano no es Florencia.

toriedad, el juez participa del acervo de la experiencia común respecto del cual el hecho notorio ha pasado a formar parte (Silva, 1963: 57; Montero, 2005: 83).

No por nada, como señala Stein (1963: 57), se afirma que la discusión sobre la procedencia y naturaleza de las máximas de experiencia está estrechamente ligada a la noción de hecho notorio, al menos desde el punto de vista histórico (también en Montero, 2005: 83). De hecho, Calamandrei (1933: 579) indica variados puntos en común entre ambas nociones, que muchas veces se presentan como un fenómeno único.

Por su parte, Goldschmidt (1936: 259) considera que un hecho es notorio para el tribunal cuando es conocido por toda la judicatura, con toda seguridad, basándose tal apreciación no en individuos aislados sino en la generalidad de las personas (hechos de notoriedad general), o solo de las y los miembros del Tribunal, por su carácter oficial (hechos de notoriedad oficial). Respecto de los primeros, bastaría su conocimiento por un círculo local limitado de personas, por una clase determinada de la población, pero no por un grupo profesional en específico. El autor alemán también considera que el conocimiento privado del juez no basta para la notoriedad, «sino que hasta la perjudica», pues en estos casos en relación con el objeto de conocimiento el juez debería intervenir en calidad de testigo, no pudiendo ejercer su función jurisdiccional. Stein (1999: 178) señala que notorio quiere decir, pues, lo públicamente conocido. Lo que el juez o la jueza sepa en virtud de su secreto profesional puede serle *notorio*, pero no tiene la naturaleza de hecho notorio.

Se señala por la doctrina que los hechos notorios no precisarían de prueba (*notoria non egent probatione*), enfatizando que la notoriedad es una característica relativa pues varía en el tiempo y el espacio (Armenta, 2019: 193; Stein, 1999: 171; Calamandrei, 1933: 583). Aquí radicaría una de las diferencias entre el hecho notorio y las máximas de experiencia: mientras el primero es una alegación fáctica de carácter concreto, la máxima de experiencia estaría más cercana a la fisonomía de una regla no jurídica de carácter general (Abel, 2015: 97).

No es obligatorio que sea conocido por todo el mundo, aunque sí debe considerar a las personas con un grado de cultura medio, entre, en la que, por cierto, debe incluirse al juez (Palomo, 2014: 224; Carocca, 2000: 203; Montero, 2005: 83). Se trata simplemente de lo que es patrimonio de la experiencia y de la cultura en común (Silva, 1963: 57). Ahora, el conocimiento privado del juez o de la jueza no podría emplearse

si viniere de canales perceptibles anormales, como en el caso en que tuviese una sensibilidad acústica paranormal (Cordero, 2000: 11).

Sin perjuicio de las críticas que la noción de hecho notorio puede generar por su contenido peligroso, perjudicial (Couture, 2021: 192) y epistemológicamente poco preciso,¹⁵ incluso sobre el cual podría haber debate y recaer prueba,¹⁶ lo cierto es que es un concepto que puede ser dotado de contenido a partir de los trabajos de la doctrina procesal civil.

Para Couture (2021: 193), por ejemplo, estaría en un caso de hecho notorio si los contratantes acuerdan que el pago de la obligación de llevará a cabo «el día en que cambie el actual gobierno».

Como señala Taruffo (2008: 145), la facultad de utilización discrecional de hechos notorios en los procedimientos judiciales debe realizarse de una manera apropiada, no siendo posible que por esta vía se infrinja la garantía fundamental del debido proceso, lo que mandata en esta materia que las partes deben tener la oportunidad de ser escuchadas sobre el reconocimiento de este tipo de hechos.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española, en su artículo 281.4, prescribe están exentos de prueba los «hechos que gocen de notoriedad absoluta y general». Armenta (2019: 193) indica que la exención de prueba no es taxativa, aceptándose la posibilidad de que sea contradicha o sometida a refutación la notoriedad por parte de la parte no beneficiada. Sin embargo, la exención probatoria respecto de la prueba que recae sobre hechos notorios sí parece un deber que ha de ser satisfecho por la judicatura, en cuanto se trata de prueba impertinente o irrelevante (Carreras, 1962: 343). El juez o la jueza no podrá dejar de pronunciarse sobre la notoriedad cuando ha sido afirmada por una de las partes (Montero, 2005: 88).

El uso de la notoriedad de parte de la judicatura puede acarrear el riesgo de, en definitiva, determinar probado un hecho de acuerdo con

¹⁵ Calamandrei (1933: 559) dice: «Ciertamente si procuramos llegar hasta la raíz de todas las disputas que todavía se empeñan al derredor de la prueba de los hechos notorios, veremos que en gran parte provienen de la carencia de ideas precisas y generalmente acogidas en torno al alcance de este concepto».

¹⁶ Carocca (2000: 203) agrega: «El que sea “notorio” es una cuestión fáctica que a su vez podría ser objeto de alegaciones y pruebas, las que deberían rendirse en la audiencia de preparación del juicio oral. Y nuevamente, si se producen dudas sobre esta característica, debería considerarse controvertido para no limitar a priori al tribunal oral».

la aplicación de un estándar de conocimiento. Stein (1999: 170) ya daba cuenta de que los hechos notorios han sido objeto de una percepción individual, por lo que, si no fueran notorios, habría que probarlos por los mismos medios de prueba que se utilizan para probar otros hechos. Para Calamandrei (1933: 566) la calidad epistémica del hecho notorio se fundamentaría en que su definición debe buscarse antes y fuera del proceso. Es decir, cada esfera social presenta un patrimonio común de nociones que representan el resultado de una experiencia y de una crítica colectiva de forma que cada participante las acoge sin discusión porque participa de la *communis opinio* definitivamente formada dentro del mismo grupo acerca de la verdad de dichas nociones. Los errores individuales de una percepción aislada de los hechos se eliminan a través de la crítica del grupo social y el resultado de ellas daría cuenta de la noción de hecho notorio (Calamandrei, 1933: 581).¹⁷ Para el jurista italiano, en definitiva, un hecho notorio es un «hecho cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado sector social al tiempo de pronunciarse la resolución» (Calamandrei, 1933: 585).

La jurisprudencia ha señalado que es un hecho público y notorio «la existencia del covid»;¹⁸ «La situación de pandemia generada por el covid»;¹⁹ que «a consecuencia de la emergencia por la pandemia del covid se dispuso el cierre de fronteras»;²⁰ que es «un hecho público y notorio que la obtención del certificado de antecedentes penales venezolano, debidamente apostillado, tarda entre dos a cuatro semanas, sino más tiempo inclusive, cuestión que naturalmente escapa a la voluntad de la interesada»;²¹ «que es un hecho público y notorio que la pandemia se impuso como una realidad desconocida, de insospechados efectos iniciales por la fuerza de las circunstancias, lo que objetivamente afectó y continúa haciéndolo no solo a la comunidad nacional, regional o provincial, sino a todo el orbe, de lo cual empleadores como el reclamante no estaban

17 Agrega también: «Las nociones que componen este patrimonio adquieren así una autoridad que la afirmación individual no puede tener, porque llevan consigo la garantía de una depuración y de un control colectivo».

18 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, 04-10-2021, rol 186-2021.

19 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 29-09-2021, rol 9500-2021.

20 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 13-12-2021, rol 608-2021.

21 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 01-12-2021, rol 10550-2021.

exentos»;²² «Si bien es cierto que al artículo 43 del Decreto Ley 1.094 Ley de Extranjería establece que la permanencia definitiva caduca tácitamente si un extranjero permanece más de un año fuera del país, estas normas se deben aplicar en situación de normalidad, y en ningún caso bajo una pandemia que genera consecuencias en el funcionamiento del aparato estatal, sobre todo en Venezuela, siendo un hecho público y notorio la grave situación social que atraviesa»;²³ «El hecho anterior se encuentra establecido con el presupuesto 19.104, emitido por la empresa Varona, de 22 de enero de 2021, por la suma de \$1.169.770, que incluye los trabajos de desabolladura y pintura, del costado completo, foco y parachoque trasero, el que si bien no se encuentra suscrito ni ratificado por la persona que lo emitió, lo cierto es que esta Corte le dará valor, por ser preciso y grave al efecto, desde que aparece claramente la entidad emisora, siendo *un hecho público y notorio*, su establecimiento en esta ciudad, describiendo los rubros y valor a reparar respecto del vehículo que singulariza con la patente LZBL 90, reparaciones que resultan coincidentes con los daños expuestos en la fotografía de fojas 100, no objetada de contrario, sumado a la concordancia de la descripción de éstos en el parte policial de fojas 1, que indica daños en el parachoque y foco trasero quebrado».²⁴

De igual forma, le ha dado un sentido impreciso a la noción comentada como cuando se le confunde con una generalización o máxima de experiencia:

que resulta poco probable que estas transacciones hayan sido pagadas en efectivo y menos aún en un solo pago, toda vez que es un hecho público y notorio que dicha forma de pago ha ido quedando en desuso por la irrupción de otras forma de pago más prácticas y seguras, como el pago electrónico, transferencias bancarias o la suscripción de documentos, sobre todo cuando se trata de transacciones comerciales de millones de pesos, como las que se habrían realizados entre los ya referidos proveedores y el denunciado, las que ascienden a \$42.509.775, respecto del proveedor Comercializadora y Construcción JMA SpA, mientras que el pago en efectivo al proveedor Comercializadora y Construcción DA Conceicao SpA, fue por un total de \$93.034.200.²⁵

22 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, 19-11-2021, rol 231-2021.

23 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 16-11-2021, rol 9406-2021.

24 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coihaique, 15-12-2021, rol 49-2021.

25 Tribunal Tributario y Aduanero de Santiago, 13-12-2021, rol 20-9-0000741-9.

El empleo de un cierto estándar de conocimiento puede resultar en extremo peligroso, si no se adoptan algunos resguardos, por la indeterminación de los contornos de dicho estándar y de sus elementos esenciales. Es decir, así vistos, la categoría de hechos notorios es tanto ambigua como vaga, cuestión que resulta extremadamente perjudicial si se considera que el principal efecto de la aplicación de esta categoría es la ausencia de prueba sobre los mismos. No debe confundirse, a mi modo de ver, la utilización de un estándar de conocimiento con la circunstancia que en la propuesta original de Stein (1999: 178) el particular que ha percibido el hecho o que lo conoce a consecuencia de su divulgación generalizada se convierta en una persona fungible. En este segundo caso, a mi parecer, la notoriedad es difícil de ser circunscrita a un grupo cognoscente preciso, por la imposibilidad que existe de seguir el rastro a la transferencia incontrovertible de la información en relación con hecho. Ello no da cuenta de una estimación *ex ante* de lo que un determinado grupo de personas con determinadas características debiese o no conocer. Por ello, como señala Stein (1999: 179), se sigue que pueden ser notorios solo los grandes rasgos de las cosas, pero nunca sus peculiaridades.²⁶ Ahora, este último rasgo puede fundar una legítima crítica a la utilización de los hechos notorios en sede jurisdiccionales donde se exige la satisfacción de un estándar de prueba exigente, con una también exhaustiva motivación, como sucede en materia penal, por ejemplo. En estos casos, si se quiere utilizar la notoriedad, al menos no debiese ser utilizada en relación con los elementos esenciales del delito.

La importancia de la utilización de la noción de hechos notorios en la adjudicación es que estos manifiesten adecuadamente la falta de necesidad de prueba en relación con los mismo. Es decir, que la producción de prueba sobre ellos sea una circunstancia que exprese claramente su carácter de impedimento o entorpecimiento para la adopción de la decisión sobre los hechos con eficiencia, en el marco de las prerrogativas normativas atribuidas a las partes o intervinientes en los procedimientos judiciales. Es decir, la utilización de los hechos notorios debiese ser un «homenaje al principio de economía» (Couture, 2021: 193). En efecto, los hechos notorios pueden versar sobre cualquier enunciado fáctico

²⁶ Agrega también: «un hombre [sic] razonable nunca se declarará convencido de estas últimas mediante la percepción general o la trasmisión».

que desempeñe cualquiera función, ya sea como hecho principal o secundarios, como hecho auxiliar, etcétera (Stein, 1999: 170).

Lo anterior exige que los hechos notorios no sean usados simplemente como una vía de facto para evitar una adecuada justificación probatoria en la materia, pues ello se encamina directamente a generar un alto riesgo de aplicación de sesgos, estereotipos o generalizaciones espurias. Así, el correcto empleo de la noción de los hechos notorios no solo incluye una justificación vinculada con su identificación, sino también en relación con las características del círculo cognoscente o su fundamentación respecto de su pertenencia al grupo selecto de elementos de importancia a una determinada cultura circunscrita o a un ámbito de conocimiento. En efecto, no se puede asumir que el concepto de notoriedad equivale simplemente al de generalidad (Couture, 2021: 192). Es decir, se debe motivar los distintos elementos que fundan su carácter de notoriedad, por más innecesario que esto parezca.

Exclusión de la prueba ilícita e irregular

El concepto de prueba ilícita depende de la configuración propia de sistema normativo donde opera, dando cuenta la doctrina comparada que se no trata de una noción unívoca que, a su vez, sirve para incorporar patologías jurídicas en ocasiones notablemente diversas (Armenta, 2011: 34). Desde esta perspectiva, se podría hablar de prueba ilícita en un sentido amplio, como aquella obtenida con oposición del ordenamiento jurídico. En este sentido podría quedar incluidas las diligencias nulas, la inutilizabilidad, la prueba irregular y la obtenida con infracción a los derechos fundamentales. Por ejemplo, en el caso de inutilizabilidad, de claro origen italiano, se introduce en el artículo 191 del *Codice di Procedura Penale* de 1988 a partir de la cual se prohíbe la valoración de las pruebas obtenidas quebrantando las prohibiciones legales. Esta prohibición constituye un límite al libre convencimiento de la o el juez que excluye la posibilidad de formar su convicción sobre tales pruebas (Armenta, 2011: 42). Se distingue de la nulidad porque la consecuencia legal no versa sobre la validez del acto sino más bien sobre su valor probatorio, presentado un claro carácter procesal.

En relación con la prueba ilícita en sentido estricto, esta es aquella obtenida con infracción a los derechos fundamentales. El artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder judicial de España dispone que «no surtirán

efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales».

La exclusión de la prueba ilícita sin duda pone de manifiesto la importancia de la vigencia de los derechos fundamentales respecto de cuestiones procesales. Y ello, quizás, es una tendencia que se ha consolidado modernamente a partir de la influencia en la materia que ha tenido el sistema de justicia de los Estados Unidos y la cultura del *common law*. Lo anterior ha sido abonado, sin duda, por la tesis del control de convencionalidad, que tiene una gran importancia normativa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Sin embargo, la exclusión de prueba ilícita ya era observada como algo necesario con anterioridad, por derivarse de la interpretación de normas procesales ortodoxas (Silva, 1963: 69). La ilicitud probatoria encarna una antinormatividad cuya admisión la hace incompatible con los enjuiciamientos construidos sobre la base de las nociones más básicas de justicia. El sistema normativo no puede servirse de un medio de prueba cuya obtención expresa una negación del mismo, ni menos aún cuando ello tiene por objeto obtener un pronunciamiento jurisdiccional con efecto que cosa juzgada.

De otro lado, también la doctrina ha distinguido entre prueba ilícita y prueba irregular, para reservar a la segunda los casos en que la prueba obtenida haya sido solo producto de una mera contravención legal (Armenta, 2011: 52).

Claramente el desarrollo de la prueba ilícita en nuestro sistema normativo, aunque no de forma exclusiva, se ha dado principalmente en el ámbito de la justicia penal.

El artículo 276 del Código Procesal Penal, en su inciso tercero, señala que el o la jueza de garantía excluirá las pruebas que provinieren de: a) actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nula, y b) pruebas obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales.

Respecto del primero, es necesario que exista previamente una resolución judicial que haya declarado la nulidad de la actuación o diligencia con ocasión de la cual se obtuvo el medio probatorio. Ello, según se dispone el artículo 159 y siguientes del Código Procesal Penal.

En el segundo caso, se requiere que en su obtención se haya infringido una garantía fundamental. Al respecto conviene destacar que en el trámite legislativo del Código Procesal Penal no se determinó el sentido y alcance de las hipótesis de prueba ilícita (Castro, 2006: 430), recu-

rriéndose a una causal genérica que la jurisprudencia y doctrina debieran precisar en su contenido.

El fundamento que se cita es que, de forma evidente, el ejercicio del *ius puniendi*, debe ser legítimo también en la estructuración del procedimiento. Es decir, atenta contra el *fair trail*, que órgano institucional o una parte pueda utilizar todas sus prerrogativas institucionales para construir teorías del caso sobre la base de prueba obtenida con infracción a derechos fundamentales. Es decir, en este caso lo que se intenta cautelar es el principio de igualdad de armas en el enjuiciamiento o del debido proceso, además de la protección directa derivada del propio derecho fundamental transgredido. Por otro lado, especialmente en materia penal, se suele citar como fundamento la dignidad de la persona del imputado, pues un sistema de justicia penal de un Estado democrático no puede permitir que por medio de la utilización de prueba ilícita se destruya la presunción de inocencia del acusado (Cerda, 2015: 299). Por ello se afirma que las justificaciones de la regla de exclusión de la prueba ilícita se basan en finalidades extraprocesales o vinculadas con la validez del enjuiciamiento como elementos del sistema de justicia penal (Vera, 2015: 44 y 45). Desde esta perspectiva, la posibilidad de exclusión de prueba ilícita consagrada expresamente en el Código Procesal Penal es un gran avance para el sistema normativo chileno, incluso afirmándose que ello es una expresión de la «constitucionalización del Derecho procesal» (Cerda, 2015: 299).

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado:

Corte Suprema ya ha señalado que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo. En este sentido, se afirma que es obligación del Estado y, por ende, de sus órganos de persecución penal y de la judicatura, velar por el respeto de los derechos y garantías fundamentales, lo que se traduce en la exclusión de aquellos elementos probatorios obtenidos con infracción a ellos, en la medida que ella sea sustancial e influya decisivamente en el establecimiento del hecho punible o la participación del imputado.²⁷

²⁷ Sentencias de la Corte Suprema 23.930-2014 y 25.003-2014; 25-02-2022, rol 39575- 2021, considerando tercero.

Otro fundamento que se suele citar para la exclusión de la prueba ilícita es el de la finalidad epistemológica limitada de la averiguación de los hechos. En este sentido, se afirma que, si bien el proceso penal presenta como finalidad la búsqueda de la verdad de los hechos, ella no se puede obtener a cualquier precio (Cerda, 2015: 299). Por ello se afirma que, en relación con la búsqueda de la verdad, las reglas de exclusión de prueba ilícita pueden presentar una naturaleza contraepistémica o aepistémica.²⁸ Referido a lo anterior, también se suele citar como fundamentación el hecho de que la exclusión de la prueba ilícita debe realizarse con anterioridad a la celebración del juicio porque, de lo contrario, se asume un riesgo de contaminación de los jueces y las juezas que conocen del juicio penal. Es decir, aun cuando la prueba se declare finalmente ilícita, puede llegar a tener una fuerza persuasiva si se permite que sea rendida en el juicio y se declare su ilicitud en la sentencia definitiva, por ejemplo.

Ahora, la prueba ilícita también puede presentar debilidades como mecanismo de transferencia de información válida desde una perspectiva cognoscitivista de la prueba. En efecto, la admisión de prueba ilícita obtenida con infracción a la garantía fundamental no solo es un atentado contra los intereses anteriormente expresados, sino que, además, puede presentar poco peso epistémico, precisamente, por haber sido obtenido con infracción a los derechos fundamentales del imputado. Ello perfectamente puede afectar la fiabilidad o credibilidad del medio de prueba para corroborar ciertos enunciados fácticos referidos a la *notitia criminis*.

En relación con la prueba ilícita, particular importancia presenta los supuestos de obtención de medios de prueba de forma lícita, sobre la base de información obtenida de forma ilegal. En otro sentido, en este mismo grupo de casos se sitúa la problemática de obtención de medios de prueba lícitos derivados, a su vez, de un medio de prueba obtenido de

28 Por ejemplo, Ferrer (2007: 29). En relación con lo contraepistémico en que se puede tornar el proceso adversarial y sus reglas, como las *exclusionary rules*, véase, Haack, (2004: 52 y ss.); Haack (2003: 19); Ubertis (1995: 55); Taruffo (2010: 101); Gascón (2010: 118 y 119): «Se trata, por lo general, de reglas que, enderezándose primariamente a asegurar la tutela de determinados valores extraprocesales que se consideran relevantes, hacen prevalecer estos frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad. Son ejemplos de estas reglas la prohibición de prueba ilícitamente obtenida; la prohibición bajo “secreto de Estado”, de usar como pruebas ciertos documentos que puedan afectar la seguridad del estado [...] los *privileges* y otras *exclusionary rules* en el *law of evidence*».

forma ilícita. En el primer caso el problema se sitúa en la valoración del medio de prueba; en el segundo, respecto del medio de prueba *derivado* o *secundario*. En ambos casos no puede afirmarse, *a priori*, que los medios de prueba sean ilícitos para los efectos de su valoración probatoria, aunque si lo son las circunstancias que permitieron su obtención.²⁹

Existe acuerdo entre los diversos autores acerca del sentido del concepto de las prohibiciones de prueba. Sin embargo, hay disenso en lo referido a qué hacer con la prueba ilegítimamente obtenida. La duda recae en si la exclusión de la prueba ilícita se extiende a todas las probanzas que tengan relación con ella o solo al *corpus* de la infracción. Ante esa falta de acuerdo nace la doctrina de «los frutos del árbol envenenado» —frase fue acuñada por la jurisprudencia norteamericana en *Nardone vs. United States*, 308 US.338, 341 (1939)— que, a grandes rasgos, establece la imposibilidad de utilizar como prueba en juicio aquellos elementos obtenidos mediante la violación de garantías fundamentales. Más precisamente se vincula con la invalidez del uso procesal de datos probatorios, que, sin ser el *corpus* de la violación constitucional, se han podido conocer gracias a ella. Es decir, se trata de pruebas derivadas de otras genuinamente ilícitas o del efecto reflejo de la ilicitud en otras pruebas conexas (Armenta, 2011: 117). Según la jurisprudencia, «La mayor parte de la doctrina nacional y extranjera están contestes en que conforme a esta teoría, si en la obtención de una prueba incriminatoria se han vulnerado las garantías del debido proceso, la prueba obtenida o derivada de ésta debe igualmente invalidarse, pues proviene de una prueba ilícita».³⁰ La jurisprudencia también da cuenta de una cierta *superación* de la teoría de la conexión de ilicitud, para centrarse en la ilicitud singular, única y absoluta de los medios de prueba.³¹ De igual forma, así como la jurisprudencia en materia penal da cuenta de la aceptación de la teoría

29 Por ejemplo, para investigar un homicidio la Policía realiza una entrada y registro en el domicilio del imputado, pese a su expresa negativa y sin autorización judicial. Allí encuentran la llave que pareciera ser de una segunda vivienda del imputado. El Ministerio Público pide autorización judicial para realizar una entrada y registro en la segunda vivienda y encuentran el arma homicida con las huellas del imputado. El arma homicida con las huellas es la prueba secundaria o derivada de una primera diligencia ilícita (entrada y registro que permitió la obtención de la llave).

30 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 18-01-2021, rol 5993-2020.

31 Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 27-01-2020, rol 83-2020.

de los frutos del árbol envenenado,³² también reconoce que ella ha sido seguida por el desarrollo de diversas excepciones que desvanecen o interrumpen el vínculo causal entre la ilicitud constatada y la posterior obtención del material probatorio, como el caso de la teoría del «vínculo causal atenuado». Esta doctrina permitiría admitir la prueba derivada de actuaciones ilícitas cuando el vínculo entre la ilegalidad original y la prueba derivada es demasiado tenue.³³ La Corte Suprema ha señalado que fue

correcta la conclusión a la que llegaron los jueces en cuanto a que lo obrado con posterioridad constituyó una situación de excepción a la obligación de exclusión por prueba ilícita, [...] ya que existió saneamiento posterior o el denominado vínculo causal atenuado. En esta parte, la defensa no desconoce que existió la segunda declaración en la que el imputado repitió la misma información ya aportada y que dio detalles sobre el hecho y su intervención.³⁴

Se aplicó esta teoría, por ejemplo, al caso de la valoración de una confesión reiterada que, una vez ya efectuada la lectura de los derechos por los agentes policiales, desvanece o difumina el vínculo con la supuesta ilegalidad previa.³⁵ Otras excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado son la prueba con fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la buena fe.³⁶ La doctrina de la fuente independiente indica que se interrumpen los efectos derivados de ilicitud entre la prueba ilícita originaria y la derivada cuando no existe una vinculación directa entre ambas. No hay frutos envenenados si hay prueba válida independiente (Armenta, 2011: 122). De la fuente independiente derivan también las teorías de los «descubrimientos inevitables» y del «hallazgo casual». Respecto de la primera, el efecto derivado de ilicitud se neutraliza cuando la prueba habría sido encontrada de todos modos con arreglo al propio curso de las investigaciones. Por su parte, el hallazgo

32 Así, por ejemplo, Sentencias de la Corte Suprema, 11-06-2007, rol 1836-2007; 22-10-2014, rol 23.683-2014, 03-11-2015, rol 14.781-2015.

33 Sentencias de la Corte Suprema, Sala Penal, 21-08-2018, rol 14919-2018; 28-06-2018, rol 8332-2018; 07-08-2017, rol 27827-2017.

34 Sentencias de la Corte Suprema 31-12- 2013, rol 11.482-2013; 11-7- 2017, 19.008-17; 09-01-2019, 26689-2018, entre otras.

35 Sentencia de la Corte Suprema, 09-01-2019, rol 26689-2018.

36 Sentencia de la Corte Suprema, 21-02-2017, rol 100710-2016.

casual elimina la conexión de antijuridicidad, precisamente por lo intempestivo y inesperado del hallazgo que pone en duda el empleo de la prueba ilícita originaria para llegar a la derivada. En Chile, por ejemplo, el artículo 215 del Código Procesal Penal se refiere a ello, señalando que

Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán a su incautación, debiendo dar aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará.

En relación con la doctrina de la buena fe del transgresor, la neutralización del efecto de ilicitud de la prueba originaria respecto de la derivada se fundamenta en la creencia fundada y razonable del transgresor de estar obrando lícitamente (Armenta, 2011: 123), lo cual también pone en duda la utilización de la prueba originaria para la obtención de la derivada.

En el ámbito comparado español, también como límite a la teoría de los frutos del árbol envenenado, se ha articulado la tesis de la «desconexión de antijuridicidad». Para ella, el reconocimiento de la eficacia refleja de la prueba ilícita originaria ya no es solo suficiente con la existencia de una mera relación causal-natural. También ha de exigirse la existencia de una conexión de antijuridicidad, cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, del resultado y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud (Armenta, 2011: 124). El análisis de la conexión de antijuridicidad puede considerar una perspectiva interna (relevancia desde la perspectiva causal entre la vulneración del derecho fundamental y los efectos que conlleva directa e indirectamente). También es importante ponderar una perspectiva externa del análisis, considerando las necesidades de tutela del propio derecho fundamental que se infringe (Armenta, 2011: 124).

La extensión de la exclusión de la prueba ilícita puede ser diversa dependiendo el área del ordenamiento jurídico a la cual se refiere. Por ejemplo, en materia civil patrimonial, el Código de Procedimiento Civil no hace referencia expresa a ella, existiendo una tendencia negativa hacia el rechazo de este tipo de prueba basada en su ilicitud, que se resuelve en materia de decisión definitiva del asunto a falta de una etapa preparatoria definida en el procedimiento ordinario, ello, a diferencia

de lo que sucede, por ejemplo, con la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 (artículos 287.1 y 283). Ahora, no es posible compartir la falta de importancia de la prueba ilícita en materia civil, porque igualmente asiste a esta área del ordenamiento jurídico la misma necesidad de protección tanto del debido proceso como del resto de las garantías fundamentales. La vía a mi parecer idónea es, frente a la falta de texto expreso, entenderla incluida en la protección del debido proceso y el derecho a la prueba. En materia penal la cuestión aparece desde el punto de vista de la mención expresa del legislador como más clara. Sin embargo, el texto no parece cobijar la tesis de la exclusión de la prueba ilícita refleja o derivada, cuestión que debe ser abordada desde la integración normativa en relación con el debido proceso. En materia laboral el artículo 453.4 inciso final, que establece una prohibición probatoria, señala que «carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales». Es decir, la regulación de la prueba ilícita en materia laboral es amplia, dando un mayor espacio, incluso, para incluir en ella la ilicitud refleja. La jurisprudencia ha señalado:

El legislador en materia laboral ha dispuesto un sistema de control de admisibilidad de la prueba que, en caso de fracasar, se remedia durante el juicio impidiendo el adjudicador de hechos concederle valor a la evidencia obtenida con vulneración de derechos o garantías constitucionales, bajo apercibimiento de anularse el procedimiento o sentencia mediante el recurso de invalidación extraordinario y de derecho estricto contemplado en el artículo 477 del Código del Trabajo. Precisamente para asegurar la garantía constitucional a un racional y justo procedimiento (debido proceso), que respete los derechos esenciales, el legislador mandata al órgano jurisdiccional que excluya en sede de admisibilidad o no aprecie en sede de valoración, los elementos probatorios obtenidos directamente o indirectamente (prueba derivada según la teoría del fruto del árbol envenenado) de medios ilícitos o a través de actuaciones vulneratorias de derechos esenciales.³⁷

De igual forma, la Corte Suprema en materia laboral ha señalado:

37 Sentencia de la Corte Apelaciones de Concepción, 22-11-2021, rol 488-2021.

a juicio de esta Corte no existen argumentos para entender que la regla de exclusión en el orden laboral incorpora dentro de la noción de prueba ilícita aquella obtenida en abierta contravención a una norma de derecho o a un imperativo moral socialmente aceptado, con independencia de la inobservancia de garantías constitucionales, como propugna el fallo en análisis. Si bien la redacción del precepto es confusa, ya que parece proponer dos hipótesis distintas de no valoración, una relativa a aquella evidencia obtenida directa o indirectamente por medios ilícitos y otra atinente a violación de derechos fundamentales, lo cierto es que no existe constancia en la historia legislativa de que se haya pretendido innovar en el tratamiento de la exclusión de pruebas, más allá de lo que se ha entendido por parte de la doctrina como una consagración legal de la «teoría de los frutos del árbol envenenado», que por lo demás, desde un inicio ha tenido plena aplicación jurisprudencial en materia penal. La norma de exclusión propuesta por el mensaje 4 350, de 23 de septiembre de 2003, contenida en el inciso cuarto del artículo 458 del proyecto, es idéntica a la finalmente aprobada y que corresponde actualmente al artículo 453 número 4 del Código del Trabajo, sin que en la discusión del proyecto de ley se generara un debate en torno a las hipótesis de exclusión de prueba ilícita.³⁸

Por su parte, el artículo 31 de la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de familia al igual que en materia penal, permite la exclusión de prueba que haya sido obtenida con infracción a las garantías fundamentales. Sin embargo, sus términos son muy estrictos, no dando cabida desde su formulación expresa a la exclusión a la prueba ilícita de carácter reflejo o derivado.

Ahora, queda la discusión abierta si la exclusión de la prueba ilícita debe realizarse en todo caso, o —en especialmente en materia penal— solo sea una prueba que aporte datos contra reo. Para Cordero, la declaración de inocencia del imputado es algo demasiado importante como para ser sacrificada a los ídolos del procedimiento. En este sentido, ya no estaríamos hablando de una prohibición probatoria, sino más bien de una regla decisoria que prohíbe al juez asumir determinadas adquisiciones como premisa de una condena. Este argumento se ha usado para descartar la ilicitud de la prueba de descargo pues, no se puede permitir que un inocente sea condenado sobre la base de la declaración de la ili-

38 Sentencia de la Corte Suprema, 12-04-2018, rol 35159-2017.

cidad. Sin embargo, este tema no puede resolverse sin mayores matices (Cordero, 1963: 171) que permitan entrar de lleno —y en el caso concreto— a la ponderación de intereses en juego. En efecto, la discusión no puede zanjarse sin antes determinar con precisión cuál es la finalidad de la exclusión de la prueba ilícita en los diversos procedimientos judiciales y qué matices aporta —si es que ello es pertinente— la posición procesal de quien invoca la ilicitud.

Ahora, frente a la posibilidad de exclusión de la prueba ilícita, surge la discusión de si es posible subsanar en sede de decisión definitiva su aplicación cuando los mecanismos de exclusión han fallado. Es decir, no advirtiendo su presencia en sede de admisibilidad es posible adoptar alguna medida para neutralizar su valor probatorio. A ello la doctrina ha denominado la *valoración negativa* de la prueba ilícita que se fundamenta, además, en el igual celo de protección de los derechos fundamentales que asiste a las juezas y los jueces del fondo en comparación con los que conocen de la admisión probatoria.³⁹

La Corte Suprema ha señalado:

En este sentido, aunque el juez de la instancia haya afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación [...] Así, entonces, no resulta admisible lo manifestado por el representante del Ministerio Público en la audiencia de la vista del recurso, que sostuvo que a la prueba producida en el juicio no le eran aplicables los reproches que se formulan a los elementos que originaron la detención del imputado, ya que al haber sido declarada ilegal la detención por una actuación funcionaria que violó normas precisas y determinadas que regulaban el actuar policial, la ilicitud se extiende a todos los resultados generados cabalmente por ella, lo que en el caso de autos importaba *extender la exclusión por valoración negativa* de la prueba producida en la audiencia respectiva

Que de este modo, cuando el Juez del fondo valora en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes, revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debi-

39 Más antecedentes véanse en Cortés-Monroy, 2018: 661 y ss.

do proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo.⁴⁰

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha señalado:

En efecto, incluido que esté en el auto de apertura un elemento probatorio, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no posee la facultad de impedir que el mismo se presente, ni aun cuando considere que aquel ha sido obtenido con vulneración de garantías. No puede, por lo tanto, «excluir prueba». Sin perjuicio de ello, y conforme a las propias reglas que se contienen en el artículo 295 y siguientes del Código Procesal Penal, rendida que lo sea —la prueba— su valoración es de competencia plena de los jueces que conforman el tribunal, y ella puede ser tanto positiva *como negativa*, pues así lo establece el artículo 297 inciso segundo del Código Procedimental que obliga al tribunal a «hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiese tenido en cuenta para hacerlo». La «desestimación» de material probatorio puede tener variados motivos, y uno de ellos —sin duda— puede ser la ilicitud de su obtención y dicha declaración es factible de ser establecida por los juzgadores, en la medida que ello se realice en el procedimiento de valoración y fundamentación de su fallo.⁴¹

La cuestión es altamente compleja si se considera el diseño orgánico de los enjuiciamientos y el derecho a la prueba, que aconsejarían una interpretación estricta de las causales de exclusión y de su aplicación,

⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema, 22-10-2014, rol 23683-2014, considerandos octavo y noveno, las cursivas son nuestras.

⁴¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14-12-2021, rol 2446-2021, considerando cuarto, el destacado es nuestro.

no pudiendo ser posible la subsanación de su falta de aplicación. Pero también es cierto que al sistema de justicia le asiste precisamente ello: proporcionar justicia en la decisión final. Y ello claramente no se consigue si la decisión se basa en una prueba obtenida con infracción a los derechos fundamentales. Sin embargo, al igual que el caso de la ilicitud de la prueba de descargo, aquella que favorezca al empleador o demandado, también en estos casos hay que hacer un juicio de ponderación identificando adecuadamente los intereses en juego.

La Corte Suprema al respecto ha señalado:

es necesario precisar que constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental, en el artículo 19, número 3, inciso quinto, le confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los aspectos que contempla el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituye la facultad de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de los intervinientes y de recurrir contra toda sentencia que estime agravante a sus derechos. De este modo, el derecho de probar los aspectos de hecho de las cuestiones en discusión es consustancial a la racionalidad y justicia de todo procedimiento y, por consiguiente, nadie puede arbitraria o ilegalmente, privar a uno de los litigantes de la potestad de presentar y obtener la posibilidad de comprobar sus pretensiones.⁴²

En contra de la tesis de la valoración negativa, la Corte de Apelaciones de Coihaique ha señalado:

De ahí que resulta armónico colegir que los tribunales orales en lo penal carecen de la facultad para excluir prueba, sea por vía directa o mediante la «valoración negativa». Por lo expuesto la discusión sobre la prueba desestimada en su valoración en el juicio oral, a pesar de haber sido admitida por el juez de garantía, obtenida bajo una supuesta vulneración de derechos fundamentales, no resulta consistente con el sistema jurídico penal imperante, constituyendo el razonamiento plasmado en el considerando décimo primero de la sentencia impugnada, una erró-

⁴² Sentencia de la Corte Suprema, 31-12-2021, rol 41758-2021, considerando tercero.

nea aplicación de lo establecido en los artículos 181, 205, 216 y 228 del Código Procesal Penal.⁴³

En efecto, una mayor apertura hacia la recepción de la valoración negativa va en la línea de la aceptación del control de convencionalidad por parte de nuestros tribunales de justicia. Sin embargo, como ya he anotado, no debe dejarse de considerar la mejor forma de resolver la tensión entre los diversos intereses en conflicto de cara la justicia de la decisión.

La temática de la prueba ilícita reviste una excesiva complejidad que no puede entenderse agotada en la exposición precedente, ni corresponde en esta sede un mayor desarrollo sin apartarse del objeto de este trabajo.⁴⁴

Exclusión de la prueba inútil e inidónea

Para Armenta (2019: 197), la prueba inútil o inconducente es aquella que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso pueda contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. Por ello, tal tipo de prueba debe ser inadmitida. En efecto, el artículo 283.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace referencia expresa a ella.

En Alemania, según el §244, III StPO, los requerimientos de prueba pueden ser rechazados bajo cuatro grandes supuestos, uno de los cuales es de *inutilidad*. Esto es, cuando el medio de prueba es completamente inidóneo o es inasequible (*wenn das Beweismittel völlig ungeeignet oder wenn es unerreichbar ist*). La completa inidoneidad debe apreciarse de forma restrictiva y muy cautelosa (Peters, 1985: 309), entre otras razones, porque implica una anticipación de la valoración probatoria cuestión que en sí misma es peligrosa y ha sido advertido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina (Kühne, 2015: 508). Igualmente, debe ser apreciada en sí misma, con prescindencia de otros medios de prueba, debiendo existir una seguridad en su concurrencia. Según Göbel (2013: 175), la completa inidoneidad podría estar relacionada con la credibilidad o memoria en el caso de los testigos, pero en circunstancias muy

⁴³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coihaique, 23-07-2021, rol 168-2021, considerando cuarto.

⁴⁴ Para mayores antecedentes sobre la prueba ilícita en sede penal en Chile véase Zapata, 2004: 1 y ss.; Alvarado, 2014: 421-464.

específicas. Para Peters (1985: 309 y 310), la completa inidoneidad de un testigo puede basarse en cuestiones físicas (sordera, ceguera), psíquicas (enfermedad mental) o morales (enemistad con el acusado).

Para Maier (1996: 93), la utilidad es llamada en ocasiones relevancia, y no se mide por un solo parámetro. Solo uno de los sentidos, según el mismo autor, está vinculado con características empíricas. Ello ocurriría en el caso de los hechos notorios y sus significados próximos, como cuando se permite excluir la prueba por ser evidente o manifiestamente superabundante o superflua. Por su parte, para Binder (1999: 258), el tribunal tiene un poder de policía sobre el ofrecimiento de pruebas. Si la prueba es inútil, impertinente, superabundante o ilícita, el tribunal tiene la facultad de que esa prueba no se produzca. Para el mismo autor, la prueba inútil es aquella que no contiene información que sirva para probar las distintas hipótesis, a diferencia de la prueba impertinente, que contiene información no referida a la hipótesis de prueba.

Exclusión de la prueba dilatoria

La exclusión de la prueba dilatoria o sobreabundante muestra que, muchas veces, cuenta con más antecedentes de los necesarios para resolver el caso puede llegar a ser perjudicial para la finalidad de la búsqueda de la verdad. En efecto, una adecuada aplicación de una teoría racionalista de la prueba implicaría que el juez se haga cargo de la valoración y credibilidad de toda la prueba. Además, ello también resultaría imperativo desde el punto de vista del derecho a la prueba y del debido proceso. La prueba dilatoria o sobreabundante sobrecarga o aumenta las obligaciones de valoración probatoria que debiesen ejecutar jueces y juezas. Por ello desde el punto de vista de la ejecución de sus atribuciones puede ser perjudicial y atenta contra una justicia eficiente. Ahora, desde el punto de vista epistémico, la admisión de prueba dilatoria o sobreabundante dificulta claramente el arribo de la verdad de lo sucedido, porque establece un escollo importante para que los jueces y juezas puedan dar una correcta valoración probatoria desde el punto de vista de la valoración coherencial, de conjunto u holista de la prueba. La prueba dilatoria o sobreabundante, si bien puede versar sobre el objeto del proceso, se trata de piezas *incómodas* por su falta de utilidad que las juezas y jueces deben hacer calzar en el puzzle probatorio. Ello dificulta los efectos que pueda generar una valoración coherencial genuina de la prueba y, además,

sobrecarga la labor argumentativa para prescindir de dicha prueba al momento de justificar la decisión probatoria.

Por ejemplo, el artículo 363.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que «Cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado».

En el ámbito penal, en relación con la exclusión de la prueba testimonial o documental que presente riesgo de producir efectos puramente dilatorios, la tramitación del proyecto del Código Procesal Penal, por ejemplo y su redacción final no es muy feliz. Ello, pues no queda claro si es posible la exclusión solo en el caso de que la prueba dilatoria acreditara unos mismos hechos y fuera impertinente (hipótesis copulativa) o cuando se presentara, al menos, una de dichas circunstancias (hipótesis alternativa). Al parecer esta última opción es la que se empieza consolidar en la doctrina (Horvitz y López, 2004: 48)⁴⁵ y la cual también comparto, porque la prueba dilatoria, en los términos del Código Procesal Penal, es perjudicial en sí misma, aun cuando se refiera a hechos que pudiéramos estimar como pertinentes para el caso. Ahora, sea como sea, esta hipótesis de exclusión señala una clara opción legislativa por la celeridad procesal, a efectos que el juicio oral no se dilate innecesariamente con el consiguiente perjuicio de exponer al imputado, que ocupa públicamente el «banquillo de los acusados», a un enjuiciamiento cuya duración fuere injustificada.

45 Por su parte, Cerda (2015: 298) considera que el tema ha de ser resuelto caso por caso, tomando en cuenta, el o la jueza de garantía, los fines y principios del sistema sin olvidar el objetivo de depuración de esta fase del procedimiento.

Capítulo 3

La etapa de valoración probatoria

Sistemas de valoración probatoria

La actividad de valorar las pruebas en los procedimientos judiciales ha sido objeto de regulación por diversas normas a lo largo de toda la historia judicial. Y ello no solamente desde el punto de vista de enunciados particulares que regulen en específico una situación probatoria, sino también a nivel estructural o sistemático. Ello nos permite concebir a la actividad probatoria en su conjunto como un sistema donde se insertan diversos enunciados normativos, generales y particulares, que tributan directa o indirectamente a una configuración sistemática respecto de la labor probatoria que deben realizar los jueces y las juezas en los procedimientos judiciales.

La doctrina procesal distingue entre el sistema de prueba legal o tasada, prueba libre y de sana crítica.

Sistema de prueba legal

En el sistema de prueba legal o tasada, el legislador fija el valor probatorio del elemento de juicio. Dicho sistema regula legalmente el valor probatorio que se les asigna a los medios de prueba, imponiendo la obligación de fundamentar el juicio de hecho de la sentencia sobre la base de un razonamiento lógico fundamentado en el respeto de dichas reglas (Horvitz y López, 2004: 145). En este sentido, las disposiciones procesales prescriben las reglas para valorar las pruebas (Igartúa, 1995: 32). A través de las reglas de prueba legal el legislador atribuye *ex ante* un resultado probatorio determinado a un medio de prueba genérico (Ferrer, 2005: 45). Desde esta perspectiva, se fija taxativamente el valor a asignar cada uno de los medios de prueba y el juez o la jueza se limita a aplicar a la prueba los baremos establecidos por el legislador (Gascón, 2010: 141). Una de las características de esta forma de atribuir valor probatorio a los medios de prueba es que el legislador lo efectúa de manera general

y abstracta (Taruffo, 2009: 387) o referido a tipos de casos (Ferrer, 2007: 62), sin precisar un determinado resultado probatorio respecto de un enunciado fáctico en particular, sino señalando el mecanismo por medio de cual se arribe al mismo. Ello es una derivación de la aplicación de la filosofía escolástica en materia probatoria, en virtud de la cual debía primar lo abstracto y general por sobre lo concreto y lo particular (Montero, 2005: 550). La decisión judicial adoptada bajo este modelo no es más que el producto del cumplimiento de la prescripción legal (Ferrer, 2007: 62).

En general es posible atribuir dos funciones al sistema de prueba legal. En primer lugar, constituir un compendio de criterios probatorios fundados en la razón y en la experiencia, ya sea para facilitar la función de la jueza o del juez, o para generar una mayor seguridad jurídica en el ámbito de la valoración de las pruebas. En segundo lugar, el sistema de prueba legal también sirvió como instrumento para evitar excesos judiciales, especialmente, decisiones arbitrarias en lo que se refería al juicio de hecho, que no se fundaren en la razón o en la experiencia (Vásquez Sotelo, 1984: 452; Ferrer, 2007: 62; Horvitz y López, 2004: 146; Cerda, 2008: 26). El mayor o menor énfasis en cada una de estas funciones ha dependido de las circunstancias históricas y políticas que rodeaban la aplicación de este sistema, como así también en la articulación procedimental de los juicios en que se aplicaba.

En este sentido, parte de la doctrina procesal considera que una de las finalidades de la prueba legal era alcanzar una suerte de certeza objetiva (Montero, 2005: 547), con todo lo cuestionable que puede significar dicha asunción desde el punto de vista de la epistemología, la filosofía de la ciencia y, especialmente, desde las diversas posiciones filosóficas respecto del concepto de verdad como objeto del proceso. La prueba legal buscó eliminar la discrecionalidad de la judicatura mediante reglas probatorias tan objetivas que de ellas se derivaran lógicamente las decisiones de absolución o condena (Horvitz y López, 2004: 145; Cerda, 2008: 24).

El desvalor científico que actualmente posee el sistema de prueba legal puede llevar a configurarlo como un medio que emplea el legislador, basado en una cierta desconfianza en los jueces y las juezas, para restringir la libertad que estos poseen en el otorgamiento del valor probatorio de los medios. Es decir, como un cierto mecanismo de control para evitar excesos judiciales, como gran parte de la doctrina procesal suele tratarlo

(Taruffo, 2009: 388; Montero, 2005: 55 1). Sin embargo, muchas de estas normas no estaban construidas principalmente como un mecanismo de control respecto de los jueces, sino que, desde el punto de vista histórico original, recogían el parecer de prácticas generalizadas o el parecer de juristas teóricos (Taruffo, 2008: 133). Es decir, cuando se habla de prueba legal muchas veces se olvida que en el derecho común constituían el resultado de una cierta evolución de lo afirmado por juristas medievales y renacentistas (Taruffo, 2009: 389)¹ y que su contenido no necesariamente se basaba de forma exclusiva en el parecer de un determinado gobernante o fuerza política de turno con capacidad de limitar el actuar judicial por medio de reglas probatorias. Más que una finalidad de control, estas reglas se utilizaban como una forma de facilitar la labor de los jueces en relación con el juicio de hecho. Esa era una de las finalidades originarias que justificaba la presencia del sistema de prueba legal en el Código de Procedimiento Civil, como se describe en el Mensaje del proyecto de Ley de Código de Procedimiento Civil actualmente vigente: «La apreciación de las varias pruebas y de su valor relativo es materia de reglamentación especial, para que se facilite la tarea de los jueces en la elección del fallo». En sus inicios, la prueba legal consistía en una larga y compleja lista de reglas detalladas que establecían el peso de cada medio de prueba en específico, dejando muy poco o nula discrecionalidad al juez o jueza para valorar la prueba (Taruffo, 2008: 134). Hoy en día parte de la doctrina considera que el legislador objetiviza máximas de experiencia a través de ciertas reglas legales referidas a la valoración probatoria (Montero, 2005: 365).

El sistema de prueba legal se basaba en diversas premisas culturales, entre las que estaba el pensamiento filosófico escolástico y, posteriormente, el racionalismo humanista con sus intentos de ofrecer una estructura lógica y matemática formal a la valoración probatoria (Taruffo, 2008: 134; Montero, 2005: 550). Es decir, el sistema de prueba legal respondía al conjunto de valores de una determinada sociedad situada temporalmente y a sus creencias (Montero, 2005: 550). En esta misma línea, parte de la doctrina atribuye al sistema de prueba legal también una función de seguridad jurídica (Vásquez Sotelo, 1984: 452), pues se

1 Agrega el autor: «Es verdad que la *opinio doctorum* se considera fuente del derecho, pero resulta en todo caso significativo que no sea la ley sino la cultura jurídica la fuente primaria y esencial del fenómeno de la prueba legal».

trataba de reglas y principios tomados de la razón y de la experiencia con el objeto de generar una cierta previsibilidad de las decisiones del juez o jueza y evitar la arbitrariedad en la valoración de las pruebas.

Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que dichas reglas no son ni han sido reglas empíricas en sentido estricto, sino más bien reglas *paraempíricas* (que se fundan en regularidades empíricas), reglas *no-empíricas* (que exigen considerar como reales ciertos hechos cuando no se demuestre lo contrario) o reglas *contraempíricas*, que son aquellas que desafían a lo que la experiencia enseña (Igartúa, 1995: 32).

Por otro lado, para Stein (1999: 43), las reglas de prueba legal sustituían la experiencia individual y la opinión del juez por ciertas «experiencias promedio».² Esta búsqueda de seguridad dentro de la incertidumbre propia de las decisiones probatorias puede explicar por qué este sistema ya estaba bien presente en el siglo XIII (Taruffo, 2009: 388), y dominó el derecho probatorio europeo hasta finales de siglo XVIII (Taruffo, 2008: 134). La prueba legal acompañó la experiencia procesal de la inquisición desarrollada en toda Europa continental (Ferrajoli, 2014: 135).

El sistema de prueba legal, desde el punto de vista histórico, estuvo presente en el Libro III, títulos dos y siete del Fuero viejo de Castilla, en el Libro II, título ocho, leyes siete y nueve del Fuero Real de España, en la Partida Tercera (título diez y seis, ley ocho y siguientes, y en El Espéculo en su Libro IV, título siete, leyes tres y treinta y dos (Vásquez Sotelo, 1984: 449). La virtualidad del sistema de prueba legal según lo recién indicado puede explicar su mantenimiento por largo tiempo en los ordenamientos jurídicos del *civil law* y, también, por qué todavía en Chile tiene concreciones normativas positivas de tal importancia como las contenidas en el proceso civil chileno del Código de Procedimiento Civil.

La existencia de reglas detalladas que establecían determinado peso positivo o negativo de la prueba transformó a este sistema en una especie de estructura algebraica o método de cálculo donde el hecho probado —y, por tanto, verdadero— era aquel que presentaba un valor positivo respecto de la adición de todos los *pesos* probatorios de las pruebas que

2 El autor agrega: «y si bien el derecho vigente ha ampliado sustancialmente el campo de discrecionalidad judicial, renunciando por completo a influir en la apreciación del juez, el valor interno de aquellas reglas (reglas de prueba legal), injustamente calumniadas en el movimiento de reforma, se ha cuidado, sin embargo, de que, aun sin coacción, sigan aplicándose». El paréntesis es nuestro.

se referían al hecho de acuerdo con las reglas legislativas (Taruffo, 2008: 134). Todo ello no solo provocaba problemas *epistémicos* en relación con la corroboración de ciertos enunciados fácticos con la realidad (en términos de verdad por correspondencia), sino también ponía en entredicho la labor del juez haciéndolo aparecer como un mero autómatas obligado a adoptar una decisión con independencia de sus convicciones (Damaška, 2015: 34). El sistema de prueba legal supone una reducción a la mínima expresión de la función juzgadora de la jueza o juez (Ferrer, 2005: 44) o su discrecionalidad subjetiva en la atribución del valor de cada elemento de prueba en concreto (Taruffo, 2009a: 391). La codificación simplificó este método de cálculo elaborado por los juristas que constituía la prueba legal, basándose en una técnica que hacía más rígida y formal la valoración probatoria: señalar que un determinado tipo de prueba producía resultados vinculantes e incontestables (Taruffo, 2009a: 392). A esta etapa del sistema de prueba legal corresponde su caracterización como «deducción enmascarada» o como aquel sistema donde los datos probatorios permiten deducir inimpugnablemente por medio de un juicio infalible y superior resultados probatorios (Ferrajoli, 2014: 134). Sin lugar a duda, el sistema de prueba legal de la codificación fue la peor versión científico-jurídica y epistemológica del sistema de prueba legal. Tanto así que correctamente la doctrina ha establecido una cierta equiparación entre esta versión de la prueba legal y las ordalías en cuanto ambas tratarían de pruebas en un sentido formal, con cierta distancia de lo acaecido en la realidad (Horvitz y López, 2004: 147). Ello, entre otras razones, contribuyó a explicitar la necesidad de cambio evidente hacia un sistema de apreciación probatoria más desarrollado, pues algunas prácticas condujeron al quiebre del sistema, tanto desde el punto de vista gnoseológico como moral (Andrés, 1992: 278).

El sistema de prueba legal pretendía una cierta racionalidad, una pretensión de objetivar (Andrés, 2015: 253), de momento que se planteaba como una opción al irracionalismo probatorio cuya expresión más palmaria puede encontrarse en las Ordalías o Juicios de Dios (Taruffo, 2008: 134; Maturana, 2014: 73; Taruffo, 2009a: 388). Si bien las ordalías o juicios de Dios y prueba legal o tasada se corresponden con supuestos de «prueba formal» (Ferrajoli, 2014: 136), la segunda presentaría una mayor racionalidad respecto de la primera por basarse en leyes de la naturaleza o máximas de la experiencia (Gascón, 2010: 14). En efecto, las Ordalías se basaban, por un lado, en la ignorancia y, por otro, en la superstición.

En relación con lo primero, pues el desconocimiento era abundante en torno a las leyes que explicaban la naturaleza, especialmente en lo que decía relación con los conceptos de causa y efecto de los fenómenos de la naturaleza. En relación con lo segundo, pues producto de una cultura teocéntrica, todo dependía del Dios (Montero, 2005: 549).

Asumiendo lo anterior, también es incorrecto afirmar, como parte de la doctrina procesal lo ha hecho, que las reglas de prueba legal en sentido estricto tienen su origen en las ordalías, pues, como bien anota Montero, las reglas legales de valoración de la prueba no tienen relación alguna con la prueba ordálica (Montero, 2005: 549).

Es más, es posible afirmar que el sistema de prueba legal presentaba una intención originaria que hoy en día podría ser conceptualizada de *epistemológica*, de momento que por medio de la aplicación de estas reglas se pretendía arribar a la verdad real y no a un resultado probatorio de validez *endoprocesal* expresamente diferenciado de la significación fáctica que dichos hechos tenían en la realidad. Si se acepta como válida la asociación entre sistema de prueba legal y proceso inquisitivo (Vásquez Sotelo, 1984: 443), se podrá advertir que esta concepción autoritaria del proceso era un instrumento capaz de procurar una verdad no probable, sino real sobre los hechos, incluso apta para justificar el recurso al tormento (Andrés, 1992: 277).

Sin embargo, como es ya sabido, el problema estuvo en la concreción del modelo y su aplicación práctica. Por otro lado, las dificultades se acrecentaron con la posterior simplificación del sistema original de prueba legal producto de la aplicación de los principios técnico-legislativos que inspiraron al movimiento de la codificación la que llevó, entre otras consecuencias, a la imposibilidad de desmarcar totalmente dicho resultado de modelos probatorios irracionales de tipo mágico o arcaico ya mencionados.³ En efecto, algunos autores consideran que el éxito de la codificación como movimiento estuvo muy estrechamente relacionado con que los nuevos códigos recogieran, al menos indirectamente, el derecho tradicional de la época (Guzmán Brito, 2017: 29), lo cual implica, a

3 En este sentido, Ferrajoli (2014: 135) señala: «La idea de la prueba como “suficiente” (de la prueba legal), gracias a su conjunción con una norma, para garantizar deductivamente la verdad de la conclusión fáctica, no obstante, su aparente racionalidad, en realidad es idéntica a la que fundamenta las *pruebas irracionales* de tipo mágico y arcaico: la ordalía, el duelo judicial, el juramento, la adivinación». El paréntesis es nuestro.

su vez, determinar hasta qué punto la técnica de la codificación aplicada al derecho tradicional, en algún sentido, significó una reelaboración de este.⁴ Por supuesto, ello también afectó a las normas probatorias; entre ellas, el criterio de la tasación del valor probatorio de los medios.

La prueba legal de la Codificación —bastante trastocada de sus finalidades originarias, en el contexto de las discusiones políticas instauradas por la Revolución Francesa que afectaron también a la función judicial—, sirvió para ver en ella una forma de control judicial y de reducción del peligro ínsito de la arbitrariedad subjetiva del juez o la jueza (Taruffo, 2009a: 388). Aunque ausente de los modelos originarios, la prueba legal fue algo característico de los Estados absolutistas donde los jueces actuaban por delegación del titular del poder absoluto que pretendía controlar lo que hacían quienes administraban justicia en su nombre (Montero, 2005: 551). Y, en este sentido, la Revolución Francesa hizo más evidente la función de control de las normas de prueba legal, aunque no por ello se altera su sustancia de vehículo de recolección de ciertos criterios probatorios para facilitar la labor del juez.

Las críticas realizadas en el periodo de la Revolución Francesa terminaron por generar un resultado paradójico, pues no se eliminó por completo la arbitrariedad en la aplicación de las reglas de prueba legal al juicio de hecho, sino que se trasladó dicha arbitrariedad desde el legislador que fija las reglas de prueba al jurado⁵ o juez que decide la causa, como lo muestran todas las críticas a la íntima convicción. Ahora, sin perjuicio de lo anterior, no se puede desconocer que la codificación europea transforma la racionalidad de la prueba legal en un fenómeno normativo, positivo (Taruffo, 2009a: 391), destacando a partir de aquí el carácter de reglas legales fijadas por el legislador con casi absoluta prescindencia del carácter doctrinario del contenido de algunos elementos de sus normas.

4 Guzmán Brito (2017: 28) plantea: «El problema es este: en qué medida, con técnica codificadora, se recogió el derecho tradicional; en qué medida el derecho tradicional fue reelaborado bajo técnica codificadora. Naturalmente en este va implícito preguntarse también por la medida en que el derecho ya codificado en Europa fue recogido en los nuevos códigos americanos».

5 Sobre el sistema de jurados véase Fletcher y Sheppard, 2005: 245.

Sistema de prueba libre

El influjo de la revolución francesa fue el impulso final que catapultó al sistema de prueba legal a ser considerado algo intelectualmente desacreditado y políticamente sospechoso (Damaška, 2015: 37). La prueba legal, en el marco de las críticas al proceso inquisitivo en su conjunto, fue duramente criticada desde los presupuestos político-filosófico de la Ilustración (Andrés, 1992: 279; Vásquez Sotelo, 1984: 453 y 454). En el ámbito penal, pareciere ser que todos los aspectos positivos de la prueba legal fueron neutralizados por las críticas que se hacían en contra de los procedimientos penales inquisitivos, que se mostraba como el contexto de aplicación propio del sistema legal, y que personificaba los desacuerdos políticos más sensibles como instrumento de aplicación del Derecho penal.⁶

La falta de resultados estimables a partir de las reglas de prueba y el atractivo de la apreciación en conciencia propio del sistema de jurado inglés, desembocaría, según Andrés (2015: 254), en la adopción del criterio de valoración según la libre convicción del jurisdicente que tampoco estuvo libre de críticas, pues se tradujo en la consagración de la máxima discrecionalidad o de un completo arbitrio, totalmente alejada de esa «convicción razonada» que se buscaba.⁷ En este sentido, la libre convicción abandonó su finalidad originaria de actuar como presupuesto indispensable de la prueba en el proceso, entrando en contradicción con ella, y haciendo vana toda su función normativa (Ferrajoli, 2014: 139). Sin embargo, la íntima convicción o apreciación en conciencia sigue siendo estimada por parte de la doctrina procesalista, desde el punto de vista histórico, como una «conquista jurídica» frente al caduco sistema de las pruebas legales o tasadas, propio del viejo sistema procesal inquisitivo (Vásquez Sotelo, 1984: 443; Horvitz y López, 2004: 146 y 147).

6 Vásquez Sotelo (1984: 453) comenta: «Pero el paso hacia el nuevo sistema era fácil de dar y además necesario darlo, tras el pensamiento jurídico y político que siguió al Siglo de las Luces y se extendió por toda Europa. Porque el método de la prueba legal, que ofrecía indiscutibles aspectos positivos, como el de la seguridad jurídica, funcionaba dentro de un mecanismo procesal inspirado y articulado por: la prueba legal, el tormento, el poder absoluto del Juez, la falta de derechos absolutos en la defensa, el procedimiento escrito y secreto [...], principios y criterios todos ellos incompatibles con aquellas nuevas “luces” jurídicas y políticas».

7 También Ferrajoli (2014: 139): «Y ha terminado por transformarse en un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces».

En efecto, el paradigma histórico de la libertad probatoria, especialmente en los sistemas continentales, es el elaborado por los ideólogos de la Revolución Francesa que vinculaban la libertad probatoria con la decisión de un jurado y acabó convirtiendo la libre valoración en una mera declaración de voluntad, más allá de alcanzar una determinada certeza o grado de conocimiento (Montero, 2005: 554). El cambio del sistema de prueba legal, en el marco del absolutismo, no podía significar otorgar la libertad probatoria a los mismos jueces que formaban parte del aparato despótico. Ello explica por qué esta libertad probatoria no iba a ser concedida a los mismos jueces de antaño sino a nuevos jueces, que representaran al pueblo, como sucedía en el *common law* con el jurado, apareciendo de este modo con mucha fuerza la institución de los Jurados Populares (Vásquez Sotelo, 1984: 456). Desde esta perspectiva, que el jurado fallara de acuerdo con su íntima convicción, más que expresar un tecnicismo procesal, era indicativo de toda una nueva maquinaria judicial, en el marco de un Estado republicano. Si el jurado es popular, es de lógica que no se le pueda pedir que fundamente racionalmente su decisión, como sí podría suceder con un tribunal colegiado de jueces juristas. En este sentido, el convencimiento de un jurado popular tiene que ser consecuencia de una inspiración u opinión más que un convencimiento racional y metódico, por ello no ha de extrañar que la ley francesa haya exigido a los jurados expresar honestamente su opinión o creencia, de acuerdo con su conciencia y su íntima convicción, con la imparcialidad y la firmeza que son adecuadas al hombre libre (Vásquez Sotelo, 1984: 457).

En este sentido, el sistema de valoración probatoria contenido en el *Code d'instruction Criminelle* de 1808 —circunscrito siguiendo a Guzmán Brito al primer período de la codificación (Guzmán Brito, 2017: 29)—, se basa en la soberanía del Jurado y en la imposibilidad de establecimientos de reglas que limitaran su decisión. La íntima convicción presuponía, por un lado, que la valoración probatoria libre no fuera una decisión sino una declaración de voluntad, y que dicha declaración no tenía por qué ser motivada, por otro (Montero, 2005: 554). En otro sentido, la existencia de un veredicto del jurado sin necesidad de motivación también se ha considerado un bastión de la libertad probatoria en el ámbito del *common law* (Damaška, 2015: 34).

En otro sentido, las razones políticas que abogaron por la libertad probatoria luego de la Revolución Francesa también fueron apoyadas

por razones más técnicas, pues parecía ser que el tema de la prueba era una cuestión demasiado compleja para someterla a las riendas del legislador y sujetarla a corsés normativos (Damaška, 2015: 37). En efecto, era perfectamente posible que un juez sometido a una prueba legal, como señala Vásquez Sotelo (1984: 451), pudiera advertir, por un lado, que era el rico el que mentía, acaso por codicia, y que era el pobre el que afirmaba la verdad, por otro. Sin embargo, frente a esta situación, igualmente fallar en contra del desfavorecido, en contra de su conciencia, por su deber de sujeción al férreo corsé de valoración probatoria establecido por el legislador. Esta disonancia entre lo sucedido en la realidad y lo decidido en el proceso es una de las razones que abogaron por la supresión del sistema de prueba legal e instaló la necesidad que de la prueba en el proceso estuviera condicionada a la búsqueda de la verdad a veces llamada, también, material.

La doctrina suele identificar el inicio de la libertad probatoria con la aplicación de la íntima convicción, en virtud de la cual se creía que la convicción interna del juez era suficiente para justificar un veredicto. A esta época corresponde la famosa frase de Ferrajoli (2014: 139), quien considera que el abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción se corresponde con «una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimente de la historia de las instituciones penales», por haber sido entendida como un criterio discrecional de la valoración que, en lo teórico y práctico, permitía eludir el enorme problema de la justificación de la inducción generada entre prueba y resultado probatorio. Así, la libertad probatoria entendida como íntima convicción terminó por transformarse en un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces (Ferrajoli, 2014: 139) o, más que una actividad racional, terminó por convertirse en un momento místico (Andrés, 1992: 280; Cordero, 2006: 600 y ss.). Sin embargo, el reinado de esta visión no duró mucho por diversas razones. Por ejemplo, en Francia, el sistema de jurado con íntima convicción fue reemplazado en 1808 por un modelo mixto (inquisitivo y acusatorio) en donde se integra, también, la íntima convicción. Ello, como explica Ferrajoli, derivó en la construcción de un monstruo, nacido del acoplamiento del proceso inquisitivo y del acusatorio, sumando los defectos de uno y de otros y comprometiendo un principio común de ambos: la decisión del juez *iuxta alligata atque probata* (Ferrajoli, 2014: 140).

La situación descrita anteriormente hizo necesario, tomando en con-

sideración los fundamentos técnicos y no políticos, una reelaboración de la libertad probatoria que permita, por un lado, un control intersubjetivo de la decisión, y por otro, una explicación de la decisión de acuerdo con parámetros racionales. Esta tarea es emprendida por las corrientes que toman en consideración los modelos inductivos de generación de conocimientos y lo trasladan a la teoría de la prueba, como la tradición racionalista de la prueba en el mundo anglosajón o las corrientes de la probabilidad lógica o inductiva, de clara raigambre anglosajón, pero ya abiertamente continentalizadas. En otro sentido, la intención de reformulación también ha sido intentada al interior de la doctrina procesal, ya sea del reemplazado por la noción de libertad probatoria por el sistema de sana crítica, ya sea por la integración de ambos a través de sistemas o modelos mixtos. En este sentido, Nieva sugiere que probablemente los ideólogos de la revolución francesa tuvieron acceso a ciertas obras jurídicas traducidas, como las de Blackstone y las de Bentham. En este mismo sentido, Andrés (1992: 279) considera que la experiencia procesal inglesa, que confiaba en la razón y revalorizó el sentido común, a través de las obras de Filangieri y el propio Bentham, cristalizan de forma paradigmática en la obra de la Asamblea Constituyente Francesa. De igual forma, Vásquez Sotelo señala que Montesquieu bebió de la experiencia inglesa para contrastar su régimen de libertades con el que imperaba en su país, generando con ello el traslado del jurado inglés a Francia y la modificación, *in toto* del procedimiento penal galo (Vásquez Sotelo, 1984: 456).

No extraña que los teóricos de la Revolución Francesa hubiesen adherido a los fundamentos de las teorías racionalistas de la prueba, dentro de los cuales, como Bentham, defendían la libertad probatoria y por tanto la derogación de reglas probatorias (especialmente de exclusión) basado en el fundamento de que la probabilidad de alcanzar una decisión correcta respecto de la verdad sobre los hechos aumenta en la medida en que lo hace la información de lo ocurrido (Ferrer, 2010: 12). Es decir, no es de extrañar que la versión continentalizada de la libertad probatoria, cuya expresión más estricta puede encontrarse en la íntima convicción, se haya basado, en parte, en el movimiento Free proof de las corrientes racionalistas de la prueba de vertiente anglosajona. En efecto, es posible que la íntima convicción haya dado especial énfasis al abolicionismo del derecho probatorio propugnado por el movimiento Free proof, por sobre la racionalidad de la valoración de la prueba en au-

sencia de norma legal que también propugnaba el mismo movimiento. Desde esta perspectiva, según las corrientes racionalistas de la prueba, la libre valoración es libre solo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración, pero no así respecto de los criterios generales de la lógica y de la racionalidad que son necesarios para juzgar el apoyo empírico que brinda un elemento de juicio respecto de una hipótesis determinada (Ferrer, 2010: 8 y 9).

Como expresa Taruffo, el tránsito desde la prueba legal a la libertad probatoria implica una transición de una forma racionalidad a otra. En este sentido, la libertad probatoria trata de una racionalidad moderna, libre de vínculos formales, basada en la lógica de la probabilidad, inspirada en criterios científicos y en el sentido común, flexible y adaptable a las exigencias de la verdad empírica (Taruffo, 2009a: 395). En este sentido, la libertad probatoria hoy es de carácter racional, pues es la única que otorga garantía de justicia de la decisión por medio de su entendimiento intersubjetivo y controlable (Taruffo, 2008: 137) por medio de recursos. Desde esta perspectiva, la libertad probatoria entendida de esta forma presenta muchos elementos comunes con la sana crítica, en virtud de la cual el juez valora la prueba de acuerdo con los principios de la lógica, las máximas de experiencia y conocimientos científicamente afianzados. Por ello no ha de extrañar, entonces, que la doctrina haya hecho ver que, en definitiva, son solo dos los sistemas de valoración probatoria: el de la prueba legal y el de la libertad probatoria (Igartúa, 1995: 32 y ss.).⁸ En efecto, aun cuando estemos en presencia de la visión más estricta de la libertad probatoria de la íntima convicción como mera decisión sin motivación, parece difícil que el juez pudiera sustraerse del todo de las reglas de lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos para valorar la prueba, especialmente atendiendo que como sujeto humano no puede desconocer su configuración psicológica. Esta incluye, por ejemplo, diversas herramientas de toma de decisión, que operan como un mecanismo adaptativo del ser humano a su entorno, dentro de las cuales, por cierto, se puede encontrar estructuras lógico-causales para entender el mundo, como veremos *infra*. En efecto, Vásquez Sotelo, especialmente para el proceso penal español regulado en la Ley de

8 En este sentido Nieva (2010: 89) dice: «aquello que se deduce de la sana crítica no difiere en absoluto de lo que pretende la *intime conviction* o la *freie Beweiswürdigung*».

Enjuiciamiento Criminal, considera que la íntima convicción (artículo 741) debe ser entendida como una «persuasión racional» explicada o motivada en la sentencia, acorde con una concepción dialéctica y argumentativa de la prueba, que bajo ningún punto puede significar un modo de proceder libérrimo y omnímodo que no tiene freno alguno, como postulaba antiguamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en la década de los años 70 del siglo XX (Vásquez Sotelo, 1984: 461 y ss.).⁹

La racionalidad de la valoración de la prueba, con diversos significados y alcances, ha sido el denominador en todo el *iter* histórico de la valoración probatoria, desde la prueba legal, pasando por la íntima convicción hasta llegar al racionalismo probatorio de nuestros días de clara raigambre anglosajona. En efecto, como señala Vásquez Sotelo (1984: 464), en la misma Francia revolucionaria, por ejemplo, y aun considerando la nueva justicia por jurado, en la íntima convicción no ha estado ausente la remisión a la razón y a la lógica. Lo mismo cabe afirmar de la recepción germana de la íntima convicción que, por medio de la *Freie Beweiswürdigung*, construyó un límite para eliminar todo subjetivismo judicial, entendiendo la libertad probatoria como libertad de estimación moral o racional (Vásquez Sotelo, 1984: 465).

En efecto, una valoración libre pero racional de la prueba significa proporcionar razones intersubjetivamente compartidas y controlables acerca del grado de confirmación de una determinada hipótesis fáctica. Ello se producirá, principalmente, a través de la aplicación de las reglas de la lógica, de la epistemología y de los criterios de racionalidad, que nos permiten conectar por medio de inferencias un determinado medio de prueba incorporado al juicio, con un resultado probatorio pertinente y relevante para la corroboración de un determinado enunciado fáctico.

La valoración racional de la prueba, según Ferrer (2007: 64), presenta ciertas notas características, como la utilización del método de la corroboración y refutación de la hipótesis para valorar la prueba, la defensa de un versión débil o limitada del principio de inmediación, una fuerte exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos y la defensa de

⁹ Ahora, no es muy feliz la conceptualización del racionalismo probatorio a partir del vocablo «persuasión» que, perfectamente puede ser confundido con una adhesión a la concepción subjetiva de la prueba que, por cierto, es rechazada por todos aquellos que defienden una valoración racional de la prueba.

un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores.

En efecto, aún en el ámbito de la libertad probatoria, para Ferrer exigencias normativas como las derivadas del Derecho a la prueba exigirían la aplicación de las reglas de la epistemología o la racionalidad general para efectuar la valoración de la prueba (2007: 53).

Sistema de la sana crítica

En un primer momento, el sistema de sana crítica puede ser tenido como aquel que permite la valoración de la prueba en conciencia, pero de una forma racional. El sistema de la sana crítica es la vertiente procesal del énfasis de la utilización de la racionalidad para valorar la prueba. Es decir, se trata de conseguir una valoración probatoria objetiva, lógica e intersubjetivamente controlable.

La Corte Suprema, al respecto, ha señalado:

Doctrina y jurisprudencia están contestes en que la apreciación de la prueba en conciencia significa autorizar a los tribunales para hacer de esta una apreciación racional, con recta intención y conforme a la sana crítica, sin estar obligados a someterse a las normas legales establecidas para valorarla. [...] Ahora bien, la evaluación de la prueba en conciencia no libera al tribunal de respetar las demás reglas sustantivas en materia probatoria, tales como, cuáles son los medios de prueba, su admisibilidad y la carga o distribución de la misma, lo que conduce a sostener que conculcados los cánones que gobiernan dichos tópicos puede ser objeto de control por la vía extraordinaria de la casación.¹⁰

El igual sentido nos señala el máximo tribunal que:

la apreciación de la prueba en este tipo de materias, según lo dispone la ley, debe efectuarse conforme al sistema de la sana crítica, el que, a su vez, se traduce en un proceso mental que realiza el juez, que consiste en un examen de los elementos probatorios del juicio, el cual debe conducir lógicamente a la conclusión que se encuentra vertida en la decisión que adopte, de manera tal que pueda justificarse ante los destinatarios de la misma, tarea que, como reiteradamente se ha sostenido, es ajena a las facultades de este tribunal de casación, y solo será abordable en

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema, 06 de septiembre de 2016, rol 9086-2015, considerando séptimo.

aquellos casos en que el juzgador al realizar la labor de valoración de prueba quebrante los principios que conforman el sistema de la sana crítica, esto es, los de la lógica, máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados.¹¹

La Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que:

Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia en relación con la sana crítica, esta exige que el juez o la jueza valore razonadamente la prueba, en tanto se debe aportar razones de por qué se da por probado un hecho. Y al ser la razón un elemento intersubjetivo y basarse la misma en los elementos presentados en el proceso, el sistema presenta rasgos de objetividad. En consecuencia, al guardar el razonamiento probatorio del juez conexión y concordancia con la prueba, la valoración cuenta con un respaldo lógico. Por ello es posible sostener que la sana crítica es un sistema que atiende a parámetros objetivos —o al menos intersubjetivos— en la valoración.¹²

En relación con el control de la infracción de estas normas en sede penal, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado:

Que el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal contempla la exigencia de la motivación fáctica de la sentencia, que tiene por finalidad permitir la reproducción del razonamiento empleado por el juez en su sentencia, asegurando el posterior control de las decisiones del tribunal. La exigencia de esta norma se refiere a que al dar por probados los hechos y circunstancias, se haga en forma clara, lógica y completa, esto es, que la exposición no sea imprecisa, confusa, vaga, ininteligible, contradictoria o que omita hechos relevantes probados en relación con el contenido de la controversia y que para arribar a sus conclusiones, se valore la prueba producida conforme al artículo 297 del Código citado, es decir, que en su apreciación no se contradigan los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, de modo que el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones sea reproducible.¹³

11 Sentencia de la Corte Suprema, 04 de agosto de 2014, rol 15256-2014, considerando quinto.

12 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de febrero de 2022, rol 702-2021, considerando octavo.

13 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de julio de 2016, rol 496-2016.

Según Couture (2021: 221), el concepto de sana crítica es una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. En este sentido, las reglas de la sana crítica no son más que las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas intervendrían las reglas de la lógica y la experiencia del juez. La sentencia no podría desconocer el principio de identidad, el principio de tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. Reconoce el autor uruguayo que la sentencia puede ser correcta en su sentido lógico formal, pero igualmente ser errónea, en el caso en que una de las premisas asumidas falle. Por su parte, las máximas de experiencia contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que toda persona se sirve de la vida. Couture agrega: «Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de la lógica en que el derecho se apoya» (2021: 223).

En relación con la verdad Couture (2021: 41 y 177) señala que el «juez no conoce más que la verdad que le dice la parte interesada, lo que es una manera muy relativa de conocer la verdad». En un sentido similar indica que la prueba trata de demostrar la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.

Devis Echandía (1970: 98) rechaza la idea de que la sana crítica sea un modelo intermedio entre la prueba legal y de libre convencimiento o de convicción íntima. Aun cuando estemos en el campo de la libertad probatoria, ella no exime al juez de someterse a las reglas de la lógica, de la psicología y de la técnica, con un criterio objetivo y social. En una asunción bastante radical para la calidad científica de su obra probatoria, él considera que la finalidad de la prueba en los procedimientos judiciales no puede ser la búsqueda de la verdad, «porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al juez al convencimiento necesario para fallar» (1970: 239). La verdad es una noción ontológica objetiva, y el conocimiento que el juez cree tener de ella a través de la prueba es subjetivo. Lo anterior lleva a afirmar al autor colombiano que «el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o certeza de los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad» (Devis Echandía, 1970: 250 y 251). Ello le permitiría al juez adoptar la decisión sobre los hechos. Si bien considera que la estructura silogística tiene importancia en la va-

loración de la prueba, esta no la agota, debido a que la premisa mayor está constituida por reglas de experiencia y la menor por las inferencias deducidas de la actividad perceptiva, falible siempre. Tampoco se trata solamente de una operación inductiva-deductiva. Al igual que Couture, considera que las reglas de la sana crítica constituyen un estándar jurídico, esto es, «un criterio permanente y general para la valoración de la prueba judicial, pero que no son ni inflexibles, ni estáticas, como tampoco lo son las reglas o máximas de experiencia» (Devis Echandía, 1970: 294 y 298). Quizás es este procesalista colombiano el que, en cierto punto, se halla más permeable a que en la prueba puedan tener importancia los conocimientos aportados por otras áreas como la psicología, más allá de la mera referencia vaga a las reglas de la experiencia humana.

Para Jairo Parra (2007), en la misma línea de los procesalistas anteriormente mencionados, señala que la convicción del juez debe formarse libremente, considerando los medios probatorios y las reglas de la sana crítica. Sin embargo, abiertamente reconoce que en todo proceso judicial se debe buscar la verdad (2007: 32). Indica: «El juez debe hacer un juicio probatorio siguiendo la vía regia de la razón que pudiéramos llamar discursiva, para dar cuenta de lo que hace y decide» (2007: 86). En definitiva, le da importancia a la razón como vehículo escrutador de los hechos en el proceso (2007: 107). De hecho, distingue entre certeza subjetiva y objetiva, asumiendo la última como la propia de los procedimientos y la que se obtiene mediante la prueba (Parra, 2007: 169).

Para Horvitz y López (2004: 131), la prueba puede ser definida como «un medio de verificación de las proposiciones de hecho que los litigantes formulan en el juicio». Ahora, en relación con la forma o vía de efectuarse la verificación aludida, el Código Procesal Penal acoge un sistema de sana crítica racional, entendido como el sistema en el que el legislador abandona la tarifa legal de 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 experiencia y los conocimientos científicamente afianzados» (2001, 129 y ss.).

La Corte Suprema ha señalado que:

Para que sea eficiente un recurso de casación en el fondo que se sustenta en la incorrecta aplicación del artículo 32 de la Ley de Tribunales de Familia, y que autoriza alterar los hechos asentados en la sentencia por

los jueces del fondo, es menester que se indique cuál de los elementos que componen el sistema de valoración de la prueba fue infringido por el tribunal, esto es, si fue el de la lógica con sus principios de identidad, de contradicción, de razón suficiente y de tercero excluido; el de las máximas de experiencia o «reglas de la vida»; o el de los conocimientos científicamente afianzados. Dicha infracción también se puede basar en el hecho que la sentencia no se hizo cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que fue desestimada, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo, tal como lo indica el referido artículo 32, todo lo cual no acontece en el caso de autos, pues el discurso del recurrente importa refutar la ponderación que se hizo de la prueba que fue aportada por las partes, o discrepar con dicho proceso racional por no estar de acuerdo con la conclusión a la que se arribó, lo que escapa al control que debe efectuarse en sede de casación, razón por la cual no cabe sino concluir que el arbitrio debe ser rechazado por adolecer de manifiesta falta de fundamento.¹⁴

Las limitaciones que impone la sana crítica, por cierto, estarán en estrecha relación con la posibilidad de ejercer un control intersubjetivo de la decisión a través del régimen de recursos. Pero aun cuando la vía recursiva sea limitada o el juzgamiento de los hechos sea en única instancia, de todos modos, es necesario dar razones que justifican que un determinado hecho ha acaecido a partir de las pruebas disponibles.

En efecto, la Corte Suprema ha señalado que

lo cierto es que la exigencia de la sana crítica, eleva el estándar de motivación, ya que esa mayor libertad para valorar la prueba impone a la judicatura, como contrapartida, una mayor responsabilidad en la fundamentación; dicho de otra manera, la intensidad del deber de justificación aumenta de manera directamente proporcional al grado de libertad concedido por la ley.¹⁵

Es decir, visto desde el prisma de la Corte Suprema, las reglas de la sana crítica establecen, a su vez, una mayor prolijidad de la argumentación probatoria sobre la aplicación de elementos racionales, pues ello se

¹⁴ Sentencia de la Corte Suprema, 14 de diciembre de 2015, rol 24753-2015, considerando octavo y noveno.

¹⁵ Sentencia de la Corte Suprema, 25 de enero de 2022, rol 36776-2021, considerando quinto y sexto.

corresponde con la libertad de valoración como opción legislativa frente a la posibilidad de existencia de un sistema de tarifa legal.

Maturana y Montero (2017: 1192), consideran que la sana crítica racional es una forma de control sobre los fundamentos de la sentencia, de modo que la decisión aparezca como una operación racional, articulada sobre la base de medios de pruebas legítimos. En efecto, agregan que «la convicción del juez se debe justificar con argumentos encadenados racionalmente, con respecto a las leyes del pensamiento humano (lógicas: identidad, contradicción, tercero excluido, razón suficiente) y a las de la psicología y la experiencia común».

La doctrina da cuenta de la falta de precisión del término (Benfeld, 2013: 571), de su incontrovertible y quizás perjudicial origen hispanoamericano (Sentis, 1979: 259; Devis Echandía, 1970: 105; Nieva, 2010: 88 y ss.; Parra, 2007: 100) significando con dicha expresión realidades que en otras latitudes se han dicho de otro modo y que más bien parecieren indicar un estándar de actuación judicial.

Para mí, haber optado por el camino de la sana crítica es la forma particular de nuestra cultura jurídica de preguntarnos sobre la racionalidad epistémica de la decisión sobre los hechos, lo que irremediamente nos iba a hacer llegar a la probabilidad lógica, si asumimos que el enfoque epistémico es el más idóneo para hablar de conocimiento sobre los hechos al interior del proceso penal. Rememorando la filosofía de la Ilustración, la *lógica* de la probabilidad lógica se va imponiendo al constructo jurídico de la sana crítica en materia de valoración probatoria, así como la *lógica de los hechos* se impuso a la religión en lo que refiere al conocimiento del mundo y de las personas.

Principios de la lógica y sus límites

La regla de la lógica como tal suelen ser asociadas con un estatus científico a partir de los Libros Organón de Aristóteles, que significa instrumentos de razonamiento (Abel, 2015: 54). Como indica Atienza (2013: 175), la lógica no es una disciplina donde reine un gran acuerdo, ya que no existe una concepción única. Junto con la lógica clásica —o deductiva estándar— existen otras concepciones alternativas como la lógica deóntica y las lógicas divergentes. Pero ello tampoco nos debe llevar a pensar que la lógica formal es enteramente inútil (Atienza, 2013: 17), pues puede ayudarnos a detectar razonamientos erróneos. De hecho,

ese es el principal objeto de dicha disciplina (Abel, 2015: 55). ¿Qué sentido debemos darle en materia probatoria a los principios de la lógica en relación con el sistema de la sana crítica?

Para Couture (2021: 222), las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Algunos principios de la lógica nunca podrían ser desoídos por el juez, como el principio lógico de identidad, el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. Ahora, no obstante, el autor uruguayo distingue claramente entre el aspecto formal de la sentencia y su sentido material: «La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea». Con ello, a mi parecer, se muestra la utilización cuidadosa que se debe hacer de las reglas de la lógica formal cuando se trata de hecho, pues ésta no es la principal función de aquéllas.

Cerda —valiéndose de las palabras de Couture— señala que el respeto de las reglas lógicas implica el respeto de sus principios básicos: a) el principio de identidad, b) el principio de contradicción, c) el principio de razón suficiente y, d) el principio del tercero excluido (2019: 484 y ss.).

El principio de no contradicción daría cuenta de que es una infracción lógica afirmar que « $A = \text{no } A$ ». Es decir, algo no puede ser y no ser a la vez. Según este, entonces, de haber dos enunciados contradictorios, uno necesariamente ha de ser falso (Abel, 2015: 66).

La Corte de Apelaciones de Coihaique ha señalado:

La infracción a la que aluden los recurrentes, en primer lugar, dice relación con el principio de la lógica, de la no contradicción, haciéndola consistir, en que resulta contradictorio estimar creíble el relato de la víctima y declarar la absolución del acusado. Tal principio dice relación con que todos los argumentos que sustenten la sentencia deben ser compatibles entre sí. No se puede afirmar y negar a la vez, un hecho de una cosa, principio que expresa un tiene que ser. En el caso de autos, el Tribunal no niega los asertos del cuerpo del delito, sostuvo que respecto de la imputación, en cuanto a la fecha de la perpetración, pero que no adquirió convicción acerca de la presencia del imputado en la época en que se situó su acometimiento. De esa manera, no concurre, en la especie, el presupuesto básico de este principio, esto es, de que se afirme algo y se niegue a la vez.¹⁶

16 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coihaique, 04 de junio de 2021, rol

Por su parte, en lo que refiere al principio de no contradicción la Corte de Apelaciones de Chillán ha señalado:

En consecuencia, si la prueba de cargo tiene alguna inconsistencia, debilidad o contradicción ello no origina una infracción a los principios de la lógica o de contradicción sino solo cuando el razonamiento del tribunal, al valorar la prueba, los infringe y, como se vio, ello no ha sido afirmado en el recurso, menos fundado y, consecuentemente, en caso alguno demostrado. Los principios antes señalados imponen, la necesidad de que la existencia del hecho sea posible y de que exista una fundamentación adecuada para su ocurrencia, traducándose en materia judicial, que estén adecuadamente acreditadas las exigencias del artículo 340 del Código Procesal Penal, más allá de toda duda razonable, lo que se entiende ocurre en la especie y ha sido adecuadamente explicado en el fallo.¹⁷

Es decir, la infracción del principio de contradicción tiene que ser de algún modo pesquisable en la motivación de la sentencia. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado:

En relación con la vulneración del principio de la no contradicción, para su consideración, debe entenderse que tal vicio concurre en un fallo, cuando este sostiene que algo es y no es, al mismo tiempo, es decir, cuando el fallo contiene una afirmación y una negación opuestas. Por su parte, de acuerdo al principio de la razón suficiente, nada es sin razón o fundamento, por lo que, para cumplir con dicho principio, se deben expresar las razones por las que se concluye algo en determinado sentido.¹⁸

Igualmente, en relación con el principio de no contradicción, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha señalado:

En la especie, no puede salvarse el evidente error lógico en que el sentenciador incurre, diciendo que a lo que aludía en su segunda proposición era a que no se sabe quién comenzó la agresión. No se puede, porque si bien es aceptable una propuesta según la cual solo agrede el primero que ataca, y no quien se defiende, resulta que ya se dijo antes

127-2021, considerandos quinto y sexto.

17 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 15 de octubre de 2021, rol 304-2021, considerando octavo.

18 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de febrero de 2022, rol 599-2021, considerandos noveno a undécimo.

que la acometida fue mutua. Es decir, primero dijo que la agresión era recíproca, de ambos, de cada uno en contra del otro, y luego dijo que no se sabía si ese acometimiento era obra de uno solo de los sujetos, y en ese caso, de cuál. *Esas dos proposiciones son incompatibles entre sí.*¹⁹

En relación con el principio de identidad conforme al cual una cosa es igual a sí misma. Es decir, «A = A» y, por tanto, es incorrecto que «A = B». Couture señala que nadie podría desconocer un error lógico cuando los testigos declaran que presenciaron un préstamo de monedas de oro y, sin embargo, el juez condena a restituir monedas de plata (2021: 222). Según Abel, el principio de identidad comporta atribuir a los conceptos un contenido invariable durante todo el razonamiento jurídico (2015: 66). Po su parte la Corte Suprema ha señalado:

Sin perjuicio de la ponderación que los jueces del fondo puedan hacer respecto de la prueba rendida en juicio, el sistema probatorio de la sana crítica supone un marco objetivo en el cual estos deben desenvolverse, siendo este susceptible de ser controlado por la vía de la casación. La estructura legislativa antes descrita implica, entre otras obligaciones, que en el proceso racional seguido para los efectos de fijar los hechos de la causa, los sentenciadores no pueden contrariar la lógica, las máximas de la experiencia, ni los conocimientos científicamente afianzados, estando obligados a contener dicha valoración en la fundamentación de la sentencia, haciéndose cargo de toda la prueba rendida, expresando los juicios que racionalmente conducen a la conclusión, en términos que permitan su reproducción, de manera de evitar la arbitrariedad judicial y permitir el adecuado ejercicio del derecho a la impugnación. Al efecto, es preciso tener presente, además, que atenta contra los principios básicos de lógica formal, por contrariar las reglas del correcto entendimiento humano: a) decir de algo lo que no es, por ser contrario al «principio de identidad», conforme al cual una cosa solo puede ser igual a sí misma; b) concluir como verdaderos, hechos deducidos de premisas o hipótesis falsas, por configurarse el error de raciocinio llamado «argumentación en base a falso antecedente».²⁰

El principio de razón suficiente, siguiendo a Esser, Cerda lo entiende

¹⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 04 de febrero de 2022, rol 95-2022, considerandos octavo y décimo, las cursivas son nuestras.

²⁰ Sentencia de la Corte Suprema 31 de enero de 2022, rol 119044-2020, Considerandos undécimo y duodécimo.

como que «todo juicio necesita un fundamento suficiente para ser verdadero» (2019: 487).

El denominado principio de la lógica de la razón suficiente, siguiendo a Wilhelm Leibniz, podría explicarse en la consideración que no podría hallarse ningún hecho verdadero o existente, ni ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo, aunque estas razones en la mayor parte de los casos no pueden ser conocidas por nosotros (Leibniz, 2014: 20). Para Jairo Parra (2007: 106), el principio de razón suficiente pone el énfasis en la causa que es capaz de justificar la existencia de las cosas y su conocimiento. Siguiendo a Abel, el principio de la razón suficiente en materia probatoria implica que los y las juezas deben expresar en la valoración probatoria su *ratio decidendi* (Abel, 2015: 67).

Como señala la Corte de Apelaciones de Talca, ello «nos da una respuesta a una exigencia natural de nuestra razón, según la cual las cosas no son nada más “porque sí o porque no”, pues todo obedece a una razón».²¹

La jurisprudencia ha señalado que:

El denominado principio de la lógica de la razón suficiente, siguiendo a Wilhelm Leibniz, podría explicarse en la consideración que no podría hallarse ningún hecho verdadero o existente, ni ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo; mientras que el principio de no contradicción nos informaría que es imposible que, en un mismo tiempo o relación, un atributo pertenezca y no pertenezca al mismo sujeto. En el primer caso ha quedado demostrada que la convicción a que arriba el tribunal del grado se ha fundado en la coherencia, veracidad y plausibilidad de todas las pruebas rendidas en autos, desarrollo lógico que resulta razonable para que así sea y no pueda ser susceptible de otra explicación o conducir a concluir de otro modo. En el segundo caso, tampoco se visualiza la imposibilidad de que las mismas pruebas y particularmente que permitieron acreditar el homicidio de la víctima y para situar espacio-temporalmente su ocurrencia, no puedan, sin embargo, resultar insuficientes para fijar con precisión la participación del acusado. En otras palabras, no hay vulneración del principio lógico de no contradicción cuando

²¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, 25 de mayo de 2021, rol 294-2021, considerando tercero.

unos mismos hechos sirven para configurar el tipo penal, pero no basten para establecer la participación del acusado.²²

Es decir, la prueba de los hechos no se explicaría solo por la presencia de prueba, ni por meras derivaciones lógico-formales entre estas y aquellos, sino que es necesario explicitar y justificar la fuerza epistémica del nexo que los une para considerar probado un hecho. Fíjese lo similar que ello es con la tesis de la demostrabilidad de Cohen tratada *supra*.

El principio de razón suficiente se trataría de «una directriz que permite evaluar la consistencia misma de la probanza por medio de la afirmación de que ‘ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo».²³

También la Jurisprudencia ha vinculado el principio de razón suficiente con las leyes fundamentales de la coherencia y de la derivación. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado:

En relación al reproche que plantea la transgresión de los principios de razón suficiente y de corroboración, parece pertinente recordar que las leyes universales de la lógica que se presentan como necesarias al raciocinio exteriorizado y como garantía de su corrección, están constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y de la derivación. De la coherencia, entendida como la concordancia que ha de existir entre los elementos del pensamiento, se deducen los principios de identidad, de la no contradicción y del tercero excluido. A su vez, de la derivación, que es concebida como una regla que expresa que cada pensamiento debe provenir de otro con el cual está relacionado, se extrae el principio de razón suficiente, según el cual, para ser verdadero, todo juicio necesita de una razón suficiente. Por su parte, las relaciones ratificatorias que impone al juzgador el principio de corroboración se expresan como inferencias inductivas que se orientan a confirmar en un cierto grado la verdad de una hipótesis, como una posible explicación de la existencia de ese elemento de juicio. Una motivación fáctica podrá ser calificada de lógica cuando se sujeta a las reglas para el recto entendimiento humano exteriorizado.²⁴

²² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de mayo de 2019, rol 1850-2019.

²³ Sentencia de la Corte de Apelación de San Miguel, 23 de diciembre de 2019, rol 3004-2019.

²⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de diciembre de 2019, rol 5992-2019.

Igualmente se ha señalado que la invocación del principio de razón suficiente implica un ejercicio racional que consiste en la definición del conocimiento de la verdad de las proposiciones, lo que exige que la prueba solo pueda dar fundamento a ciertas conclusiones y no a otras. De esta forma, debe acudir a un grado de ratificación, en términos que la hipótesis que sustenta la acusación debe ser, ante todo, confirmada por una pluralidad de pruebas o datos probatorios, conectando esas pruebas con la hipótesis, de manera de poder concluir la veracidad de esta.²⁵

La Corte Suprema ha considerado que se debe entender como principio lógico de la razón suficiente «cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente».²⁶

Desde esta perspectiva, para pesquisar la infracción de dicho principio se tiene que identificar el hecho tenido por demostrado en la sentencia, puntualizar las afirmaciones o proposiciones a partir de las cuales la sentencia tuvo por probado dicho hecho y que se hallaren fundamentadas en una razón que las acredite suficientemente, de forma de hacer patente que lo probado no es compatible con la estructura racional donde el «consecuente» deriva necesariamente del «antecedente».²⁷

La jurisprudencia ha señalado que el principio de razón suficiente mandata que exista sustento en la prueba para la decisión fáctica²⁸ o que el fallo contenga fundamentos que justifiquen el juicio de hecho de un modo racionalmente aceptable.²⁹ Se trata, en definitiva, de una justificación racional del juicio de hecho.³⁰ Esto implica un control acerca de la base fáctica sobre la cual se sostiene la sentencia.³¹ Es este mismo princi-

25 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de octubre de 2020, rol 4721-2020.

26 Sentencias de la Corte Suprema, 5 de mayo de 2015, rol 21304-2014; 15 de septiembre de 2016, rol 26854-2014.

27 Sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de noviembre de 2020, rol 5389-2020; 21 de noviembre de 2019, rol 5421-2019.

28 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de diciembre de 2020; rol 5637-2020.

29 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de noviembre de 2020, rol 5332-2020; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 19 de octubre de 2020, rol 661-2020.

30 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 19 de octubre de 2020, rol 661-2020; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2019, rol 5662-2019.

31 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, 16 de octubre de 2020, rol 486-

pio el que se traduce en que los jueces del fondo necesariamente deben fundar sus conclusiones a fin de evitar la duda razonable.³²

También se ha asociado el principio de razón suficiente con la idea de corroboración probatoria proveniente de la probabilidad lógica, en el sentido que lo sostenido por el tribunal debiese tener un apoyo o corroboración en otras pruebas autónomas y diversas.³³ Así, se trataría de identificar el sustrato material necesario para tener por acreditado los hechos en los términos que se describen.³⁴

En este sentido, la visión probatoria del principio de la razón suficiente se entiende como la opción epistémicamente correcta para evitar la simple certeza subjetiva de los jueces y las juezas en relación con los hechos.³⁵ Así, este principio lógico expresa un grado de ratificación, en virtud del cual la hipótesis que sustenta la acusación «debe ser ante todo confirmada por una pluralidad de pruebas o datos probatorios, conectando esas pruebas con la hipótesis, de manera de poder concluir la veracidad de esta».³⁶

La Corte de Apelaciones de Arica hace una asociación expresa entre el principio de razón suficiente y el razonamiento probatorio de tipo inductivo de la probabilidad lógica:

Cuando se va en busca de la razón suficiente de una conclusión fáctica debe investigarse el apoyo o fundamento material de lo enunciado dentro de la prueba del juicio. En consecuencia, el razonamiento probatorio del tribunal, de naturaleza inductivo, debe estar constituido por inferencias adecuadamente extraídas de los elementos de prueba aportados por los intervinientes y derivarse de la sucesión de conclusiones que, en base a ellos, se vayan determinando, además, debe ser concordante y constringente, en cuanto cada conclusión negada o afirmada, responda adecuadamente a un elemento de convicción del cual se puede inferir la

2020.

32 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 20 de octubre de 2020, rol 488-2020.

33 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 04 de diciembre de 2020, rol 1100-2020.

34 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, 17 de enero de 2020, rol 1325-2019.

35 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 20 de octubre de 2020, rol 488-2020.

36 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de octubre de 2020, rol 4721-2020.

conclusión y, finalmente, que la prueba sea de tal entidad que realmente pueda considerarse fundante de la conclusión, de tal forma que aquella sea excluyente de toda otra.³⁷

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Coihaique señala que el principio de razón suficiente indica que «para considerar que una proposición es completamente cierta ha de ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera».³⁸ Otra vez resulta muy llamativo que se utilice el mismo término que emplea Cohen (demostrabilidad). Igualmente, la Corte de Apelaciones de Antofagasta lo utiliza al señala:

Dentro de las reglas de la lógica, el principio de razón suficiente según el cual todo juicio para ser verdadero debe tener una razón suficiente, la que se cumple cuando basta por sí sola para servir de apoyo completo a lo enunciado, cuando por consiguiente no hace falta nada más para que el juicio sea plenamente verdadero. Para que una proposición sea completamente cierta, ha de ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene como verdadera. Por lo tanto, todo conocimiento debe estar suficientemente fundado, lo que llevado al ámbito judicial implica una exigencia de motivación de la sentencia, aspecto esencial de la sana crítica.³⁹

En efecto, la complejidad filosófica ínsita del concepto de razón suficiente ha dificultado un correcto entendimiento. Muchas veces se le asimila a la satisfacción de la necesidad de prueba para dar por probado un hecho, cuando no es necesaria la existencia de dicho principio para que se de aquello. Nunca se ha permitido en un procedimiento respetuoso de los derechos fundamentales procesales más elementales que los jueces y las juezas puedan dar por probados hechos sin la existencia de prueba. Ahora, otra forma de dar una utilidad al principio de la razón suficiente es entenderlo —en un sentido amplio— como una exigencia de una justificación exhaustiva y exigente de la conexión entre un medio de prueba y los enunciados fácticos a acreditar. Es decir, como un

³⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, 18 de octubre de 2010, rol 192-2010.

³⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coihaique, 16 de febrero de 2021, rol 411-2020.

³⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 02 de noviembre de 2021, rol 842-2021, considerandos décimo segundo al décimo cuarto.

refuerzo de las exigencias que la racionalidad probatoria establece en general, pero ahora en el ámbito de la prueba y un hecho en singular. Sin embargo, también es necesario anotar que este último sentido no tiene una necesaria correlación con la significación originaria del concepto, donde no se lograba advertir con claridad que la lógica formal no tenía una vocación descriptiva, no sirviendo —por tanto— para dar cuenta de la realidad.⁴⁰

Los tres principios de lógica tratados son los de mayor uso y aceptación en la doctrina. Sin embargo, no se trata de un catálogo cerrado. No se ha debatido ni se tiene claridad si dichos principios son solo pertenecientes a la lógica formal o si, por el contrario, también pueden quedar incluido otros principios de lógica no formal. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha señalado que

La demandada recurrente omitió señalar qué específicos principios de aquellos que integran las reglas de la lógica que conforman la sana crítica, tales como, los de la razón suficiente, de la no contradicción, del tercero excluido, de la causalidad, de la identidad, de la racionalidad, de la inconsistencia». ⁴¹

En efecto, la doctrina indica que las reglas de la sana crítica no necesariamente se agotan en la aplicación de la lógica formal (Abel, 2015: 63).

Máximas de la experiencia y generalizaciones epistémicas

Se asumir por la doctrina procesal y la jurisprudencia que efectivamente la sana crítica y sus elementos son límites a la valoración probatoria que debe realizar el juez. No es este el lugar para evidenciar las dificultades que supone para la afirmación anterior la constatación del carácter vago, no solo de lo que significa fallar de acuerdo con la sana crítica —y si se puede diferenciar o no de la libre valoración—, sino también de sus elementos como «las máximas de experiencia», «conocimientos científicos afianzados» y los principios de la lógica. Una buena parte de juristas han puesto de manifiesto que la vaguedad e indeterminación del concepto de máxima de experiencia, por ejemplo, han permitido que se utilice como cláusula «a mayor abundamiento», «cajón de sastre» (Nieva, 2010: 211),

40 Mayores antecedentes véanse en Vera, 2021b: 65 y ss.

41 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 de febrero de 2022, rol 606-2021, considerando segundo.

expresiones que dan cuenta de un modo de hablar *tramposo* (Taruffo, 2009a: 235). En este sentido, la utilización indebida de estas máximas sea realiza como una herramienta implícita de no motivación *material* de la decisión y, en el peor de los casos, como una forma implícita e involuntaria de trasuntar sesgos y estereotipos.

El concepto de máxima de la experiencia aparece en el ámbito del derecho procesal con la obra de Stein (1999: 27), «El conocimiento privado del juez», donde indica que las máximas de experiencia son «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se han de juzgar 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». Este concepto acuñado en Alemania en 1893, se expande por Europa a partir de la mediación cultural efectuada por Carnelutti con su obra *La prova civile* de 1915 (Taruffo, 2009b: 439).

En un gran número de casos se utiliza la noción de la máxima de la experiencia como cualquier noción que se encuentre en el ámbito del sentido común o de la cultura media de un cierto lugar en un determinado momento (Taruffo, 2008: 268). Por ejemplo, máximas de la experiencia hay detrás de palabras o expresiones como *usos mercantiles*, *potabilidad del agua*, *construcción según la técnica correcta*, *intervención quirúrgica adecuada*, etcétera (Montero, 2005: 70).

Algunas veces, como señala Taruffo, nos encontramos con máximas de la experiencia que no son más que la traducción de leyes científicas integradas al sentido o cultura común. Si en este caso se mantiene su significación epistémica originaria, se puede equiparar la máxima de experiencia a la ley científica. En otros casos, la máxima de experiencia expresa en lenguaje común frecuencias estadísticas del grado elevado. En estas situaciones la máxima se corresponde con generalizaciones empíricas de un alto grado de probabilidad (Taruffo, 2008: 269). En los dos casos anteriores, el uso que se hace de las máximas de experiencia, con su debida justificación, es adecuado desde el punto de vista de la justificación de la decisión acerca de los hechos. El problema precisamente se produce en los casos en que las máximas de experiencia carecen de cualquier apoyo científico o estadístico; es decir, cuando se trata de una afirmación sustentada única y exclusivamente en la experiencia (Taruffo, 2008: 269). En estos casos la utilización de las máximas se vuelve pe-

ligrosa, pues genera un contexto propicio para la aplicación voluntaria o involuntaria de sesgos y estereotipos que carecen de base epistémica, y cuya utilización transgrede el derecho de igualdad y de no discriminación de los ciudadanos.⁴² Por todo lo anterior se debe hacer un uso extremadamente cauto y prudente de las mismas (Taruffo, 2008: 270).⁴³ Además, se debe poner atención a su efectivo fundamento cognoscitivo (Taruffo, 2009b: 450).

A primera vista pudiera parecer que el concepto de regla de inferencia o generalización no difiere sustancialmente de lo que la doctrina procesal tradicional considera máximas de la experiencia. Por otro lado, la utilización de reglas de inferencia que generen un resultado inferido parece una estructura muy similar a la del silogismo formal. En efecto, el uso de la máxima de experiencia como concepto dentro de la justificación probatoria contribuye a alejar la discrecionalidad o intuición subjetiva de juez, solo si se precisa su contenido en relación con los diversos medios de prueba (Abel, 2015: 92).

Para Couture (2021: 223), reconociendo que los jueces y las juezas son personas que toman conocimiento del mundo a través de procesos sensibles e intelectuales, señala que la sana crítica es la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que toda persona se sirve en

42 En el mismo sentido Beltrán, 2021: 141.

43 En estos casos Taruffo se pregunta: «¿De quién es la experiencia relevante para la elaboración de una máxima? ¿La del juez? Pero, entonces, ¿cuántos casos debe haber visto y decidido el juez para formarse esa experiencia? ¿Pero cómo ha decidido esos casos en momentos en que su experiencia no se había formado aún? Si los ha decidido en función de criterios diversos, de caso en caso, ¿cómo hace para formular la máxima? O, en cambio, ¿se trata de la experiencia de un ambiente social o cultural? ¿Cuál? ¿Cuán amplio? ¿Cuán homogéneo? ¿Cuánto tiempo ha sido necesario para que la experiencia de un grupo social se haya consolidado en una regla general? ¿Años, siglos? Más aún, ¿quién está legitimado para formular la máxima, condensando en una aserción la experiencia de variadas y numerosas circunstancias específicas vividas por algunos sujetos o por millones de personas? ¿Es el juez quien se hace intérprete del sentir social y crea *ad hoc* la máxima de experiencia? ¿O bien hay otros intérpretes del sentido común legitimados para decir en qué consiste la experiencia de determinados hechos? ¿Son, quizás, los “todólogos” o los “tertulianos” televisivos, o existen “expertos” de la experiencia social? El juego de las preguntas sin respuestas, pero en absoluto ociosas, podría continuar. Sin embargo, los interrogantes ya formulados parecen suficientes para poner en duda el fundamento epistémico de las máximas de experiencia y, por tanto, para hacer absolutamente problemático el recurso a las mismas como reglas de cobertura para la formulación de una inferencia causal».

la vida. Agrega que es necesario considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de la lógica en que el derecho se apoya.

Abel (2015: 94) considera que las máximas de experiencia «son reglas no jurídicas, extraídas de la experiencia a partir de la observación de numerosos y similares casos reales, pero independiente de los casos particulares, que permiten fundar la valoración probatoria del juez, y cuya eficacia probatoria dependerá de la solidez de la ley científica en que se ampare». Según el mismo autor, tendrían su fundamento en la experiencia y en la máxima *id quod plerumque accidit*. En este sentido Calamandrei (1962: 324) nos señala que los hechos de una misma categoría ocurren normalmente en circunstancias similares a las que se observan en el caso concreto, entonces, se infiere de esta experiencia que también el hecho debatido se presenta con la apariencia de verdadero en cuanto presenta un vínculo con la normalidad.

Referente al concepto de máximas de la experiencia, la regla de inferencia o generalización reconoce en su estructura la posibilidad de admitir una excepción. Desde esta perspectiva, no se cumple con el fin generalizador o categórico de la máxima de la experiencia como premisa mayor fáctica del silogismo judicial.⁴⁴ Si bien se admite que estas últimas estructuras, obtenidas con base a la inducción, no se pueden considerar certezas lógicas. Se considera que solo tienen vigencia en la medida en que nuevos casos observados no muestren que la formulación de la regla empleada hasta entonces era falsa (Stein, 1999: 27 y ss.). Desde esta perspectiva, un nuevo caso (*excepción* en el caso de las reglas de inferencia o generalizaciones) viene a modificar las máximas de experiencia original, no haciendo posible la existencia simultánea de ambas, a diferencia de lo que sucede con las *common-sense presumptions* de Cohen.

Por otro lado, como anotaré, la importancia probatoria de las reglas de inferencia está en la evaluación de la fuerza de su contenido. En cambio, en la formulación original de Stein (1999: 35 y 36), la justificación de

44 Una aplicación moderna de la asociación de las máximas de la experiencia con las reglas de la lógica se puede ver, en Jiménez (2009:75 y ss.), en donde considera que: «No se pretende una codificación de tales reglas o máximas, sino simplemente llamar la atención sobre este aspecto, puesto que el Derecho y los operadores jurídicos, aunque a veces lo disimulen, no pueden escapar a las reglas de la lógica, pues eso es lo que son las máximas de la experiencia o las reglas de la sana crítica».

la fuerza del contenido de la máxima no parece ser una cuestión de alto interés que tenga consecuencias jurídicas, en cuanto no se posee ninguna tarifa legal del valor probatorio.⁴⁵ La equivocada utilización del concepto de máximas de la experiencia —como anotaba— invita a recurrir y a utilizar el concepto de generalización o regla de inferencia de Cohen, en cuanto se hace necesario referirse al contenido de las mismas y a su vinculación con el resultado inferido. Ello genera aspectos que permiten un control intersubjetivo de la aplicación de las reglas de inferencia.

La fuerza de la regla de inferencia no se mide con relación a la estructura de su operatividad —como ocurre la lógica formal con las reglas o tablas de verdad—, sino, por un lado, a la fuerza que tiene el soporte inductivo para invocarla y, por el otro, respecto del apoyo científico de su contenido. Es decir, la invocación de una regla de inferencia debiera estar justificada en estos dos aspectos. Tanto en su relación con el soporte inductivo como en la veracidad de su contenido. Ambos elementos han de expresarse en la motivación judicial. Por otro lado, la utilización de un sistema de predicción probabilística no tendrá como resultado la veracidad o falsedad de la hipótesis (bivalencia de la lógica formal), sino una estimación de la fuerza de la regla de inferencia que haga más o menos probable la concurrencia de la hipótesis.

La posibilidad de contemplar excepciones respecto a la concurrencia de la regla de inferencia, y la determinación de una estimación probabilística variable, son los aspectos que diferencian a este método de valoración probatoria respecto de la utilización del silogismo judicial.

Para Silva (1963: 58), habría una diferenciación entre las máximas de la experiencia y los hechos notorios, entre otras razones, porque las primeras estaría referidas a una entidad abstracta, mientras que al segundo, a un modo o un aspecto de la realidad concreta. Estas, además, son contingentes y variables con relación al tiempo y lugar (Couture, 2021: 223).⁴⁶

45 Stein agrega: «Por lo tanto, es absolutamente indiferente en lo tocante al tratamiento jurídico si una máxima de experiencia es tan segura como una premisa mayor de una coartada o si resulta tan dudosa como las de la individualidad de la escritura o la absoluta discernibilidad entre dos hombres, cuya validez universal se ve diariamente refutada por nuevas experiencias».

46 Couture agrega: «El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de la experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla

Una de las consideraciones más tradicionales en relación con los efectos procesales de la utilización de las máximas de experiencia, es que estas no forman parte del material probatorio que los litigante suministran al juez, sino del normal conocimiento de las cosas por lo que, en principio, no son objeto de prueba (Abel, 2015: 95). Están al alcance de una persona de cultura media, la cual no necesita que se le pruebe ni la existencia ni el exacto contenido de la máxima (Montero, 2005: 71).

Ello, a excepción de las máximas de experiencia especializadas o técnicas que deben ser introducidas al proceso por medio de un dictamen pericial. En general, las máximas de experiencia trascienden a los hechos particulares y precisos del proceso (González, 2006: 97; Abel, 2015: 95). En el mismo sentido, tampoco sería necesaria la alegación de las partes para que el juez pueda invocar una máxima de experiencia (Abel, 2015: 98). Por estas consideraciones algunos autores como Montero (2005: 71) señalan que estas máximas no son hechos, pues si lo fueran no podría ser aplicadas en virtud del conocimiento privado del juez.

La Corte Suprema ha señalado que las máximas de experiencia son

las que como ya se indicó, obedecen a pautas que se extraen de la observación general de la sociedad, de la cual el juez no solo forma parte, sino también se nutre. Corresponden a inferencias respaldadas por el ejemplo de conductas y hechos reiterados en el tiempo, que abstraídos de las singularidades de cada una de las situaciones concretas, permiten la confección de reglas o modelos que pueden ser tenidos por verdad, de modo que examinando sus resultados, es posible descubrir sus causa.⁴⁷

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas ha señalado:

Las máximas de la experiencia en cuanto a su caracterización en la doctrina ha señalado ciertos elementos comunes. A saber: 1. Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico. 2. Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica. 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a

en constante progreso en la manera de razonar».

47 Sentencia de la Corte Suprema, 25 de julio de 2016, rol 30.941-2015.

tener validez para otros nuevos. 4. Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar. 5. Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.⁴⁸

1. *Función de las máximas de experiencia.* Para Taruffo, las máximas de experiencia cumplen una función heurística, epistémica y justificativa. La función heurística facilita al juez la tarea de realizar formulaciones fácticas a hipotéticas sobre lo sucedido.⁴⁹ La función epistémica permite al juez la utilización de las máximas para construir razonamientos presuntivos o indiciarios, o ser utilizadas por las partes para otorgar credibilidad a su relato. La función justificativa consiste en expresar las razones que ha tenido el juez para motivar su decisión sobre los hechos basada, en parte, en el empleo de dichas máximas (Taruffo, 2009b: 446). Se trata de representar argumentativamente la justificación externa de la determinación sobre los hechos (Taruffo, 2009b: 449).

Al respecto, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de San Miguel señala:

las máximas de la experiencia indican que la reacción natural de todo conductor que intenta mantener el control de su vehículo es aplicar los frenos, como se consigna en el fallo, por lo que la falta de huellas en el pavimento en el sector del accidente fue para el juez demostrativo que estos no operaron, habiendo sido descrito, por otra parte, el conductor del camión grúa, por el copiloto, como una persona cuidadosa sin que existan antecedentes en esta causa que indiquen lo contrario llevan a desestimar la justificación que da la SIAT por no estar acreditada ni respaldada por otra evidencia susceptible de dar certidumbre o ser demostrada.⁵⁰

En este caso, el uso de las máximas de experiencia le permite inferir o presumir a los juzgadores que todo conductor que pierde el control del vehículo intentará activar los frenos y que, estando ellos defectuosos, no dejarían una huella de frenado en el pavimento.

48 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 14 de junio de 2021, rol 58-2021, considerandos séptimo y octavo.

49 En el mismo sentido, Tuzet (2021: 178).

50 Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de febrero de 2022, rol 17-2022, considerando octavo.

Para Montero (2005: 69 y 70), la utilización de las máximas de experiencia sirven para tomar conocimiento de un hecho. Si se parte del conocimiento de estas reglas se podrá saber si ha existido un hecho o alguna circunstancia relativa al mismo. En otras ocasiones, la máximas permiten integrar el supuesto de hecho de una norma, por ejemplo, cuando esta se refiere a la potabilidad del agua como condición para otorgar una autorización de funcionamiento o de apertura de una industria. De igual forma las máximas puede servir también para integrar la consecuencia jurídica de la norma. Por último, las máximas pueden servir para valorar la prueba y de ahí su relación con las reglas de la sana crítica.

Para Tuzet (2021: 179 y 180), una máxima de experiencia fundada epistémicamente contribuye a la cohesión de la narración acerca de los hechos. En efecto, si se sigue el modelo de «congruencia narrativa» de MacCormick, las máximas de experiencia o generalizaciones nos permitirán integrar en la narración hechos conocidos y hechos que no lo son. La congruencia narrativa y la aplicación del criterio de la inferencia a la mejor explicación no prescinde del empleo de máximas de experiencia.

2. *Clasificaciones de la máximas de experiencia o generalizaciones.* Siguiendo al Anderson, Schum y Twining (2015: 141), las generalizaciones se pueden clasificar usando tres ejes. a) Eje de la generalidad, que pone énfasis en la abstracción o particularización de la formulación lingüística por medio de la que se expresa la generalización. Por ejemplo, una generalización abstracta puede ser aquella que señala «una persona que huye del sitio del suceso, generalmente, habrá participado en él». Por su parte, una generalización más particular señalaría «Juan, amigo de la víctima, fue visto saliendo del edificio hacia una parada de autobús cercana ubicada a 100 metros del edificio poco tiempo después de que la víctima haya sido brutalmente golpeada, entonces, muy probablemente Juan participó en el hecho». b) Eje de la confiabilidad, en el que las generalizaciones también se puede clasificar de acuerdo a las características de su contenido o la competencia de su emisor. En el mayor de confiabilidad encontramos a las leyes científicas, las opiniones científicas bien fundadas y conclusiones ampliamente compartidas en la experiencia común. En un nivel medio están las creencias comúnmente afirmadas, pero no probadas e improbables. En el nivel de confiabilidad más bajo se sitúan los sesgos y estereotipos que pueden estar fuertemente arrai-

gados con independencia de los datos disponibles o creencias menos arraigada pero aún operativas. c) Eje de la fuente: estas generalizaciones pueden ir desde aquellas basadas en la experiencia personal reiterada, hasta aquellas basadas en el conocimiento adquirido de generalizaciones *sintético-intuitivas*, cuya fuente no es identificable por la persona que las formula.

La aplicación de esta clasificación basada en un análisis wigmoreano provee de una técnica para identificar y hacer explícitas las generalizaciones involucradas en cada etapa del argumento. Ello permite identificar la vulnerabilidad de las generalizaciones utilizadas en el argumento (Anderson y otros, 2015: 142).

Para Taruffo (2010: 238), frente a lo intrínsecamente discutible y ambiguo del concepto de máximas de experiencias, analíticamente es posible distinguir entre cuatro situaciones: puede ocurrir que las máximas se correspondan con leyes científicas universales; otras veces las máximas se corresponden con leyes probabilísticas; muchas veces se fundan en meras generalizaciones que expresan el *id quod plerumque accidit*; y otras veces se corresponden con *generalizaciones espurias*, es decir, prejuicios de las más diversas clases (Tuzet (2021: 177).

3. *Control de las máximas de experiencia o generalizaciones*. Las generalizaciones que sirven de enlace para los argumentos probatorios son, a menudo, la principal fuente de duda en un argumento. Los peligros del empleo de la generalizaciones en la argumentación viene dado especialmente en las cuestiones de hecho dudosas o controvertidas, porque tienden a proporcionar razones inválidas, ilegítimas o falsas para aceptar conclusiones basadas en inferencias, siendo especialmente peligrosas las generalizaciones implícitas o no expresadas (Anderson y otros, 2015: 337).

Para Taruffo (2009b: 451), el empleo de la máxima de experiencia debe ser cauto, lo que sugiere ciertas reglas que permitan un empleo correcto y racional. En un primer sentido, «una máxima de la experiencia no puede atribuir a la conclusión que se deriva de ella un grado de admisibilidad superior al fundamento cognoscitivo de la máxima misma». De otro lado, si una máxima está redactada en términos generales, un solo contraejemplo es suficiente para ser contradicha o al menos para demostrar que no tiene validez general. Cuanto menos excepciones admite la regla, tanto mejor para verificar el hecho (Carnelutti, 1982: 67).

De igual forma Tuzet (2021: 173) señala que las máximas de experiencias son indispensables, pero han de usarse con cautela.

Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Chillán señala:

el mero hecho de encontrarse sentado al volante cuando fue controlado por Carabineros, el sentido común permite suponer razonablemente que si una persona se encuentra en esa posición dentro del vehículo motorizado que se encuentra en la vía pública, que momentos antes había conducido.⁵¹

Siguiendo el modelo de control de la máxima de experiencia que propone Taruffo, ¿podríamos pensar un contraejemplo que explique que un sujeto X se encuentre sentado en el asiento del conductor y que, sin embargo, no haya estado conduciendo? La respuesta es fácilmente afirmativa. Por ejemplo, podría el sujeto X buscaba un mejor ángulo de visión dentro del auto, y ello se conseguía desde el asiento del conductor. En otro sentido, el sujeto X, mientras esperaba, quería manipular la radio u otros controles desde la posición del conductor, etcétera. En estos casos, por cierto, también requerimos de apoyo de las otras probanzas que den asidero a la tesis de la Cort y que no hemos analizado, aunque solo me he valido del ejemplo para aplicar el test de control de Taruffo.

Un tercera regla señala que una máxima no puede utilizarse en contradicción a los conocimientos científicos disponibles. Tampoco es posible la utilización de una máxima de experiencia cuando es contradicha por otra. Así, ninguna de las dos es un criterio admisible de valoración. Con todo, parece claro que no es posible la utilización de máximas de la experiencia que se refieran a la generalizaciones espurias, que sean falsas o que carezcan de cualquier fundamento controlable (Taruffo, 2009b: 452). Como señala Carnelutti (1982: 67), de la mayor o menor seguridad de la regla de experiencia empleada, depende precisamente el mayor o menor fundamento de la conclusión.

Para Tuzet (2021: 177), siguiendo a Taruffo, los posibles medios de corrección frente al uso no vigilado de máximas de experiencia podrían ser dos: a) la verificación empírica de la fiabilidad de la máxima sobre los conocimientos científicos disponibles, y b) la verificación de la aceptación intersubjetivamente compartida de ellas. Así, es necesario que las

⁵¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 11 de febrero de 2022, rol 13-2022.

máximas gocen de fiabilidad intrínseca y de congruencia respecto de los hechos específicos.

Para Beltrán (2021: 149), el control de la utilización de las máximas pasaría por exponer adecuadamente la base empírica en que sustenta, que aparezca contextualmente apta e idónea a luz del objeto del litigio y del conocimiento disponible en juicio y, por último, que ella aparezca despojada de circunstancias que la derroten (excepciones).

Por su parte, para Anderson, Schum y Twining (2015: 341), ofrecen un borrador de protocolo para evaluar la plausibilidad y validez de una generalización en el contexto de un argumento probatorio a partir de la formulación de diez preguntas: ¿Será la generalización mencionada expresamente o insinuada en forma implícita? Si se menciona expresamente, ¿es precisa? ¿Es ambigua? ¿Está expresada en forma universal o está acotada por una fórmula en cuanto a la frecuencia (usualmente, a menudo, algunas veces)? ¿Es una generalización empírica (susceptible de verdad o falsedad)? ¿Está expresada en términos cargados de valores o emotivos? ¿Cuál es la base empírica de la generalización: prueba científica, experiencia general, sentido común, especulación o prejuicio? ¿Puede ser razonablemente controvertida la verdad de la generalización? ¿Se puede articular una generalización rival que apunte a la dirección opuesta o que apoye una conclusión diferente? ¿La versión menos vulnerable o más plausible de la generalización ofrece apoyo fuerte, moderado, débil o insignificante a la inferencia? En el caso de generalizaciones implícitas, articular la versión más persuasiva de la generalización implícita.

En el caso de una generalización implícita, luego de articular la versión más persuasiva, someterla a los exámenes de precisión, ambigüedad, alcance, carácter empírico, carga de valor, base empírica, posibilidad de controversia, rival, fortaleza de respaldo de la inferencia.

Ahora, pese a las dificultades que significan el empleo de muchas de las máximas de experiencia o generalizaciones en el razonamiento probatorio, estas son necesarias para construir un relato de lo sucedido. Las generalizaciones representan el pegamento que mantiene unidos nuestros argumentos probatorios (Anderson y otros, 2015: 139); son verdaderos *puentes inferenciales* (Tuzet, 2021: 171). O, como señala Tuzet (2021: 171), el indicio no produce resultado probatorio alguno, sino solo cuando se halla en conexión con una máxima de experiencia o una ley científica.

Por ello podemos afirmar, compartiendo la opinión de Anderson, Schum y Twining (2015, 341), que las generalizaciones son necesarias pero peligrosas.

Conocimiento científico, ¿cuándo es afianzado?

La cuestión de la exclusión de la prueba pericial por razones epistémicas ha tenido un mayor e importante desarrollo en el ámbito del *evidence* anglosajón. Especialmente, a partir de la decisión de la *Supreme Court* sobre el caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*,⁵² que genera un punto de inflexión en la materia, e ilumina judicialmente la cuestión de la exclusión de la prueba pericial (y su valor) sobre la base de razones epistémicas cuestión que, dicho sea de paso, es un tema común y extremadamente importante en todos los sistemas procesales (Taruffo, 2008: 99).

1. *El caso y la decisión Daubert*. Los padres de los menores Jason Daubert y Eric Schuller, en 1984, entablaron una demanda civil por daños en contra de Merrel Dow Pharmaceuticals Inc., ante la Corte del Estado de California, alegando que la causa de las malformaciones congénita de sus hijos había sido la ingesta materna, durante el embarazo, de un antihistamínico para aliviar náuseas y mareos (Bendectin) cuya patente pertenecía Merrel Dow Pharmaceuticals.

La demandada alegó que el Bendectin no era teratogénico, por lo que no podría ser la causa de las malformaciones. Para ello presentó la declaración de un médico especialista en epidemiología con una amplia acreditación en relación con los daños producidos por la exposición a sustancias químicas y biológicas. En efecto, dicho especialista afirmó que no había estudios publicados que demostraran una correlación estadística significativa entre la ingesta del medicamento y las malformaciones de los menores. A su turno, los demandantes presentaron testimonios de sus propios expertos que afirmaban que dicho medicamento podría posiblemente causar daños congénitos.

La corte del distrito decidió que el testimonio experto presentado por los actores no era concluyente precisamente, porque se afirmaba que el fármaco *posiblemente* había causado las malformaciones, declarando que el criterio jurídico adecuado para admitir o excluir una prueba científica era la *aceptación general* del área relevante de los principios

⁵² Supreme Court, *Daubert versus Merrel Dow Pharmaceuticals* (92-102), 509 U.S., June 28, 1993.

subyacentes. Ello, por lo demás, era el resultado de la aplicación en la materia de los criterios del estándar del caso Frye que eran predominante en lo que decía relación con el dilema de la demarcación en materia probatoria.

En efecto, The Frye test emanado de la decisión *In Frye versus United States, la U.S Court of Appels* rechazó admitir el resultado de un detector de mentiras como prueba del acusado de un asesinato, porque dicha prueba no era el resultado de la aplicación de teorías, experimentaciones o conocimientos que tengan aceptación general significativa en el campo al cual pertenecen.⁵³

En este sentido, se estimó que los estudios epidemiológicos previos presentados por los demandantes debían ser inadmitidos, debido a que no habían sido publicados o sujetos a una evaluación por pares.

Los demandantes apelaron respecto de esta decisión que a su turno fue confirmada por la Corte de Apelaciones del noveno circuito estadounidense, asumiendo «la aceptación general de la comunidad científica de referencia» como el estándar de admisión de las pruebas periciales.

Finalmente, el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1993, a través de una apelación del fallo de la Corte de Apelaciones del noveno circuito. Los demandantes argumentaron que las Reglas Federales de Evidencia habían superado el criterio o estándar Frye, de momento que la valoración de este tipo de prueba correspondía exclusivamente al jurado y no a los jueces que deciden sobre la admisibilidad de prueba. En el otro extremo, los demandados afirmaron que los jueces tenían la responsabilidad de asegurarse que todas las pruebas admitidas fuesen relevantes y fiables.

La Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió por unanimidad la cuestión jurídica central del caso declarando que «el estándar Frye había sido superado por la regla 702 de las Reglas Federales de Evidencia». En efecto, según la corte, el texto normativo no hacía referencia explícita ni implícita a la «aceptación general del área de conocimiento» como criterio de admisión. Por ello no había razones suficientes para confirmar una condición necesaria para la admisión de pruebas científicas.

⁵³ Al respecto, véase Gardner y Anderson (2013: 483). Para estos autores Frye test significa: «The general acceptance test: scientific evidence presented to the court must result from test and theories that are generally accepted by a meaningful segment of the associated scientific community».

ficas en los juicios federales. Sin embargo, los jueces para valorar la admisibilidad probatoria debían entender el texto de las Reglas Federales de Evidencia, de acuerdo con el criterio de la confiabilidad probatoria, considerando para ello la validez científica del método por el cual el experto había arribado a sus conclusiones y no directamente estas últimas.

Acto seguido, la Corte Suprema procedió a indicar a manera de recomendación o sugerencia una serie de factores para valorar la cientificidad, y con ello la fiabilidad probatoria de este tipo de pruebas. De esta forma se señaló que el listado no era exhaustivo ni definitivo, sino ilustrativo y flexible. Así se indicaron los siguientes cuatro factores o criterios: a) si la teoría o técnica puede ser o ha sido sometida a prueba, lo que constituiría un criterio que comúnmente distinguiría la ciencia de otro tipo de actividades humanas. b) si la teoría o técnica empleada ha sido publicada o sujeto a la revisión por pares. c) El rango de error conocido o posible, si se trata de una técnica científica, así como la existencia de estándares de calidad y su cumplimiento durante su práctica. Finalmente, d) si la teoría o técnica cuenta con una amplia aceptación de la comunidad científica relevante.⁵⁴

2. ¿Qué es una prueba pericial científica confiable? Los criterios Daubert y su evolución presuponen que es posible determinar los criterios que permitan ponderar en un primer término la cientificidad del peritaje, su confiabilidad y, finalmente, su admisibilidad. En efecto, ello es una decisión de cierre epistemológico, en primer lugar, frente a la dificultad que plantea el problema de la demarcación de la producción de conocimiento científico y, en segundo lugar, frente al déficit cognitivo que presentaría el jurado para identificar un peritaje poco fiable y neutralizar sus efectos persuasivos.

Es precisamente por este segundo aspecto que se afirma que los criterios Daubert y su evolución son una muestra de «paternalismo epistémico». Sin embargo, no tiene sentido interpretar una norma competencial a partir de una presunción de error que justificaría una determinada posición paternalista, entre otras razones, porque los jueces letrados y legos presentan igual estatus frente a sesgos y heurísticos que generan una distorsión epistémica en lo que se refiere a las pruebas. La forma más adecuada, como adelantaba, para entender el rol del juez letrado

⁵⁴ Un desarrollo más extenso y pormenorizado puede verse en Vázquez, 2015: 91 y ss.

versus el jurado en el ámbito anglosajón, es considerar que por cuestiones históricas el jurado forma parte ya de la cultura jurídica anglosajona, basado entre otros, en principios democráticos en la administración de justicia y que las facultades otorgados al juez de la fase intermedia de excluir prueba en una forma de legitimar la decisión posterior del jurado, en cuando con ello se intentan una mayor proximidad a la verdad de los hechos (Damaška, 2015: 43).⁵⁵

a) Asunciones filosófico-epistémica de la decisión Daubert. La decisión Daubert equipara conocimiento científico con confiabilidad,⁵⁶ sobre la base del seguimiento de una cierta metodología que aseguraría una cierta seguridad de los resultados. Todo ello, basados en ciertos postulados de Popper y Hempel que, según Haack (2014: 106), ninguno de los dos es suficiente para llevar a cabo la tarea en cuestión. Popper conceptualiza su filosofía de la ciencia como *falsacionista*, para poner el énfasis en que el conocimiento científico nunca generará declaraciones conclusivas que mostrarían la verdad, aunque si podría mostrar conclusivamente que algo es falso. Popper (2002: 15) considera que el conocimiento científico es un continuo con el conocimiento de sentido común o no científico. Sin embargo, el falsacionismo es un criterio de demarcación muy importante como elemento de la filosofía de la ciencia. Ahora, paradójicamente el propio Popper autoconceptualiza su criterio de demarcación como un acuerdo o convención, por lo que no habría algo que pudiera ser abordado desde su naturaleza ontológica llamado *ciencia*, sino solo un acuerdo al respecto.⁵⁷ Ello refuerza la idea de que, en realidad, la cuestión de la demarcación es materia de una *decisión*, que va más allá de los meros argumentos racionales. Es decir, que determinar cuándo algo es ciencia o no es una cuestión únicamente racional, sino principalmente resolutive. Así se podría válidamente cuestionar que la Corte Suprema de los Estados Unidos tenga la legitimidad epistemológica para determinar adecuadamente criterios epistémicos

55 En un sentido similar Ho, 2008: 235.

56 Según Ndreu (2006: 464), la decisión Daubert equipararía fiabilidad con veracidad.

57 «My criterion of demarcation will according have to be regarded as a proposal for an agreement or convention. As to suitability of any such convention opinions may differ; and a reasonable discussion of these question is only possible between parties having some purpose in common. The choice of that purpose must, of course, be ultimately a matter of decision, going beyond rational argument».

necesarios para desentrañar dichos alcances de las Reglas Federales de Evidencia.⁵⁸ Siguiendo con la aplicación que hace el fallo Daubert de los postulados de Popper, la aplicación de la falsabilidad como criterio de demarcación es altamente compleja, incluso para el mismo Popper. En efecto, el filósofo austriaco en un primer momento consideró la teoría de la evolución como no científica, por no ser posible su testeabilidad o refutabilidad. Señaló que la teoría de la evolución es «algo muy parecido a una tautología». Más tarde reconoce que la teoría de la evolución representa un gran interés científico y que puede ser reconducida a un programa de investigación metafísico (Popper, 1985: 242 y 243). Es decir, Popper finalmente reconoce que la teoría de la evolución es científica después de todo (Haack, 2020a: 187). ¿Cómo, entonces, un juez podría aplicar el criterio de la científicidad para distinguir lo que es ciencia de lo que no?

Ahora, lo que resulta completamente paradójico es que las aplicaciones de los criterios de demarcación de Popper nos ayudan a determinar lo que era o no era ciencia en el pasado, pero no sirve para realizar proyecciones futuras. Entre otras razones, por la falibilidad del conocimiento. En efecto, el sentido de una hipótesis es estar abierta a una refutación posible: a ser falseada (Giannini, 2005: 343). Como el mismo Popper (1972: 18) afirma, el grado de corroboración de una teoría representa solo una evaluación sobre una cuestión del pasado (*past performance*) (Haack, 2014: 109). En este sentido, el grado de corroboración no dice nada acerca de cuestiones futuras (*future performance*) o acerca de la confiabilidad de una teoría (*reliability of a theory*). Si una parte en el proceso penal de 1916 hubiese pedido la exclusión del dictamen pericial de Einstein que daba cuenta de la teoría de la relatividad general, probablemente hubiese tenido éxito, porque a ese entonces, aunque publicada, no había sido probada ni aceptada generalmente (como lo es hoy), circunstancia que acaeció a partir de los experimentos realizados en 1917 (fotografía de estrellas en un eclipse solar total). Pero este ejemplo demuestra dos cosas: la teoría falsacionista de Popper pone énfasis en la relación que exhibe una teoría con los argumentos negativos de la misma, con los contraejemplos y refutaciones, a diferencia del inductivismo prototípico que pone el énfasis en las *instancias positivas* de una teoría. La teoría falsacionista de Popper lleva ínsita la aplicación de la

58 En el mismo sentido, véase Haack, 2014: 122 y ss.

asimetría de entre verificabilidad y falsicabilidad, en virtud de la cual basta que un hecho haga falible *una ley*, que se dé *p* y que no se dé *q*, para derrumbar el edificio construido afanosamente por la inducción(-Giannini, 2005: 343).⁵⁹

Haack llama la atención acerca de la impropiedad de la asimilación entre científicidad y confiabilidad. Al respecto, señala que hay que tener cuidado respecto de una cierta tautología que se puede dar respecto de una de las acepciones de científico, porque si ello es usado en su sentido honorífico, puede ser igual a afirmar que algo por su carácter científico es confiable, por lo que la confiabilidad no sería útil ni ayudaría al juez de discriminar entre *buena* o *mala* ciencia (Haack, 2014: 111). De otra parte, si científico es usado en su sentido descriptivo, se pueden producir problemas de infra o sobreinclusividad, porque físicos, químicos, biólogos y científicos médicos pueden ser incompetentes, confundidos, deshonestos o simplemente errados y, por el contrario, historiadores, detectives, investigadores periodistas, literatos, juristas, plomeros, mecánicos, etcétera, pueden ser investigadores confiables. En definitiva, «not all, and not only, scientist are reliable inquirers; and not all, and not only, scientific evidence is reliable» (Haack, 2014: 111 y 2020b: 190).

b) La científicidad como algo exclusivo y excluyente del conocimiento especializado. La aplicación de los criterios Daubert asume una cierta especialidad de la opinión de expertos en relación con otras pruebas que amerita tener reglas de exclusión con criterios especiales para ello. Sin embargo, si nosotros asumimos que la valoración probatoria debe ser realizada en el proceso en el marco de la tradición racionalista de la prueba, entonces, nos encontraremos que no hay diferencias sustanciales en la forma de generar la información en el ámbito del conocimiento experto que respecto del conocimiento no experto, pues en ambos casos se utiliza mayoritariamente un razonamiento inferencial predominantemente inductivista, donde la generalización epistémica es el pegamento que da fuerza a la argumentación probatoria que arroja un resultado probabilístico lógico no matemático o no estadístico, y que se refiere al grado de confirmación de un enunciado fáctico subsumible en una hipótesis legal. En este sentido, no hay razones epistémicas que justifi-

59 Según el mismo autor: «que todos los hechos comprobados no bastan para consagrar una “ley” y que solo basta un hecho que desmienta la ley, para derrumbar todo lo construido».

quen que la opinión de expertos sea valorada de una forma separada a como se entienden probados los hechos por medio de prueba basadas en conocimiento no experto. Lo que un experto aporta al proceso son enunciados especializados sobre las generalizaciones apropiadas para ser aplicadas a un conjunto particular de hechos y el resultado de dicha aplicación (Dwyer, 2008: 75 y 78).⁶⁰ Desde esta perspectiva, aplicando el enfoque sustancial-ciego del razonamiento inferencial del Schum, cualquier persona podría seguir como mínimo la credibilidad, la relevancia y el peso probatorio de ciertos nodos que se utilizan en el argumento y se combinan con las diversas líneas de inferencias, sin comprender necesariamente si la prueba y la valoración de la prueba realizada por el experto, es semánticamente correcta (Dwyer, 2008: 100). Esto, por lo demás, es bastante coherente con la asunción de Haack acerca de que el método científico no es más que un refinamiento del pensamiento cotidiano (Haack, 2020a: 137 y ss.; Einstein, 1936: 349).

En este sentido, no existe un método exclusivamente científico como lo asume la corte en el caso Daubert (Haack, 2014: 111). Es posible considerar que en materia de generalizaciones epistémicas nos encontremos frente a un continuo que va desde las leyes y opiniones científicas fundadas hasta aquellas basadas en lugares comunes y prejuicios (Tuzet, 2021: 178).

Para Tuzet (2021: 173), por ejemplo, cuando enfrenta la noción de máxima de la experiencia con la de ley científica, podríamos afirmar que «al tiempo que las máximas de experiencia son enunciaciones de tipo general derivadas de observaciones de eventos pasados, una ley científica, aún probabilística, se caracteriza por su mayor rigor crítico y por un aspecto estadístico-cuantitativo, rasgos de los que carecen las máximas».

En el derecho probatorio inglés se ha criticado la distinción entre *facts* y *opinion* que fundamenta la aceptación de la opinión experta como excepción a la regla general de imposibilidad de aceptar opiniones de testigos (Dwyer, 2008: 92). En efecto, es muy difícil de distinguir, pues en cierto punto toda información que se extraiga sobre los hechos lleva

60 Dwyer agrega: «To talk about evidence of opinion as being quite distinct from evidence of fact may therefore have been a wrong turn in the development of evidence jurisprudence. It creates unnecessary difficulties for us in forming a correct understanding of how the court assesses evidence, and particularly expert evidence».

una cierta opinión. Y, ello, a su vez, se basa en una concepción filosófica de un empirismo exacerbado, quizá útil para ciertas ciencias duras —y con alcance luego de Popper— pero no como solución adecuada para la prueba de enunciados fácticos subsumibles en el supuesto de hechos de la norma que se discute aplicar. En otro sentido, y para hacer más compleja la cuestión, no todos los tipos de hechos tienen igual estatus ontológico con el mismo grado de accesibilidad para nuestro aparato cognitivo (Damaška, 1998: 299). En efecto, algunos hechos pueden existir como fenómeno natural; otros, producidos por los acuerdos sociales de complejidad variada. Por su parte, Robert y Zuckermann (2010: 135) distinguen entre *evidential facts* y *constitutive facts*.⁶¹ La distinción entre hechos y opinión puede ser peligrosa porque puede basarse en la consideración no definida de que las opiniones tienen un grado inferencial menor respecto de la prueba referida a los hechos, lo cual puede ser un equívoco atendido a lo expuesto. En este sentido, la distinción entre hecho y opinión nada aporta en relación con las complejidades de los pasos inferenciales que pueden haber conducido a su formación (Dwyer, 2008: 97).

Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Temuco ha señalado en relación con la pericia de credibilidad:

cumple con las condiciones mínimas de confiabilidad, ya que se trata de un informe que formalmente ha cumplido con los requisitos legales y ha sido ratificado en estrados por el perito, dando cuenta de cada uno de sus elementos; estamos dentro del ámbito de una ciencia que se encuentra reconocida dentro de la comunidad científica; y que ha cumplido, con la valoración científica respectiva, que fue solicitada por el ente persecutor.⁶²

Es decir, se asume que es posible hablar de confiabilidad, ciencia, valoración científica y comunidad científica en el caso de la psicología. De todo lo expuesto, se puede afirmar que el concepto de *conocimiento científico afianzado* —además de vago— genera el peligro de una sobrevaloración epistémica de la prueba pericial científica. El razonamiento científico no tiene mejor estatus epistémico que el razonamiento de sen-

61 Véase también Hohfeld, 1923: 34.

62 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, 06 de julio de 2021, rol 573-2021, considerandos sexto y séptimo.

tido común. Por ello, la pericia ha de ser valorada como cualquier otra prueba, siempre considerando que en nuestro sistema los y las juezas son los investidos para decidir la cuestión de los hechos. Por lo que, en esta materia es un lugar común afirmar que el adjudicador es *peritum peritorum*. Ahora, la valoración de la prueba pericial debe cubrir aspectos sintácticos como semánticos. Es decir, no solo se debe poner atención a la metodología empleada, a las credenciales de área, sino también a cómo la o el perito ha dado por cierta determinadas premisa a partir de la labor de inspección o reconocimientos del objeto periciado. Al igual que toda prueba con buenas credenciales epistémicas que, a su vez, pueda definirse como pertinente para dilucidar el objeto de la contienda, si los y las juezas deciden apartarse del contenido del informe pericial deberán fundamentar sus razones. Se puede apreciar aquí una carga argumentativa en caso de apartarse del camino de lo sostenido en el mismo. En un juzgamiento ideal, de la misma forma los y las juezas, deberán dar razones adecuadas y suficientes de por qué se estima otorgar un valor probatorio a la pericia, precisamente porque esta no presente un estatus de conocimiento superior como muchas veces se suele creer.

¿Perspectiva ética de la sana crítica?

Si los elementos de la sana crítica, por su vaguedad e indeterminación, generan barreras difusas para la valoración probatoria desde su justificación, entonces, quizás este sistema de valoración probatoria y sus elementos pueda desplegar otro tipo de función como la configuración de un cierto baremo ético acerca de cómo el juez o la jueza debe decidir sobre los hechos. Esta afirmación está estrechamente emparentada con la función valorativa que la doctrina reconoce a la sana crítica, ya sea como la derivada de la recta razón, ya sea emanada del correcto entendimiento humano, pero en uno u otro caso como expresión de un ser humano que emplea criterios racionales para valorar la prueba.⁶³

Desde esta perspectiva, quien falla debe ser una persona razonable y el legislador ha estimado que un tipo de dicha especie es quien decide utilizando las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados. Dicho en otro sentido, quien legisla desea que sus juzgadores sean seres razonables que adopten deci-

63 Sobre la función valorativa de la sana crítica, véase Abel, 2015: 39 y ss.

siones, porque es consciente que la aplicación del derecho y su prueba, por su complejidad, es un sistema abierto, donde no todas las cuestiones y conflictos entre diversos intereses están resueltos. Y ello también se proyecta a la valoración probatoria y la adopción de la decisión sobre los hechos. Sin embargo, la razonabilidad no se agota solo en la aplicación de las reglas entendidas como elementos de la sana crítica. Estos elementos nos ayudan a identificar el baremo utilizable, pero bajo ningún punto este queda limitado solo a la utilización de dichas reglas.

El derecho probatorio anglosajón, especialmente motivado por la decisión de los jurados, no ha estado ajeno a estos estándares. De hecho, el estándar de la duda razonable en materia penal era una advertencia destinada a los jurados (Nieva, 2010: 86 y ss.) que, en su vertiente de convicción subjetiva, se presentaba originariamente como una limitación respecto de la interacción del sujeto que decide y la decisión que adopta. Las concepciones objetivas de la valoración de la prueba hacen entrar en este binomio al criterio de intersubjetividad de la decisión, principalmente controlable a partir de la motivación de la sentencia. Pero esto no significa que en la valoración probatoria no existan espacios de adopción de decisiones que no puedan ser del todo controlables. En la primera parte de este trabajo he querido ejemplificar lo anterior.

En el ámbito continental, y a pesar de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, la doctrina ha considerado, por ejemplo, que la presunción de inocencia presentaría un carácter admonitorio (Nieva, 2013: 72).

Sin ir más lejos, el origen del sistema de la sana crítica da cuenta de que con ello se quería generar un estándar de actuación, que tenía en vista un cierto modelo de juez y que, desde esta perspectiva, no apuntaba necesariamente a configurar originariamente limitaciones epistémicas que se proyectaran claramente en la motivación de la sentencia. La idea de sana crítica, en sus orígenes, se vinculó a un conjunto de reglas de buen juicio, a reglas admonitorias que pretendían regular la actividad de valoración de la prueba del juez (Benfeld, 2018: 307 y 323).

Es más, me atrevería a decir que la exigencia, en algunos ordenamientos jurídicos, de que el juez deba valorar toda la prueba y no solo la que ha servido para decidir es una directriz más bien contemporánea,⁶⁴ en

64 El inciso segundo del artículo 297 del Código Procesal Penal de Chile dispone: «El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba produ-

el marco de la influencia del racionalismo probatorio.

Lo anterior no significa que lo denominado aquí como perspectiva ética de la sana crítica sea la única capaz de explicar su finalidad. Lo que quiero significar es que la vaguedad o indeterminación de sus elementos, la limitación *ad ovo* para regular un fenómeno tan complejo como la decisión de los hechos en los procedimientos judiciales, hace que la visión ética con profundas raíces en la historiografía jurídica resurja con mayor fuerza y quizás aporte un sentido inexplorado. Si entendemos las limitaciones de la sana crítica como la configuración de un estándar ético de la actuación de juez, tiene sentido que ellas impongan deberes en el marco de la independencia judicial.

Enfoques de la valoración probatoria

Cuando hablamos de enfoques de la valoración probatoria nos estamos refiriendo a una perspectiva de análisis del fenómeno probatorio, sobre la aplicación de un conjunto de conceptos desarrollados por una disciplina. No se trata de visiones antagónicas ni contrapuestas, sino que de diversas formas de ver la actividad probatoria en los procedimientos judiciales. Para los efectos de este trabajo distinguiremos entre enfoque lógico, psicológico y matemático. Finalmente, me referiré a si la perspectiva de género puede o no ser una enfoque probatorio diverso de los anteriores.

Enfoque lógico

El mar de dudas que genera la imposibilidad de hablar de certeza en materia de hechos —cuestión ya conocida desde la Ilustración— ha tratado de limitarse a través del concepto de probabilidad lógica o inductiva (Taruffo, 2009a: 223). Este tipo de probabilidad —en oposición a la probabilidad matemática o pascaliana— pone su foco de atención en la relación entre la información emanada del medio de prueba y el enunciado fáctico que se intenta acreditar. Se trata de corroborar el acaecimiento del hecho que se expresa en uno o varios enunciados fácticos, a través de una relación principalmente inductiva entre el dato probatorio y el suceso fáctico. Esta vinculación inductiva justifica la presencia

cida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo».

de la relación en el mundo a través de la determinación del grado de corroboración de la hipótesis. En otras palabras, se trata de un proceso cognitivo donde un elemento de prueba, a través de una inferencia, genera un resultado probatorio que, a su vez, debe ponerse en relación con los enunciados fácticos que constituyen el *thema probandum* (Ubertis, 2017: 73). La fuerza epistémica del resultado probatorio va a depender de la fuerza de la justificación que posea la inferencia o generalización. Desde esta perspectiva, la prueba de los hechos se reconduce al grado de fundamentación que emana de los elementos de confirmación (de prueba o de juicio) disponibles con relación a esa hipótesis (Taruffo, 2009a: 224).

Como veíamos, Cohen (1977: 42) sostiene que la utilización de la probabilidad inductiva, entendida como un concepto que se basa en causas, permite dar solución a varios de los problemas observados respecto de los modelos de probabilidad cuantitativa o matemática. Desde esta perspectiva, la probabilidad de acaecimiento de un fenómeno es equivalente a su prueba (demostrabilidad), de ahí que se afirme que está probado lo que está demostrado por los antecedentes disponibles (Cohen, 1977: 13 y ss.; Gascón, 2010: 155; Nieva, 2010: 102). Ahora, la demostrabilidad de las hipótesis depende, a su vez, de la fuerza del nexo que vincula el dato con el resultado probatorio, y ello se produce por la aplicación de una generalización o criterio de inferencia.

La inferencia o generalización probatoria es el nexo que une los diversos nodos de la argumentación probatoria (Anderson y otros, 2015: 139; Schum, 1994: 82). Así, se presentaría una relación de tipo proporcional entre el grado de apoyo inferencial de la hipótesis y su probabilidad (Taruffo, 2009a: 226). En definitiva, más que constatar una frecuencia relativa del suceso, la probabilidad daría cuenta de la satisfacción del antecedente y de la generalización o inferencia en un caso en particular, captado por dicha estructura epistémica (Cohen, 1977: 203). La ausencia de datos estadísticos relevantes conlleva la utilización de generalizaciones extraídas de la experiencia o sentido común (Taruffo, 2009a: 227; Bex, 2011: 46). Este modo, «probatorio» de vincularse con los hechos del mundo tiene mucho en común con la forma de investigar y corroborar las hipótesis en el ámbito de las ciencias experimentales (Jackson, 1996: 314; Carnap, 1962: 23). De hecho, el mismo Cohen se basa en las observaciones que realizó respecto del método experimental, en donde analizó el paradigma del razonamiento experimental que Karl von

Frisch realiza sobre la discriminación de colores de las abejas en su obra *Bees, Their Vision, Chemical Senses and Language* (1964). Para probar su hipótesis von Frisch fue eliminando con experimentos explicaciones alternativas de los fenómenos (Aísa, 1997: 293; Cohen, 1977: 201).⁶⁵

Cohen desarrolla su propia teoría de la probabilidad inductiva, la cual involucra verificar el grado de sobriedad de la hipótesis a través de la aplicación de diversos test probatorios. Dichos test se construyen sobre la base de una lista de variables relevantes o generalizaciones de sentido común, que permiten afirmar o eliminar la hipótesis. Ello, como un producto de la aplicación de las teorías de la inducción de Bacon y Mill (Jackson, 1996: 313). La probabilidad inductiva, según el modelo de Cohen, toma en cuenta tanto la prueba creíble que apoya la hipótesis que se prueba como los cuestionamientos sin respuestas respecto de la plausibilidad de la misma hipótesis. En palabras de Anderson, Schum y Twining «no debiéramos ignorar lo que dijo [Cohen] sobre la importancia de la completitud probatoria en la graduación del peso de la prueba» (Anderson y otros, 2015: 318 y 319). En un sentido similar, Twining (2006: 127) señala que la tesis de Cohen acerca de la existencia de una probabilidad no matemática es correcta y que este modo de ra-

65 Cohen advirtió que von Frisch iba modificando tanto las hipótesis como las conclusiones a partir de lo que observaba, rompiendo con el aspecto lineal unidireccional que suele evocar la investigación científica. En el caso específico estudiado por Cohen, las abejas regresaban una y otra vez a una fuente de agua con azúcar, en un trozo de cartón azul. Pues bien, ¿quizás las abejas eran ciegas al color azul e identifican su lugar de alimento con matices grises? Esta hipótesis puede ponerse a prueba agregando contenedores de alimentos vacíos de color gris. Sin embargo, las abejas seguían regresando al contenedor azul. ¿Quizás las abejas son sensibles a reconocer al color azul? El resultado era el mismo si se cubría el cartón de color azul. ¿Y si las abejas son sensibles a los olores? Se cubrió el contenedor de alimentos con un plato y el resultado era el mismo. ¿Quizás no reconozcan otros colores? No obstante, cuando el experimento se realiza con otros colores, las abejas son capaces de distinguir entre azul-verde, azul y ultravioleta. Las circunstancias de la experimentación fueron modificadas a fin de constatar variaciones en sus resultados. Si ello no ocurría y el resultado continuaba de acuerdo con la hipótesis inicial y las explicaciones alternativas eran eliminadas, entonces podía afirmarse que la hipótesis originaria (las abejas distinguen colores) puede considerarse confirmada. Es decir, la experimentación científica utiliza grupos de control para confirmar la hipótesis planteada, de forma paralela, pero no independiente, a los datos que confirman positivamente la hipótesis. Cohen se percató que este tipo de proceder en ciencias experimentales es muy similar a cómo las personas utilizan las generalizaciones en la vida diaria, y lo lleva a plantear su nuevo concepto de probabilidad inductiva.

zonamiento es apropiado para un buen número de asuntos probatorios en contextos forenses.

En definitiva, cuando hablamos de enfoque lógico de la valoración probatoria nos referimos a que se considera esencial la existencia de un nexo inferencial o lógico entre el medio de prueba y el enunciado que se intenta acreditar que, generalmente, revestirá la forma de razonamiento inductivo. La doctrina da cuenta de ello a través, también, de la denominación de probabilidad lógica o inductiva.

Este enfoque ha sido compartido por Cohen (1977: 14 y ss.), Haack (2008: 236), Taruffo (2009a: 256), Wroblewski (1989, 171 y ss.), Gascón (2010: 156 y ss.), Ferrer Beltrán (2007: 27 y ss.), Ubertis (1996: 27 y ss.), González Lagier (2003: 41), Nieva (2010: 283), Andrés (1992: 283) y Priori (2016: 179 y ss.), entre otros.

Ahora, también podemos considerar dentro de un enfoque lógico de la valoración de la prueba a aquellos autores que reconoce que el razonamiento probatorio adopta una forma silogística —como todos los mencionados a lo largo de este trabajo— aunque no todos ellos puedan considerarse que adhieren al inductivismo probatorio.

Carrera (1962: 342 y 344) señala que la prueba es el enlace o conexión entre los dos polos o ejes fácticos del proceso (la declaración fáctica de las partes y la declaración de certeza judicial. En efecto, el paso de los hechos conocidos a los desconocidos se hace necesariamente por medio de las máximas o reglas de experiencia.

Silva (1963: 60 y ss.), por ejemplo, da importancia a la solución silogística en materia probatoria, pero matiza acerca de la distinción entre hecho y derecho. Señala: «La premisa mayor es ciertamente una premisa de derecho, pero la premisa menor no es simplemente premisa de hecho, siendo por mitad de hecho y de derecho, en cuanto se compone de un sujeto que enuncia una noción de hecho y de un predicado que enuncia una noción de derecho».

En relación con la prueba directa o indirecta, Cordero (2000: 3) señala que el único casi genuino de prueba directa puede hallarse en los delitos cometidos en el juzgado, en audiencia. En todos los demás casos la prueba es indirecta.

Cordero señala que en cuanto es un fenómeno atípico y estadísticamente minúsculo el conocimiento directo, entonces en materia probatoria debemos trabajar con *equivalentes sensibles* (Cordero, 2000: 11).

Enfoque psicológico

La relación entre el derecho y psicología no ha sido muy fructífera. Cada vez se avanza más hacia una interrelación entre ambas áreas, pero ello no se ha logrado de forma importante. Quizás tenga razón Muñoz Sabaté (1980: 15) cuando hace referencia al «celebre caparazón impermeabilizado de los juristas» que impide apreciar y servirse de los avances de otras ciencias experimentales, como la psicología:

Una de las paradojas más ostensibles en el campo del derecho es que, admitiéndose hasta la saciedad la participación que en el mismo tiene la psicología, no se haya producido hasta la fecha un enfoque metodológico y sistematizados de los conocimientos psicológicos aplicados a la ciencia o técnica jurídica. Es como si la medicina, con todo querer mejorar sus aplicaciones sobre el ojo humano o el metabolismo, hubiese permanecido de espaldas a los avances de la física óptica y de la química del carbono. Las causas de este fenómeno pueden ser varias. Por un lado, el célebre caparazón impermeabilizado de los juristas, la mayor parte de ellos alejados del método científico y de las corrientes antropológicas; por otro lado, el diletante psicológico de que han hecho gala y que tal vez les haya inducido a suponer que no necesitan de una psicología *especial* distinta de la propia. Por último, no menos culpable de todo ello es la propia psicología científica que, habiendo tenido hasta las fechas recientes poco que ofrecer a los psicólogos, fácil resulta imaginarse de qué modo habría de inspirar a los juristas.

También, en cuanto no existe una familiaridad entre los operadores jurídicos y la aplicación del método científico. Lo cierto es que cada vez se hace necesario recurrir a otras áreas del saber para ayudar a responder preguntas que los juristas se hacen, y que no son de dominio exclusivo del ámbito del Derecho.⁶⁶

Harto camino se ha recorrido al pasar desde una incipiente duda de la aplicación de teorías psicológicas al ámbito del derecho hacia el camino de distinguir dentro de la psicología jurídica o aplicada al derecho, la

⁶⁶ En este sentido, Ragués (1999: 334) considera que «sin embargo, la diferencia de lo firmado para la determinación del tipo subjetivo, hoy en día si se admite de forma generalizada que ciencias como la psicología o la psiquiatría pueden aportar orientaciones decisivas sobre la imputabilidad del acusado. Por este motivo no sólo resulta recomendable, sino necesario, que se acuda a ellas para dilucidar las posibles dudas sobre dicha imputabilidad».

psicología judicial o forense. La primera, se refiere en general a la parte de la psicología que estudia los elementos psicológicos del derecho (Soria, 1998: 12). La segunda, es la psicología aplicada al contexto judicial de la conducta humana, centrándose así en los procesos judiciales y sus relaciones con los fenómenos psicológicos individuales (Garzón, 1994: 30). A partir del año 1950 la psicología jurídica empieza a interesarse por los aspectos psicológicos de las decisiones de los tribunales (Garzón, 1994: 31).

Ahora, lamentablemente la importancia anglosajona que ha tenido este enfoque ha llevado que los estudios se centren en la apreciación de los medios de prueba y en la construcción de los veredictos del jurado. Por ejemplo, el enfoque cognitivo en Estados Unidos a través de la vertiente de la psicología legal (*psychological jurisprudence*) se ha centrado principalmente en la toma de decisión de los jurados, dejando huérfano el campo de la toma de decisión de los jueces. (Simon, 1999: 30 y ss.)

Por otro lado, el proceso judicial anglosajón se ha mantenido en un gran caos desde que el realismo atacara al formalismo jurídico (Simon, 1999: 3). Inicialmente eso llevó que se aceptara una labor creativa del juez, lo cual facilitó la entrada de la psicología cognitiva en el análisis jurídico y en el estudio del proceso de decisión judicial como síntesis de conocimiento de lo sucedido con base a los elementos de prueba. Sin embargo, ese enfoque fue abandonado y se ha centrado más en aspectos indirectos que pueden afectar la decisión judicial, como credibilidad o no de los testigos, la influencia de la ideología propia del juez en su decisión, la publicidad del caso, la revisión de su decisión por otras instancias, etcétera. No obstante, actualmente el estudio de la toma de decisión judicial como objeto de estudio no ha sido del todo satisfactorio en los ordenamientos jurídicos de la herencia románica continental, oscilando entre lo que las ciencias jurídicas y la epistemología pueden aportar a él, y lo que la psicología general describe acerca de la toma de decisión. También ha contribuido a esta situación la dificultad para recrear el escenario de la toma de decisión judicial con todos sus particularidades y presiones al juez que invalidan de entrada las recreaciones de esta situación que se han hecho en estudios de campo. Por otro lado, resulta difícil que las y los psicológicos puedan captar todos los matices e importancias de las instituciones jurídicas como lo haría un jurista del mismo modo —*mutatis mutandi*— en el sentido inverso. Los aspectos jurídicos para la psicología y los alcances psicológicos para el derecho

forman parte del currículum de especialización y no de formación general de cada disciplina.⁶⁷

Si bien es cierto no sería justo afirmar que en el ámbito continental no se han realizado estudios concernientes a la toma de decisión por parte del juez (Jiménez, 1994: 69 y ss.; Soria, 1998: 15 y ss. y toda la literatura que en estas obras se cita al respecto), ellos tropiezan con impedimentos metodológicos importantes, como la imposibilidad de recrear las condiciones en que los y las juezas se encuentran al momento de decidir y aplicar el derecho en juicio. No es lo mismo estudiar cómo un jurado lego adopta un veredicto que la forma en que un juez o jueza decide aplicar una determinada norma jurídica respecto de unos hechos en particular.

¿Puede la psicología aportar al estudio de la adopción de la decisión del juez o jueza sobre los hechos del pleito? Sin duda que sí, pero ello también implica realizar algunos comentarios o alcances.

El juez o jueza para responder a la pregunta, ¿Juan es culpable del homicidio que se le imputa? ha de realizar, principalmente, dos operaciones mentales: a) un proceso de obtención de información sobre lo sucedido y b) un proceso de toma de decisión de entre todas las hipótesis y/o resolución de problemas. Es lo que se quiere decir cuando se afirma que los atributos de la jurisdicción son «conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado»⁶⁸ sobre todo en los dos primeros. O lo que es más técnicamente correcto, la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica (Serra, 1969: 50).

Creo que es posible delinear un poco más sobre cómo se realiza el proceso de información acerca de lo sucedido a través de algunos de las teorías de la psicología cognitiva que, precisamente, se preocupan de ello en las situaciones cotidianas de las personas. Por otro lado, el

67 Hay que tener en consideración, por ejemplo, que la asignatura de la psicología del pensamiento en el grado de psicología generalmente será un ramo optativo o de especialización. Ello impide, por ejemplo, la existencia de gran variedad de manuales que permitan aprender sus contenidos de forma sencilla. Por otro lado, tampoco el jurista está relacionado con la dinámica de elaboración de contenidos y conclusiones a partir de estudios de campo que aplican el método científico.

68 Por ejemplo, Nieva (2012: 35) considera: «las legislaciones de cualquier Estado señalan que sus tribunales son competentes para conocer de cualquiera de los delitos acaecidos [*sic*] el territorio nacional». También, Gimeno (2009: 81 y ss.); Montero, por su parte, se refiere a ella como garantía jurisdiccional de la aplicación del derecho penal (2010: 11 y ss.).

proceso de toma de decisión también puede ser esclarecido si se toman para ellos conocimientos de la psicología del pensamiento, que precisamente trata sobre como las personas toman sus decisiones y resuelven problemas.

Por último, es cierto que quizás opere la intuición, la corazonada o el llamado *olfato jurídico* en los espacios vacíos o huérfanos de explicación que deje la psicología, la epistemología u otros enfoques. Sin embargo, a veces en las decisiones judiciales estos aspectos no sujetos a control tienen una mayor relevancia de lo que se piensa, como lo ha evidenciado algunos estudios.⁶⁹ Por ello, como afirma, como último recurso podemos recurrir a la sana crítica como o estándar ético.

Es interesante desde el punto de vista jurídico analizar el proceso de toma de decisión judicial de los procesos mentales que realiza el juez y de las operaciones cognitivas.⁷⁰ Creo que en este esquema es posible encontrar elementos jurídicos que influyan la decisión, junto con otros. Por otro lado, muchos de los puntos desarrollados por la psicología son coincidentes con algunas conclusiones relativas a la decisión judicial elaborada por juristas (Simon, 1999: 34).⁷¹

Explicación general de los enfoques más importantes de la psicología del pensamiento

Si bien directamente el tema pudiera parecer irrelevante para la investigación, considero que una breve noción acerca de estos enfoques permitirá al lector situarse mejor cuando analicemos posturas específicas

69 En este sentido, Simon (1999: 5 y ss.) afirma que la confianza en la intuición o corazonada es más pertinente de lo que la mayoría de los jueces cree, pero su campo inexplorado es muy confuso como para influenciar el proceso de toma de decisión judicial de forma significativa.

70 Simón (1999: 18) considera que la naturaleza del razonamiento judicial está íntimamente relacionada con los procesos mentales operativos en la toma de decisión judicial. De esta forma, si se quiere entender los aspectos esenciales de la toma de decisión judicial deben estudiarse los procesos cognitivos a través de los cuales estos se toman.

71 Nieva (2010: 113): «los autores que han estudiado la prueba, en general, han destacado la enorme importancia del enfoque psicológico en la valoración de la misma [...] no es solo que den noticia de la importancia de la psicología en la valoración de la prueba, sino que hasta dicen exactamente lo mismo que los psicólogos en el sentido de que dicha ciencia se relaciona directamente con las máximas de experiencia».

referentes al razonamiento, las cuales aplicaremos al proceso de valoración de la prueba.

La psicología del pensamiento, como campo de estudio específico dentro de la psicología, tiene una estrecha relación con la búsqueda y precisión del objeto dentro de la psicología general. Y, en este sentido, es posible afirmar que es la lucha entre las diversas corrientes y escuelas las que permiten que se llegue a la psicología cognitiva, corriente de la cual deriva la psicología del pensamiento (González, 2009: 9 y ss.).

La psicología cognitiva considera —a rasgos generales— que el pensamiento es un procesamiento de la información por parte de individuo. Se vuelve al estudio de la mente desde una perspectiva más objetiva, y se consideran los procesos mentales como análogos a la que realizan por mecanismos o sistema de procesamiento de la información, como ordenadores.⁷² Un sistema de procesamiento de la información ha de ser capaz de proporcionar un procedimiento que genere inferencias a partir de los conocimientos almacenados. Las situaciones desconocidas deben afrontarse relacionando la información nueva con la almacenada, pero para ello se deben seleccionar unos conocimientos anteriores específicos y, a partir de ellos, realizar las inferencias relevantes (Simon, 1999: 33).⁷³ Es importante que el sistema no se pierda entre los miles de inferencias posibles, para ello ha de seleccionar aquellas que sean más pertinentes para cada situación. Ahora, llevar estos conocimientos a la decisión judicial solo nos servirán para explicar, en parte, cómo el juez toma la decisión. Es decir, estos enfoques nos proporcionarán una mirada descriptiva de la decisión judicial que no en todos los casos cumplirá con los cánones que el derecho exige en la materia (visión prescriptiva). En este último caso más bien estaremos en el campo de la motivación judicial (Simon, 1999: 21), que deberá responder a un proceso de racionalización de la toma de decisión —respetando las normas jurídicas aplicables— por producirse en un contexto institucionalizado.⁷⁴ La mi-

72 Por ejemplo, Lashley asume como punto de partida de su estudio una equivalencia entre los bits de los ordenadores y las neuronas cerebrales.

73 El autor considera que el esquema inferencial de la toma de decisiones, en el modelo psicológico, está diseñado para enfrentar la tarea que llevan a cabo los jueces; realizar discriminaciones entre las opciones concurrentes de cursos de acción influenciados por una multitud de inferencias.

74 El autor considera que los modelos psicológicos sugieren que el proceso de racionalización es secundario dentro del proceso de toma de decisión. Los modelos

rada descriptiva de la decisión no es una cuestión completamente inútil y desvinculada de la motivación como se pudiera pensar. Si sabemos como adoptamos una decisión, también podremos saber dónde dicha adopción se opone o no es respetuosa con a la finalidad de la búsqueda de la verdad de los hechos. El derecho probatorio en estos casos puede operar con un especial refuerzo para evitar que dichos errores se cometan. De otro lado, conocer cómo deciden jueces y juezas es aproximarse al estudio de un condicionamiento de la aplicación del derecho: en nuestro sistema los jueces y las juezas, con sus virtudes y defectos, son los que están investidos de la titularidad jurisdiccional y, por tanto, los que tienen la potestad de aplicar el derecho de forma coactiva. Aunque suene una perogrullada: frente a un conflicto, el derecho se aplica por jueces y juezas.

Se afirma que la psicología del pensamiento tiene como objetivo específico de estudio el proceso de toma de decisiones y de solución de problemas. La característica esencial de este proceso es la propositividad, de modo que podemos entender que cuando nos referimos a la noción de pensamiento ella constituye una acción propositiva e intencional de conseguir llegar a una conclusión. En este sentido, no se desconoce que para este proceso no tengan importancia, por ejemplo, la psicología del aprendizaje o de la memoria, ni tampoco los razonamientos reglados dentro de un sistema lógico. Lo que pasa es la psicología del pensamiento tiene como objeto específico al marco de la toma de decisiones y solución de problemas.

Las tres grandes tradiciones teóricas que mantienen diversas posiciones sobre la psicología del pensamiento son: a) modelos lógicos, formales o sintácticos (modelos normativos y simbólicos), b) los modelos contextuales (esquema de razonamiento pragmático, contrato social, etcétera.) y c) los modelos semánticos (heurístico, teoría de los modelos mentales).⁷⁵ Sobre estas solo desarrollaré los aspectos que me parecen

se enfocan en la fase inicial de toma de decisión, pero no en la racionalización de la misma.

⁷⁵ Como bien lo expresa Gabucio (2005: 42), la psicología del pensamiento se enfrenta con una dificultad adicional que es la proliferación de estudios sobre los distintos tópicos que hacen difícil poder trazar tendencias o marcos generales. Por ejemplo, el mismo autor hace suya la clasificación de Jonathan Baron entre modelos descriptivo, modelos prescriptivos y modelos normativos. Por mi parte, creo que es más ilustrativo para los juristas optar por del modelo de exposición de las corrientes

más importantes de acuerdo con la finalidad de este trabajo, reenviando desde ya al lector a la literatura general disponible que citaré si desea una visión más completa y acabada desde la perspectiva de la psicología.

1. *Modelos normativos, lógicos o sintácticos*. Los modelos normativos o lógicos son aquellos que utilizan las reglas clásicas de la lógica formal para tomar decisiones e interactuar en el mundo. Estos modelos sostienen que el razonamiento está compuesto por reglas de inferencias que el sujeto utiliza para resolver los problemas y tomar decisiones.

Corral y Asensio (2010: 105) plantean:

La deducción es comprendida como un proceso esencialmente formal y sintáctico, en el que los sujetos primero acceden a la forma lógica de los enunciados, luego al repertorio de reglas de inferencias para derivar la conclusión adecuada problema, finalmente traducen la conclusión formal al contenido del problema. Aunque incluyen mecanismos para explicar los efectos semánticos y pragmáticos en el razonamiento, no lo sitúan en el proceso deductivo mismo. Estas teorías serían las más cercanas a las posiciones logicistas clásicas».

Este enfoque posee muchos puntos de contacto con el enfoque lógico de la valoración de la prueba y con los principios lógicos como los elementos y las limitaciones del sistema de la sana crítica. Solo creo relevante anotar que, a partir de las reglas de la lógica formal los sucesos del mundo son o no son (principio del tercero excluido) y, por tanto, las reglas de inferencias utilizadas para vincular los elementos no suelen tener excepciones. De eso se trata, también, la utilización del *modus ponens*: poder comprobar la verdad de la conclusión a partir de la verdad de las premisas, efecto que no se produciría si las reglas de inferencias (por ejemplo, Si A, entonces B) admitieran excepciones.

También deriva de la aplicación del *modus ponens* la configuración del principio de causación (causa y efecto), en virtud del cual todo fenómeno del mundo es producido por una causa que le puede dar explicación. Existen reglas de comprobación de la relación causa efecto, dentro de las cuales se encuentra que la causa se dé siempre que ocurra el efecto,⁷⁶ lo cual no se cumpliría si esta relación admitiera excepciones.

que propone Carretero (2010: 16 y ss.)

⁷⁶ Por ejemplo, si A es la causa de B, entonces A tiene que suceder antes que B, siempre que suceda A suceda B, que A y B estén situadas próximo en el tiempo.

En estos modelos normativos se incluyen aquellos que emplean tanto un razonamiento deductivo, como el razonamiento inductivo. Una descripción de la operatividad de estas estructuras en niños jóvenes y adultos puede verse en la obra de Inhelder y Piaget (1996: 13 y ss.). Como era de esperar este enfoque fue criticado en cuanto se ha descubierto que las personas no solo deciden con base a estructuras mentales de carácter formal de manera exclusiva.⁷⁷ De otro lado, las reglas de la lógica formal solo tienen por objeto identificar razonamientos erróneos, por lo que su vocación descriptiva de la realidad es criticable.

2. *Modelos contextuales.* Dentro de estos modelos se encuentran los esquemas pragmáticos de razonamiento de Cheng y Holyoak. La elaboración de estos autores se sitúa dentro de las corrientes pragmáticas del razonamiento que, *grosso modo*, identifican un resultado correcto con el más útil de acuerdo la finalidad perseguida por el que resuelve el problema. La ventaja de esta forma de entendimiento de la resolución de problemas es que nos permite saber cuándo una respuesta o solución es correcta y cuando no. A diferencia de otros modelos, como los semánticos de los heurísticos y sesgo que, principalmente, señalan cuando una decisión no es correcta, sin embargo, no se pronuncian como opera el pensamiento en el caso contrario.

A partir de sus experimentaciones, Cheng y Holyoak (1985: 319) sugieren que las personas cuando razonan sobre situaciones reales no lo hacen usando inferencias sintácticas de libre contenido (*content-free syntactic inferences*) ni tampoco representaciones de acuerdo con sus experiencias específicas. Por el contrario, recurren a conocimientos estructurales abstractos de sus experiencias cotidianas u ordinarias, tales como permisos (*permissions*), obligaciones (*obligations*) y causalidades (*causations*). Tales estructuras de razonamientos se denominan esquemas de razonamiento pragmático (*pragmatic reasoning schemas*). Estos esquemas consisten en un sistema generalizado de preferencias, cuyas reglas son sensibles al contexto (a diferencia de las reglas puramente sintácticas) y que se definen de acuerdo con las clases de objetivos (1985: 395), como las medidas deseables o predicciones acerca de acontecimientos futuros. Además, estos esquemas se nutren, a su vez, de las relaciones que existen entre los diversos objetivos trazados (relación causa efecto, preacción acción, etcétera).

⁷⁷ Véase Carretero (2010: 55 y ss.), y toda la literatura que cita al respecto.

El esquema pragmático se extiende más allá de la finalidad sintáctica de las reglas de la lógica al integrar relaciones causa efecto y relaciones de predicción que se configuran de forma no lógica. Estos autores pudieron comprobar en sus experimentaciones los sujetos arribaban a mejores resultados cuando se les contextualiza la necesidad de emplear ciertas reglas, incluso lógicas. No es lo mismo explicarle a una persona que quizás nunca ha enviado una carta en su vida que debe comprobar que cada carta sellada tenga una estampilla, que encomendarles la misma tarea a personas que se encuentran familiarizados con el envío de cartas. Los primeros tenderán a ver la regla como algo arbitrario; los segundos tenderán a ver la regla en términos de permisión, lo cual conllevará mejores resultados (Cheng Y Holyoak, 1985: 399).⁷⁸ Igual situación podemos pensar del funcionario cuya función es controlar los ingresos a un edificio de una empresa. Supongamos que él nunca para entrar a ningún lugar ha requerido ni usado un código QR. Seguro que, ahora con la pandemia del covid-19, exigir un pase de movilidad vigente, para él puede ser algo muy raro, incluso algo arbitrario. La consideración debiera ser distinta respecto de cualquiera otra persona que ejecute la misma función y que esté familiarizada con el uso de los códigos QR.

A mi modo de ver, la ventaja de los modelos pragmáticos está en darle importancia al contexto en el sentido de entender que las decisiones no son la mera aplicación de reglas aisladas, sino que se enmarcan en objetivos y en contextos que condicionan la operatividad de ciertas reglas y el entendimiento del ambiente. Por otro lado, como ya anoté, estos modelos pragmáticos ofrecen una respuesta a cuándo debe estimarse que un proceso de razonamiento es correcto de acuerdo con el contexto que los objetivos propuestos, a diferencia de otros tipos de modelos o enfoques de la psicología del pensamiento.

3. *Modelos semánticos.* Los modelos semánticos de la psicología del

⁷⁸ Los autores expresan la hipótesis de su primera experimentación (*envolved problem*) de la siguiente manera: «A possible explanation for the conflicting results obtained with the envelope problem (discussed earlier) is that subjects who have had experience with the postal rules (or one that is highly similar to it) understand the rule in terms of a permission—one is permitted to seal an envelope only if it carries a certain amount of postage. In contrast, subjects who have not had any experience with such rules perceive it as being arbitrary. If people in fact reason using pragmatic reasoning schemas, then it may be possible to improve performance by evoking a facilitating schema, such as the permission schema, without providing subjects with experience on specific rules».

pensamiento ponen énfasis en la significación de los actos que el sujeto considera como referente para resolver sus problemas o tomar sus decisiones. El pensamiento, de esta forma, no necesariamente representa una sucesión de actos formales que cumplen con ciertas reglas que lo llevarán a una conclusión correcta, sino que es sensible también a otros aspectos colaterales proporcionados por la situación que el individuo intenta resolver.

a) Los modelos mentales. La teoría de los modelos mentales cuestiona el hecho de que las reglas formales tengan una importancia o utilidad como modelo de actuación del razonamiento humano, considerando que la existencia de un sistema lógico no es condición necesaria para la operatividad del razonamiento deductivo (Corral y Asensio, 2010: 105).⁷⁹

Los modelos mentales son representaciones de situaciones reales o imaginarias, que pueden ser construidas desde percepciones, la imaginación o la comprensión del curso (Corral y Asensio, 2010: 103).⁸⁰

Esta teoría, que inicialmente fue pensada para ser aplicada al razonamiento silogístico de la inferencia lingüística, actualmente se ha estado aplicando a otros ámbitos como los del razonamiento inductivo entre otras materias. Este enfoque se basa en que los seres humanos, para interactuar con su entorno, construyen una serie de modelos mentales de carácter interno relativos al mundo externo. Asume como punto de partida que el entendimiento del mundo externo no necesariamente es de carácter lógico (reglas de inferencia) sino más bien opera a partir de los significados de las situaciones descritas (semántica). Piénsese en lo difícil que puede ser manejar por una persona 512 clases de silogismo que han sido identificados (Nieva, 2010: 114). En efecto, aun manejando los 64 pares clásicos o tradicionales, algunos de ellos son de muy difícil aplicación (Johnson-Laird, 1987: 65).

⁷⁹ Los autores consideran que la deducción puede explicarse como un proceso semántico pasado modelos mentales y las inferencias correctas son posibles sin utilizar reglas de lógica formal.

⁸⁰ Nieva (2010: 115) considera: «pues bien, esa representación contiene unos datos clave que hacen que la identifiquemos con ese objeto discutido, si también contiene esos datos claves. Esa representación es un “modelo mental” que proviene, normalmente, de la cultura general de cada sujeto, y que no sirve para reconocer aquello que percibimos. A la hora de identificar el objeto, lo que hacemos es buscar ese modelo mental. Bando lo hemos encontrado buscamos también modelos mentales alternativos. Si no nos hallamos, determinamos inmediatamente el objeto discutido. De lo contrario, el objeto se queda sin identificar».

Desde esta perspectiva, el razonamiento humano no se explica necesariamente como un proceso formal y sintáctico, si no como un proceso cimentado en la comprensión de significaciones y en la articulación de los modelos mentales basados en esos significados y en los conocimientos que el sujeto posea (Johnson-Laird, 1987: 106).⁸¹

En el ámbito probatorio esta teoría podría explicar cómo el juez o la jueza construye o escoge las reglas de inferencia con las cuales vincula los indicios probatorios con ciertas conclusiones respecto de los hechos (Nieva, 2010: 115).⁸² En este sentido, se podría afirmar que los indicios probatorios son el condicionante de la operatividad de los modelos mentales como explicación de los hechos, a fin de facilitar la aplicación o no de la norma jurídica.

Ahora, en materia judicial, el juez o la jueza que valora la prueba construye sus modelos mentales de acuerdo con una serie de antecedentes como su experiencia, la jurisprudencia, las resoluciones adoptadas en casos anteriores similares, las decisiones de los tribunales superiores,⁸³ de la lógica común, etcétera. Piénsese sobre la dotación de contenido de una determinada máxima de la experiencia que utilice el juez o jueza. Esto es importante porque, aunque se piense lo contrario, la aplicación de un conjunto de normas jurídicas que pudieran ser concurrentes en un determinado caso condiciona la aplicación de ciertos modelos mentales fácticos que están en la base de cada una de estas regulaciones jurídicas. Por ejemplo, la legítima defensa como institución jurídica tiene sus raíces en la estructura fáctica del «duelo». Desde esta perspectiva, de allí que sea difícil reconocer una legítima defensa cuando la agresión no

81 El autor plantea: «a diferencia de las reglas de inferencia que describen procesos de derivaciones sintácticas a partir de forma lógicas, el razonamiento mediante modelos es un proceso semántico, precisamente porque su construcción desde el discurso depende del significado y del conocimiento del mundo. Lo sintáctico concierne a la forma de las expresiones, los semántico concierne a la relación, por ejemplo, de los términos en un lenguaje y lo que ellos relatan fuera del lenguaje, en realidad».

82 Nieva lo expresa de esta forma: «aplicando lo anterior al razonamiento probatorio (en explicación de los modelos mentales), cuando tenemos unos indicios, los mismos son esos conceptos clave de un modelo mental, es decir, de una determinada versión de los hechos. Si no localizamos otros modelos mentales alternativos con esos mismos datos clave, tenemos la versión por cierta». El paréntesis es mío.

83 Recordar lo que anotábamos respecto del comportamiento estratégico de los jueces. Véase Posner, 2011: 41.

es actual o inminente, aun cuando ello no sea una exigencia expresa de nuestro Código Penal. La falta de inminencia o actualidad de la agresión dificulta la representación mental de que quien se defiende tiene que estar en una cierta posición de igual respecto de quien ejecuta la agresión.

Por otro lado, los modelos mentales también pueden ser útiles para explicar algunos fallos o errores en la solución de los problemas aplicados por los jueces y las juezas a la valoración probatoria. Por ejemplo, cuando se arriba a conclusiones erróneas, generalmente estas retroalimentarán y adaptarán las premisas sobre las cuales se sustenta para que el resultado sea más coherente (Nieva, 2010: 115). Esto resulta muy similar a lo que afirma Simon (2004: 522 y ss.) respecto del carácter bidireccional de la valoración de la prueba desde el punto de vista psicológico, como anotaba en apartados anteriores. Ello no sería otra cosa que aplicar lo conocido de manera más fácil respecto de las explicaciones de los hechos menos conocidas. Esto también puede ser explicado a través de los heurísticos (anclaje y ajuste) sobre los cuales haré referencia más adelante.

Nieva (2010: 115 y ss.) plantea:

Esta última conclusión es especialmente útil en el ámbito judicial, puesto que es la responsable de la enorme mayoría de errores en la valoración de la prueba. Sin descartar la influencia de las dos anteriores predicciones, lo que resulta evidentemente más peligroso es que el juez identifique enseguida el modelo mental de que se trata para valorar la credibilidad una versión, porque si lo localiza inmediatamente sin darse tiempo a buscar opciones alternativas, puede acabar incurriendo en un error. En cambio, si busca esas alternativas la garantía da cierto es muy superior. Con ello, fijémonos que el enfoque de los modelos mentales da una primera razón sólida del porqué del desacierto de tantas y tantas instrucciones y deducciones probatorias. Simplemente, el juez no se han planteado alternativas porque, a primera vista, le ha parecido creíble la primera versión de los hechos que le han ofrecido.

Como bien anota Nieva (2010: 116), la teoría de los modelos mentales, si bien no está concebida para tener una aplicación jurídica, logra explicar la deficiencia de los modelos epistemológicos en la medida que sugiere que en los esquemas de razonamiento inductivo se deben confirmar las premisas y calcular la fuerza de la inferencia (Johnson-Laird, 1994: 196 y ss.). Esto resulta particularmente interesante porque la doc-

trina procesal está evidenciando de forma contundente que la labor de los tribunales se centra principalmente en el establecimiento de los indicios, sin haber mayor reflexión acerca de la corrección o suficiencia de las máximas de la experiencia que se utilizan para vincular esos elementos probatorios con ciertas conclusiones que servirán de base para el pronunciamiento judicial (Nieva, 2010: 116).

La pertinencia o corrección de las reglas de inferencia se puede establecer a partir de dos principios: a) consistencia de las premisas: la conclusión es válida si las premisas también lo son en un determinado sentido; b) falibilidad de la conclusión: si cabe imaginar otras situaciones en que las premisas sean verdaderas pero la conclusión falsa esto hará más débil a la regla de inferencia. Así, en este tipo de casos la fuerza de la inferencia será proporcional al número de situaciones en que la conclusión sea verdadera. Por el contrario, si no es posible imaginar contextos alternativos que debiliten la fuerza de la inferencia, esta se fortalecerá (Johnson-Laird, 1994: 197).

Lo anterior desde el punto de vista probatorio significa que, siendo verdaderos los indicios, la versión de los hechos también lo será en cuanto no existan otros modelos mentales que puedan explicar los hechos con base a los mismos indicios. Desde otra perspectiva, si varios modelos mentales contemplan que los indicios sean verdaderos y una determinada versión de los hechos también lo sea, entonces esta versión de lo sucedido tenderá a tener un mayor grado de veracidad.

Johnson-Laird lo expresa de esta forma:

Pero justamente en este punto es donde el enfoque de los modelos mentales resulta más útil, ya que, para obtener ese deseado grado de confirmación, solo es necesario observar los modelos mentales que haya sido posible concebir. Supongamos que, dados unos indicios, son diez los modelos mentales alternativos que pueden imaginarse en los que los indicios sean verdaderos. Pues bien, si la mayoría de sus modelos la conclusión es una y la misma, la versión de los hechos era muy creíble. Pero si difieren casi todos y resulta confirmada solo en una, dicha versión tendrá más posibilidades de ser falsa.

En este sentido, creo que tiene razón la doctrina procesal cuando afirma que los modelos mentales pueden ofrecer una explicación más satisfactoria de cómo los jueces y las juezas estructuran las diversas hipótesis sobre los hechos. También, en cuanto nos ofrece una manera más segu-

ra de calcular el grado de confirmación de las hipótesis en función de la posibilidad de encontrar modelos mentales alternativos que concurran respecto de los hechos de la hipótesis (Nieva, 2010: 118).

Esta noción de los modelos mentales junto con la aplicación de otros estudios realizados en el marco de la psicología del pensamiento, creo que nos permitirán tener una mejor visión panorámica de la labor de la judicatura con respecto a la elaboración de las hipótesis. A mi modo de ver, no solo es suficiente la existencia de modelos mentales alternativos que justifiquen o que hagan débil la hipótesis que se plantea, sino que también es necesario aplicar otro tipo de conceptos como la operación de categorización. Esta es realizada por el juez o la jueza en un primer momento para descartar del árbol tentativo de hipótesis aquellas más débiles que no se pueden situar en sus esquemas mentales. Estas consideraciones, junto con una decisión contextualizada de acuerdo con los criterios de los modelos pragmáticos, permiten hacer frente de mejor manera a las críticas que se han realizado a la aplicación del enfoque en materia judicial.

Nieva (2010: 119) considera:

Pero, desde luego, la teoría de los modelos mentales también tiene sus desventajas. No es solamente el exceso de confianza en el primer modelo mental que parece plausible lo que puede conducir al fracaso de esta teoría. El mayor peligro que personalmente percibo en la misma es que un exceso de imaginación y retórica construya modelos mentales perfectamente plausibles que conduzcan a la desestimación de una hipótesis perfectamente razonable, simplemente porque dichos modelos mentales se han presentado por la forma retóricamente correcta.

b) Heurísticos y sesgo de información. Como ya he intentado explicar, los jueces y las juezas poseen una gran cantidad de información que está disponible como herramienta para la resolución del caso. En términos de inteligencia artificial, los diversos modelos mentales, hipótesis fácticas u otras estructuras derivadas de la experiencia o de la jurisprudencia constituyen la base de datos sobre la cual la judicatura trabajará. Al igual que los buscadores de internet son una herramienta para acceder a la información que se encuentra por todo el mundo, del mismo modo el juez o la jueza precisa herramientas para poder acceder de una manera óptima a es la gran cantidad de información que tiene. En este sentido, la mente humana como base de datos es deficiente, ya

que al ser limitada la memoria el cerebro busca atajos para acceder a esa información abundante (Keane. 1990: 221 y ss.; Ceacero y González, 2009: 430; Serra, 1963: 6; Johnson-Laird, 1994: 202), sobre todo cuando se tiene una información previa. Estos atajos o caminos que se emplean para acceder o recordar casos anteriores que se han visto, leído o estudiado se denominan heurísticos.

El sistema de los heurísticos fue diseñado por dos psicólogos, sin embargo, ha tenido aplicación en diversas áreas del conocimiento como la economía. Uno de estos heurísticos es el de la representatividad. Según este, los individuos suelen resolver sus problemas o enfrentarse a realidades desconocidas de acuerdo con las inferencias trazadas según su conocimiento previo. Por ejemplo, la probabilidad de que una persona sea bibliotecaria se avalúa de acuerdo con si esta es representante o similar al estereotipo «bibliotecario». Es decir, en los problemas de este tipo las personas equiparan similitud a probabilidad. Las soluciones arribadas de acuerdo con este heurísticos presentan varios problemas en cuanto existen múltiples factores que afectan a la probabilidad y no así a la representatividad. En nuestro ejemplo, la proporción entre bibliotecarios respecto de otros profesionales que podrá hacer variar la probabilidad (Tversky y Kahneman, 1974: 1124).

Ahora, en el plano jurídico se afirma que este heurístico de la representatividad significa que un sujeto cuando se enfrenta a una situación nueva, se representa posibles soluciones de acuerdo con otras soluciones observadas en casos similares o análogos. Nieva (2010: 121) lo explica de esta forma:

según el mismo, las personas toman sus decisiones en función de aquello que ya conocen y le resulta parecido a lo que tienen que decidir. En otras palabras, para decidir qué hacer en una situación determinada, las personas recuerdan lo ocurrido en otra situación similar. Y en función de lo que sucedió en esta situación, toman las decisiones que ellos mismos u otras personas adoptaron y que le condujeron al éxito.

También se observa cómo estas apreciaciones psicológicas tienen un reflejo en observaciones realizadas por juristas importantes cuando se refieren al proceso de decisión judicial. Sobre la resolución de casos en materia judicial Hart (1961: 158) anota:

Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser «automático», son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.

En efecto, los individuos, —de acuerdo con el heurístico de la representatividad—, adoptan sus decisiones de acuerdo con el conocimiento previo que poseen. Ello puede implicar múltiples posibilidades de error, en cuanto esas representaciones previas condicionan la valoración actual que pudiera tener los y las juezas respecto de la prueba exhibida en el juicio. De esta forma, por ejemplo, de acuerdo con sus representaciones, las personas tenderán a dar más importancia a elementos que no la tengan respecto del caso examinado, pero que si sean importante de acuerdo con su conocimiento previo (Nieva, 2010: 121). Esta explicación de los heurísticos respecto de la toma de decisión del juez viene a complementar el vacío que dejaba la aplicación de la teoría de los modelos mentales, en cuanto si bien delimitaba un poco más el proceso de elaboración de las hipótesis, no permitía explicar con claridad por qué los jueces y las juezas se decantaban por una u otra.⁸⁴ Una decisión conforme al heurístico de la representatividad no en todos casos es necesariamente errónea. La experiencia previa puede ser conocimiento para fundar reglas de inferencia con alto grado probabilístico. Sin embargo, estas han de ser estudiadas a fin de corroborar o descartar la veracidad de del conocimiento apriorístico que tenía el juez. Lo que no puede suceder es que el juez o la jueza use el heurístico de la representatividad y conforme a él crea que su experiencia es fuente de conocimiento incuestionable. En este último caso sí que la presencia de este atajo de pensamiento traerá consigo un error en la valoración de la prueba.

El heurístico de la representación puede tener importancia en la aplicación judicial de sesgos y estereotipos de género. Conforme a este, la estimación de lo que deba hacer una mujer como información impor-

84 En el mismo sentido, Nieva es categórico al respecto: «Pero todo lo dicho es aplicable directamente al ámbito de la valoración de la prueba. En esa tarea, un juez utiliza indudablemente su experiencia en casos similares. Por ello en todo aquello que no conoce el relato de los hechos que debe juzgar, intentará adivinar qué es lo que ha sucedido recurriendo su experiencia. Y cuanto más adivine, menos probabilidades tendrá el relato de ser real, aunque el juez se quede con la sensación de haber construido una historia correcta porque me cuadra con su experiencia».

tante para resolver al caso estará condicionada a cómo se ha llenado de contenido previamente el prototipo de mujer. Si hemos sido educados culturalmente asumiendo que la mujer debe ser buena madre o una mujer cariñosa o virginal, se generará un conflicto cuando una mujer juzgada, por ejemplo, no responda a dichas categorías, aun considerando que no tienen un correlato epistémico. En el ejemplo, por el heurístico de la representación, no sería nada de raro que erradamente terminemos proyectando el estereotipo de mujer buena madre, cariñosa o virginal a la mujer juzgada, generando el peligro de aplicar consecuencias negativas cuando dicho estereotipo no se satisfaga.

Otro heurístico que también se estudia es el que se denomina el de la accesibilidad o disponibilidad. La forma en que los individuos acceden a la información que recuerdan a fin de elaborar consecuencias para el presente se denomina accesibilidad. Si el cúmulo de experiencias generales que tienen los y las juezas fueran una base de datos que se aloja en el cerebro a la cual hay que acceder para recuperar cierta información pertinente, sería preciso emplear algoritmos para encontrar la información relevante. La capacidad limitada de la mente humana en comparación con procesos similares realizados por medio de inteligencia artificial obliga al ser humano a simplificar la tarea de recuperación de información respecto a las experiencias previas que constituyen un aprendizaje para el futuro. De esta forma, el heurístico de la accesibilidad consiste en que la mente en vez de recuperar una experiencia previa pertinente al caso presente desde el punto de vista cualitativo, selecciona aquel conocimiento que, por diversos motivos, sea más fácil de recordar independiente de su pertinencia. Garnham y Oakhill (1996: 182) lo explican como sigue:

según este heurístico la probabilidad de que se produzca un acontecimiento, o de que un elemento tenga una propiedad, se cubre mediante la facilidad con que pueden evocarse los ejemplos, con su disponibilidad en la memoria. La disponibilidad tiende, por ejemplo, a hacer que la gente sobreestime la frecuencia de los acontecimientos a los que se ha dado una intensa publicidad, aunque sean comparativamente raros. Así, los juicios sobre la probabilidad de morir en un accidente de aviación deben ser flagrantemente sobrestimada.

Nieva (2010: 123) lo explica del siguiente modo:

Este heurístico conduce a los seres humanos a valorar la probabilidad de que se produzca un acontecimiento en función de la facilidad que tengan para recordar un acontecimiento similar. Como siempre ocurre con los heurísticos, normalmente funciona correctamente, porque lo cierto es que los más frecuentes suelen ser lo que recordamos con mayor facilidad, por lo que este cálculo de las probabilidades será normalmente correcto. Pero, sin embargo, es posible que no sea así.

Tversky y Kahneman (1974: 1127) consideran que las personas valoran la frecuencia relativa de un evento o su probabilidad de acuerdo con la facilidad con que las instancias u ocurrencias pueden ser trías a la mente. Por ejemplo, si a nosotros nos piden evaluar el riesgo de los ataques cardiacos que tienen las personas de mediana edad lo haremos trayendo al recuerdo las situaciones en que personas que conocamos de mediana edad han sufrido un ataque cardiaco. A partir de ahí estableceremos nuestra conclusión sobre la probabilidad de este tipo de accidentes. Por otro lado, este heurístico es el que hace que las personas sobreestimemos la frecuencia de ciertos eventos excepcionales y ocasionales, pero que han gozado de gran difusión pública (Garnham y Oakhill, 1996: 182).

En otro ejemplo, si una persona sufre una experiencia traumática como víctima de un delito, probablemente en los días venideros no querrá frecuentar el lugar de los hechos, entre otras cosas, debido al temor de sufrir nuevamente una experiencia traumática de similares características. Sin embargo, las probabilidades que una persona sea víctima de un delito en el mismo lugar o en sus alrededores, en el plazo de unas pocas semanas es bastante escasa. Lo mismo sucede, por ejemplo, respecto de las fobias que algunas personas presentan a volar en avión motivadas por el temor de sufrir algún tipo de accidente mortal (Garnham y Oakhill, 1996: 123). Ahora, tampoco es correcto afirmar que toda decisión que se base en razones de accesibilidad sea errónea. Si la mente humana posee este mecanismo es, precisamente, porque ha desarrollado una función de adaptabilidad al medio como forma de supervivencia. El problema surge en cuanto se utiliza este mecanismo adaptativo de carácter cognitivo para fundar una decisión judicial asumiendo que presenta una fundamentación epistémica. Ello, por cuanto *a priori* es posible pensar que un mecanismo de mantenimiento de la especie no

cumple con los cánones de racionalidad exigidos para fundar una decisión sobre los hechos de carácter institucionalizado.

El heurístico produce lo que se ha denominado el sesgo de correlación ilusoria, el cual consiste en asociar o calificar lo observado de acuerdo con algunas características que este posea (Pollard, 1982: 65 y ss.). Es decir, se asocian o correlacionan dos elementos o características cuya fuerza de asociación determina su concurrencia en un caso concreto. Este sesgo puede determinar la estimación que los sujetos realicen de la probabilidad de concurrencia pues, si la correlación es fuerte, entonces bastará la presencia de uno de los elementos para estimar concurrente el otro (Tversky y Kahneman, 1974: 1128). Ahora, la asociación o vinculación que se puede realizar entre diversos elementos se hacen de acuerdo con diversos criterios de fondo. Pero cuando se hace una correlación entre dos elementos debido a razones intuitivas, sociológicas, de formación, etcétera, muchas veces esta correlación no será exacta y por tanto será ilusoria. Por ejemplo, se puede asociar la falta de higiene a la pobreza, en cuanto la mayoría de las personas sin hogar que presenciamos en la calle están sin asear. Pero esta correlación es ilusoria, porque las personas que viven en la calle no necesariamente son representativas del grupo «personas pobres». Lo mismo ocurre cuando asociamos ciertas características de la vida social a ciertas etnias, rasgos físicos, lenguaje, vestimenta, etcétera, y estimamos la posibilidad de ocurrencia de ciertos eventos conforme a ese tipo de correlación.

Tomando como referencia que, según Piaget, el individuo adquiere el aprendizaje del sistema de reglas de inferencias a partir del área de especialización en que se desenvuelva, es posible inferir que mientras más específicos en el ámbito de conocimiento, mayor especificidad en las relaciones de asociación o correlación ilusoria. Ello acarrea que, al tratarse de un ámbito de conocimiento específico, sea más difícil evidenciar la incorrección de esta sesión a través de datos contradictorios.

Como bien expone la doctrina, es sobradamente conocido que tanto abogados y jueces consideran que lo que ha ocurrido en sus respectivos ejercicios profesionales constituye la generalidad en el ámbito de la judicatura (Nieva, 2010: 124).

El siguiente heurístico que se suele tratar es el denominado de «anclaje y ajuste». Como ya he señalado, las personas poseen cierta información de lo que sucede en el ambiente conforme a la cual interpretan las situaciones cotidianas de la vida. Es decir, la persona posee una serie

de modelos mentales que se van articulando para proporcionar nuevas soluciones a circunstancias desconocidas. En este sentido, el heurístico del anclaje y ajuste significa que el individuo al conocer de una situación nueva tenderá a interpretarla de acuerdo con los modelos mentales que tenga. De esta forma tratará de acomodar la explicación del nuevo suceso, por ejemplo, de acuerdo con las estructuras mentales con las cuales cuenta (Tversky y Kahneman, 1974: 1128). Una consecuencia que se puede extraer en materia judicial es que los sujetos considerarán suficiente para tener por acreditado un hecho la sola presencia de indicios (Nieva, 2010: 124). Ello, en cuanto estos indicios vienen a ratificar lo que ellos estimaban de acuerdo con sus modelos mentales. Esto resulta sumamente peligroso en cuanto un mero indicio puede ser sobreestimado desde el punto de vista probatorio en cuanto resulta concordante con cómo se entiende que suceden las cosas en mundo.

De nuevo, esto es muy similar a lo que sostenía Simon respecto de la bidireccionalidad del proceso de toma de decisión judicial en virtud del cual las premisas suelen acomodarse a la conclusión y viceversa. La presencia del heurístico del anclaje y ajuste puede ocasionar un error en la determinación de las hipótesis plausibles y, finalmente, un déficit en el establecimiento del grado de confirmación de la hipótesis prevaleciente. Ello se produce principalmente, porque si existe prueba inicial que indique al juez la concurrencia de una posible hipótesis, la prueba posterior que se agregue será interpretada conforme a esta hipótesis inicial, lo que traerá como consecuencia que los jueces y las juezas difícilmente puedan cambiar de opinión si creen haber encontrado una hipótesis prevaleciente al inicio de la fase probatoria. Por ejemplo, el juez o la jueza puede dejarse impresionar por una declaración inicial de un testigo conforme a la cual elabore una hipótesis que explique los hechos. Esto traerá como consecuencia que, si existe otro medio de prueba que incluso plantee una hipótesis con grado de confirmación mayor a la de la hipótesis inicial, el juez o la jueza no la considere o la subestime debido a que ya ha encontrado una explicación a los hechos de acuerdo con lo que su experiencia le dice (Nieva, 2010: 125).

La utilización del heurístico del anclaje y ajuste, como modo de atajo de pensamiento en la administración de la información con la cual el sujeto cuenta, no necesariamente en todos los casos ocasiona errores. De hecho, ha sido un mecanismo adaptativo que, incluso, ha permitido a las personas descubrir nuevas verdades científicas. Esta es la capacidad

que permite a una persona trazar un plan de trabajo hacia el futuro de acuerdo con sus experiencias previas.⁸⁵ El problema desde el punto de vista judicial se produce cuando no se es consciente de la operatividad de este heurístico y, por otro lado, se otorga un mayor valor confirmatorio a la información proporcionada por la experiencia que los y las juezas logran recuperar por medio de este heurístico.

Es preciso anotar que existen otro tipo de heurísticos, sin embargo, considero que para el tema del presente trabajo solo basta con el conocimiento de estos tres.⁸⁶ Por otro lado, todos estos heurísticos producen en el juez o la jueza aquello que se ha denominado *sesgos de información*, sobre los cuales ya he hecho algunas referencias en párrafos anteriores.

Por ejemplo, el heurístico del anclaje y ajuste provoca tres sesgos, el de exceso de confianza en el juicio emitido, que imposibilita reconocer la veracidad o pertinencia de un argumento alternativo o contrario a la hipótesis u opinión planteado por uno mismo (Nieva, 2010: 126). Es decir, se trata de una sobrestimación de la confianza sobre los juicios propios, que lamentablemente aumenta conforme el problema es más complejo (Garnham y Oakhill, 1996: 178). La presencia de este sesgo de sobre confianza puede tener diversas causas, como que los sujetos generan más evidencias favor de la propia hipótesis en contra de ella, la creencia en que la memoria completamente fiable —verdadero en memoria de corto plazo, pero cuestionable en tareas de reconstrucción de información—, falta de retroalimentación en la vida diaria estando ausente un autoanálisis de los errores de juicio, la ilusión de control, etcétera (Artieta, 2009: 357).

Otro de estos sesgos es el denominado egocéntrico que lleva a pensar a los sujetos que sus opiniones son las más extendidas en la sociedad, por la sencilla razón de aquello es más fácil que hacerse cargo del resto de ellas (Nieva, 2007: 79 y 2010: 126). El último de los sesgos es el de la perseverancia en la creencia y sesgo de confirmación, en virtud del cual una persona que ha emitido su opinión en base a su experiencia, aunque esta haya resultado desacreditada, sigue creando argumentos y justificaciones que tiendan a validar su opinión (Nieva, 2007: 81).

85 Sin embargo, estoy en conocimiento de lo que se afirma coloquialmente acerca de que la mayoría de los grandes descubrimientos científicos son auspiciados por situaciones azarosas más que por una férrea y pulcra planificación.

86 Para una exposición más detallada sobre aspectos de psicología del pensamiento aplicada al proceso de decisión judicial véase Nieva, 2007: 61 y ss.

Por último, para finalizar este apartado, es pertinente anotar que la limitación de la mente humana en el manejo de la información lleva principalmente a que las personas intenten simplificar las tareas a las cuales se ven sometidas. Este es el fundamento último de los heurísticos y sesgos que, a su vez, pueden ser agrupados en un sesgo mayor denominado minimización de la carga cognitiva, en virtud del cual los sujetos tienden a rechazar argumentaciones más complejas en favor de las más sencillas.⁸⁷ Se piensa que esto está integrado en la conciencia de las personas a través de lo que se ha llamado la *navaja de Ockham*⁸⁸ que, principalmente, tiene una acepción similar al heurístico de la minimización de la carga cognitiva.

La exposición de estos heurísticos y sesgos no tiene otra finalidad que la constituida por explicar de mejor forma como los y las juezas podrían decidir desde el punto de vista de su ser psicológico, aunque para determinarlo con precisión hace falta un estudio muchos más acabado que este, que sea interdisciplinario y más extenso. He asumido el riesgo de exponer brevemente esta perspectiva en cuanto considero relevante generar una advertencia para que los déficits probatorios que pudieran ocasionar el empleo de estos conceptos no perjudiquen la validación de la decisión judicial dentro del proceso penal institucionalizado.

En el sentido anterior, el conjunto de reglas que constituye los procedimientos judiciales institucionalizados no ayuda a la judicatura para que se puedan minimizar los efectos negativos del empleo de heurísticos y sesgos. Los innumerables déficits sistémicos de los procedimientos judiciales como herramientas de averiguación de la verdad dejan un campo más abierto para que estos heurísticos y sesgos puedan operar. Desde otro punto de vista, esta situación será un incentivo para buscar que la solución esté de acuerdo con otros criterios que no necesariamente serán el de la búsqueda efectiva de la verdad de lo que ha ocurrido.

4. *El proceso de categorización cognitiva como elemento importante para esta etapa de valoración de la prueba.* Desde el punto de vista cognitivo, el proceso de categorización se encuentra en el corazón mismo de

⁸⁷ Véase Garnham y Oakhill (1996: 289), donde se cita a la minimización de la carga cognitiva como uno de los déficits del pensamiento cotidiano según Perkins; Nieva, 2010: 127.

⁸⁸ Es un principio metodológico y filosófico atribuido a Guillermo de Ockham en virtud del cual, en igualdad de condiciones, la explicación más sencilla suele ser la correcta.

todas las actividades comportamentales, intelectuales y lingüísticas de las personas. Al igual que los heurísticos y sesgos, favorecen la conducta adaptativa de los seres humanos y, también, de los animales (González, 2009: 85). Por ejemplo, en psicología se señala una situación ilustrativa que puede materializar lo afirmado anteriormente: «el sapo, para sobrevivir, clasifica todos los estímulos que encuentra en tres clases: enemigo, presa y no presa, y de dicha clasificación depende la conducta posterior que dicho animal desarrolle: cuidado, aproximación y lanzamiento de la lengua sobre la posible presa o indiferencia, respectivamente» (Peraíta, 2009: 185).

El proceso de categorización cognitiva puede presentar una gran importancia en la forma cómo los y las juezas interpretan los medios de prueba que labora las hipótesis plausibles. Investigaciones recientes consideran que la categorización es algo más que la mera clasificación. En cuanto si conocemos las categorías a la que pertenecen una serie de objetos, podemos establecer relaciones entre ellos (como por ejemplo de inferencia), y sobre sus propiedades (Estes, 1994: 4).⁸⁹

Son distintas las corrientes que explican cuál es el concepto que está en la base del proceso de categorización. Es decir, si se trata de un proceso de representación de reglas donde situamos el objeto a categorizar, o si se trata de categorizar un objeto de acuerdo con las semejanzas que tenga con un prototipo del cual manejemos sus características esenciales. La primera corriente se denomina de inspiración racionalista y esencialista; la segunda, de inspiración empirista (González, 2009: 138).

Algunos psicólogos sostienen que el proceso de detección de las semejanzas conceptuales es la base del proceso de categorización y conceptualización. Estos profesionales enfatizan la importancia que tienen las percepciones basadas en la semejanza de estructuración conceptual del mundo y mantienen que esas claves perceptuales no son constantes e invariables, sino fluctuantes en función de los procesos atención del sujeto (Smith y Heise, 1992: 233 y ss.). Ya lo anotaré más adelante, pero el proceso de categorización basado en la percepción puede explicar, por ejemplo, por qué es importante la intermediación en el proceso de rendición de diligencias probatorias en el marco del juicio oral. También,

89 Estes considera: «classification implies only that a collection of objects is partitioned into groups, but categorization carries the further implication that knowledge of the category to which an object belongs tells us something about its properties».

puede explicar por qué los y las juezas consideran creíble o no un determinado testigo, imputado, etcétera. Por otro lado, también es relevante en cuanto permite cuestionarse, ¿qué sucede cuando se rinde un determinado medio de prueba con un contenido cognitivo que los jueces y las juezas no puedan categorizar en su acervo de conocimientos? Al no poder categorizar adecuadamente un antecedente puede producirse el efecto de dar mayor fiabilidad a la prueba de lo que realmente tiene o, por el contrario, desestimar su valor probatorio injustificadamente desde el punto de vista epistémico. En este sentido, parte de la doctrina norteamericana empieza hablar de pruebas científicas de primer orden y de segundo orden, tomando como criterio la posibilidad de estas para contribuir probatoriamente a todos los delitos, o solo para algunos. Además, considerando que las pruebas de segundo orden tienen, en la práctica, un mayor nivel probatorio que pudiera llegar a ser en algunos casos injustificado (Murphy, 2007: 721 y ss.).⁹⁰

Por otro lado, algunos psicólogos consideran que existe un proceso de categorización perceptual, y otro de carácter conceptual en donde sería predominante la racionalidad (Woodfield, 1991: 60). En este sentido, por ejemplo, el raciocinio permitiría, entre otras cosas, hacer juicios categóricos sobre las cosas. Para Woodfield, un juicio categórico es un acto mental gobernado por una norma de verdad y una norma de justificación que, por tanto, influye en sus componentes y admite grados. Además, entre otras cosas, está en la base de las afirmaciones del tipo «no sé» (Woodfield, 1991: 61). Es decir, es la esencia de la situación de la

⁹⁰ La autora (2007: 728) expresa la diferencia entre estos tipos de prueba de la siguiente manera: «The defining characteristics of the second generation of forensic evidence stand in stark opposition to the first generation. These second generation sciences include methods related to DNA typing, data mining (such as cell site or RFID tracking), biometric scanning (such as iris or facial recognition), or fMRI imaging. First, second generation techniques are not offense-specific, but rather apply across a broad range of charges and case types. They can apply as well to the most trivial misdemeanor as to the most serious felony. Second, such techniques have a high recovery rate, and thus yield results in a greater percentage of cases within that broad range. For instance, a typeable DNA sample can be recovered from a crime scene at a far greater frequency than can a useable fingerprint, or an fMRI image could answer questions about a defendant's guilt in almost every interrogation. Second generation techniques in some respects can even render first generation methods irrelevant: where there is a fingerprint or hair evidence or even a handwriting sample, there is often sufficient genetic material to conduct DNA typing». Una aplicación de la misma distinción puede ver en, Murphy, 2008: 101 y ss.

suspensión del juicio ante una asignación categórica dudosa. Creo interesante reparar en los aspectos comunes que la psicología en este sentido ha estudiado para describir el proceso de categorización, y lo que subyace en el ideario colectivo jurídico acerca de las operaciones básicas que debe cumplir una decisión judicial: tener por cierto, de acuerdo con las probanzas, un determinado hecho (norma de verdad) para aplicar una determinada norma jurídica de forma motivada (norma de justificación). Quizás en esta semejanza se pueda encontrar algunas bases esenciales para construir el proceso de valoración racional de la prueba en los procedimientos judiciales (Ferrer, 2007: 19; Nieva, 2010: 65).⁹¹

Barsalou (1993: 29 y ss.) desarrolla una explicación referente a los conceptos ligada a la posición que estos tienen en la memoria de largo plazo y en la memoria de corto plazo. Existe una convención en psicología cognitiva por la cual se acepta que un concepto es una estructura estable de tipo representacional en la memoria de largo plazo. Sin embargo, este autor considera que los conceptos son una representación temporal en la memoria operativa o de trabajo cuyo origen está en el conocimiento que tiene el sujeto sobre las categorías (naturales, de objeto, de eventos, de acciones, es decir, perteneciente a diferentes dominios ontológicos) cuyo conocimiento, a su vez, está almacenado en la memoria de largo plazo. Desde esta perspectiva, cuando se recupera o se hace operativo

91 Si bien es posible indicar que Nieva acoge un modelo multidimensional de la valoración de la prueba de carácter empírico, hace las siguientes apreciaciones respecto de la valoración de la prueba que dan realce a la racionalidad de la misma: «[la valoración libre de la prueba] se describe muy simplemente. Basta con decir que se trata del sistema que se genera espontáneamente, sin más reflexión y directrices, del uso cotidiano de la mente humana. Y por ello, como vimos, normas muy remotas lo daban por sentado sin prestarle una especial atención. Por consiguiente, como se explicará más adelante, se trata un sistema en el que no se intenta otra cosa que el juez utilice las llamadas máximas de experiencia, reglas del criterio humano, leyes del pensamiento, etcétera. Pero tiene la dificultad de que *a priori* no se establece ningún camino por el que el juez pueda discurrir para realizar la valoración. Se le deja solo con sus pensamientos y con los materiales que surgieron de la actividad probatoria desempeñada en el proceso». El paréntesis es mío. En el mismo sentido de la racionalidad de la valoración de la prueba véase a Montero (1997: 163): «Valoración libre es aquella en la que el juez fija las máximas de la experiencia conforme a las que concede o no credibilidad a un medio de prueba, y esa fijación ha de expresarse de modo motivado en la sentencia». También debe citarse la importante sentencia del Tribunal Constitucional de número 31/1981, de 28 de julio, que impone al juez la obligación de realizar una valoración de la prueba de acuerdo con directrices objetivas y a criterios lógicos.

algún aspecto de alguna categoría estamos en presencia de un concepto (Barsalou, 1993: 34). Ni siquiera es necesario que esta activación de la categoría sea un proceso consciente (Peraíta, 2009: 201).

Como pone de manifiesto Peraíta

además su análisis sobre lo que es un concepto se focaliza en aquellos aspectos de los mismos que son necesarios para explicar la habilidad de la resolución determinadas tareas cognitivas: clasificación de ejemplo, inducción de categorías, toma de decisiones, comprensión y uso de las palabras, etc., de modo que, si bien por una parte considera que los conceptos son básicos en prácticamente todos los campos o formas de pensamiento, sin embargo su explicación de los mismos es meramente funcional y operativa.

Según Barsalou las propiedades básicas de los conceptos son: la flexibilidad, la estructuración y la variedad lingüística. La primera de ellas dice relación con que un concepto pueda activarse en distintos momentos y en actividades *inter* e *intra* sujetos. En la flexibilidad del concepto afecta también otros factores, como el contexto de codificación. Por ejemplo, una cosa es un cuadro que sirva de decoración en el salón de mi casa, y otra cosa es el *Guernica* de Picasso como pieza central de exhibición del museo Reina Sofía. Piénsese en lo diferente que puede ser en cada caso su traslado si decidimos llevar ambos cuadros a otra ciudad de España. La flexibilidad de los conceptos no se debe principalmente a la capacidad de la memoria para almacenar dicha categoría, si no al proceso de recuperación de la información.⁹² Es decir, la flexibilidad de los conceptos está condicionada a la accesibilidad que el sujeto posee respecto de las categorías almacenadas en su memoria. Esto se relaciona, también, con los atajos de pensamiento y sesgos de información que se producen en la toma de decisión, dentro de los cuales se encuentra el heurístico de la accesibilidad, según vimos en el apartado anterior.

La importancia del contexto en la flexibilidad de los conceptos se-

92 Peraíta lo explica de esta forma: «hay que señalar que aquello que se activa, que se recupera y que, en último lugar, constituye el concepto, son conjuntos de rasgos o atributos. Sin embargo, siendo este —el rasgo o atributo— un concepto central en la arquitectura funcional cognitiva del modelo de Barsalou, el mismo nos pone en guardia respecto al hecho de entender dichos atributos a la manera clásica, es decir, en forma de listas de rasgos, y a este tema dedica algunos trabajos muy interesantes y minuciosos».

gún el autor comentado se vincula mucho con las explicaciones pragmáticas del razonamiento que vimos en los apartados anteriores que dan relevancia al contexto y a las finalidades. Esto ya lo veremos, pero sí en una operación racional sensible al contexto podemos determinar con precisión los objetivos o finalidades, habrá mayores posibilidades de arribar a una decisión correcta y justificable al interior del sistema, en cuanto existen mayores probabilidades de que se apliquen de manera correcta las reglas pertinentes. En materia judicial penal, por ejemplo, si podemos estudiar con relativa precisión todas las finalidades que tienen los jueces y las juezas para decidir un asunto penal, entonces podremos determinar con mayor precisión el contexto que pueden afectar a dichas decisiones, y las reglas que se van a aplicar en consideración a dichas finalidades.

5. *Teorías implícitas o conocimientos previos.* Anteriormente analizábamos como el proceso de categorización o conceptualización podría ser explicado a través de dos grandes corrientes, la de la aplicación de reglas, y la de la aplicación de semejanzas entre prototipos. Murphy y Medin (1985: 289 y ss.) consideran que para poder explicar la correlación de atributos en el que se basa el proceso de formación de conceptos son necesarias teorías previas del mundo. Es decir, consideran que la pregunta clave que uno tiene que hacerse respecto del proceso de categorización es la siguiente: ¿Qué hace que una serie de objetos sean agrupados por nosotros para formar una categoría coherente, útil e informativa, frente a todas las posibles agrupaciones de objetos inútiles, desinformativas e incluso absurdas que potencialmente podríamos formar? Estos autores rechazan que el proceso de categorización se base única y exclusivamente a partir del empleo de la semejanza, en cuanto ella no logra explicar por qué categorizamos cosas u objetos como relevantes o no relevantes, pertinentes o no pertinentes para una determinada situación. Ellos proponen tomar en consideración para el proceso de categorización las teorías sobre el mundo (teorías ingenuas) que desempeñan un gran papel en la coherencia conceptual. En principio, hacen equivalente el contenido de la teoría con la de explicación mental, generalmente de base causal.⁹³

93 Murphy y Medin plantean: «Suppose that people are not only sensitive to feature correlations, but that they can deduce reasons for those correlations, based on their knowledge of the way the world works [...] features is not a simple link, but a

En este sentido, considero que la formación científica que pueda tener la judicatura tiene una labor importante en la validación o en la eliminación de estas estructuras «lógico-causales» que se encuentran en la base ingenua de nuestra concepción acerca del funcionamiento del mundo y de la vida de las personas. Sin embargo, se ha de cuidar de tomar estos conocimientos científicos como una alternativa más que también ha de ser enjuiciada, por todas las dudas que subyacen a la fiabilidad apriorística atribuida a la prueba científica y la concurrencia de sesgos de sobrevaloración epistémica.

Enfoque matemático y prueba estadística

En general, los modelos cuantitativos o matemáticos de valoración de la prueba aplican criterios desarrollados por la aritmética (Nieva, 2010: 129) para determinar cuándo un hecho ha acaecido o no. En principio, este tipo de enfoques son importantes en cuanto logran ser un elemento que permite vincular las ciencias sociales con las ciencias empíricas o experimentales. Ello se puede ver en el ámbito del Derecho, específicamente en el ámbito probatorio, a través de la evolución de la prueba científica y su introducción en el proceso (Gascón, 2010: 163). Estos enfoques también son relevantes por el hecho de que sus bases han sido desarrolladas en los países del *common law* que se han transformado —actualmente— en un referente en materia de razonamiento probatorio.

Dentro de estos enfoques ha tenido importancia la *probabilidad* en su vertiente cuantitativa, como medida de incertidumbre o incerteza entre enunciados o fenómenos de los cuales no se puede predicar verdad o falsedad (Taruffo, 2009a: 193). El aspecto tradicional de este enfoque es la aplicación del teorema de Bayes a las inferencias jurídicas basadas en las *probabilidades subjetivas* (Gascón, 2010: 163).⁹⁴ Este teorema consiste en la aplicación de la teoría de la probabilidad estadística a las probabilidades subjetivamente determinadas. Es decir, permite interca-

whole causal explanation for how the two are related».

⁹⁴ Taruffo (2009a: 193) explica la diferencia entre el enfoque probabilístico objetivo y subjetivo, indicando que el primero señala un aspecto del fenómeno en el mundo real y, el segundo, intenta racionalizar el convencimiento acerca de la eventualidad de que un determinado evento se verifique o se haya verificado (*medida de convencimiento*), para ver una completa explicación sobre los distintos tipos de probabilidades véase Ho (2008:106 y ss).

lar información estadística sobre un cierto suceso con información no estadística. En simples palabras, permite calcular, «si dado A se da B», cuando es probable que, dado B, se dé A, valorando otros antecedentes indirectos. Quizás el principal motivo de su impacto judicial en el sistema del *common law* es su capacidad de traducir en términos numéricos exactos la probabilidad de ocurrencia de un hecho, con base a un cálculo matemático,⁹⁵ de suyo reglado, sintáctico y, por tanto, intersubjetivamente controlable.

La aplicación judicial del teorema de Bayes, en términos generales, intenta asignar un valor a la diferencia entre las creencias iniciales del adjudicador sobre un determinado hecho, y las creencias finales del mismo condicionada a los elementos de juicio exhibidos en el pleito (Ferrer, 2007: 113). Para ello se articula en una fórmula matemática valores numéricos y elementos no numéricos a los que se les otorga un valor (Tawshunsky, 1983: 68). Desde esta perspectiva, entonces, no es un método en sí mismo, que sirva para obtener probabilidades de ocurrencia del hecho, sino más bien una regla de revisión de la propia opinión del juez sobre probabilidades de una hipótesis a la luz de pruebas obtenidas posteriormente (Kaplan, 1967: 1083).

El teorema de Bayes aplicado al razonamiento probatorio intenta valorar el impacto que puede tener sobre el cálculo matemático de la probabilidad de ocurrencia de un hecho la presencia o ausencia de un determinado elemento probatorio, o la introducción de ulteriores medios de prueba (Gascón, 2010: 165). Entonces, se plantea que la probabilidad de ocurrencia ($P(H)$) de un hecho (H) atendido un medio de prueba (E) (también conocido como *posterior probability*) es igual al cociente entre el valor de frecuencia estadística con que, dado el hecho (H), se da la información proporcionada por el medio de prueba (E), y el valor de frecuencia estadística con que la información proporcionada por el medio de prueba (E) se da sin que ocurra el hecho (H). Todo ello, multiplicado por el valor de ocurrencia del hecho ($P(H)$) sin contar con la información del medio de prueba que se analiza (*prior probability*).

95 En este sentido, el autor Taruffo (2009a: 196) considera sobre la repercusión e importancia de este teorema en materia de prueba lo siguiente: «a partir de aquí, no es necesario mucho más para pensar que se tiene al alcance de la mano la solución del problema fundamental, es decir, del problema de la determinación precisa del grado de probabilidad que puede ser asignado racionalmente a la hipótesis del hecho».

= *posterior probability*
= *prior probability assessments*
= *likelihood ratio*

En términos técnicos este teorema indica que las probabilidades de concurrencia del hecho atribuidas de manera subjetiva serán más elevadas en cuanto la información del medio de prueba (sea más probable, en el caso de que se dé el hecho a probar, que en caso contrario (Gascón, 2010: 165).⁹⁶ Sin embargo, hay que advertir que este teorema presenta diversas formulaciones (probablemente tres),⁹⁷ de las cuales he elegido solo una que aparece como más acertada para los efectos de este trabajo.

Es muy citado el ejemplo que usan algunos bayesianistas (Finkelstein y Fairley, 1970: 496) para graficar la fórmula aplicada a la resolución de un caso. En particular, se trata de un homicidio entre un hombre (Pedro) y una mujer (Mireia) que tenían una relación sentimental, con antecedentes previos de violencia (maltrato habitual y discusión en la noche anterior). La prueba más concluyente es el arma homicida con huellas dactilares supuestamente de Pedro, cuyas limitaciones de su impresión permiten a un experto afirmar que aparecen en la población en una cada mil personas (Finkelstein y Fairley, 1970: 496). Ni los antecedentes de violencia, ni la relación sentimental anterior son concluyentes por sí mismos para condenar a Pedro como autor de la muerte de Mireia. Aunque reducen las posibilidades de incertidumbre y error, tampoco las huellas dactilares encontradas en el arma son concluyentes, que pueden ser de Pedro en uno cada mil casos. Pero es posible saber el valor probabilístico del homicidio de Mireia a manos de Pedro en caso de que la prueba pericial de la huella fuera verdadera, articulando los valores de frecuencia estadística del resultado de la prueba pericial en caso de ser Pedro autor y en caso contrario, por el valor de concurrencia del homicidio de Mireia a manos de Pedro sin conocer la existencia de las huellas dactilares.⁹⁸

El punto clave de este teorema es el mayor o menor valor de proba-

96 Gascón considera que en suma «la fórmula bayesiana permite medir el impacto que, sobre la probabilidad subjetiva del hecho que se pretende probar, provoca la introducción de ulteriores elementos de prueba».

97 Puede verse un análisis de estas tres formulaciones llevadas al campo probatorio penal en Cohen (1986: 636-638), también en Tawshunsky (1983: 68, nota 122), en Finkelstein y Fairley (1970: 498 y ss.).

98 Otra aplicación en materia criminal puede verse en Kaplan (1967: 1084 y ss.).

bilidad con que la información del medio de prueba (será verdadera,⁹⁹ en caso de darse el hecho, o en caso contrario (*likelihood ratio*). Si este valor es positivo, entonces se podrá decir que, siendo la información del medio de prueba verdadera (el hecho que se analiza tendrá mas posibilidades de serlo, que de no serlo (Gascón, 2010: 166).

Crítica a la cuantificación de la prior probability assesment como reconocimiento de los espacios de libertad que el juez ejerce en el proceso de valoración de la prueba

A mi juicio, quienes hacen un análisis crítico de la aplicación judicial del teorema de Bayes reconocen implícitamente que en el proceso de valoración de la prueba los y las juezas tienen un amplio espacio de juego donde toma de decisiones completamente libre.

Se señala como una objeción a la aplicación judicial de este teorema la dificultad de numeralizar o cuantificar el valor (*prior probability assesment*).¹⁰⁰ Se estima un inconveniente la determinación de esta variable sin considerar la prueba a valorar, efectuada de manera libre, y sin ninguna regla. Es decir, la dificultad de calcular la posibilidad de concurrencia de un hecho sin valorar la información del medio de prueba que se analiza () (Gascón, 2010: 167). También, sobre la dificultad de la determinación de la frecuencia estadística de los medios de prueba. Es decir, la determinación del valor y en cuanto no se dispone de dicha información (Gascón, 2010: 167; Taruffo, 2009: 200) o en cuanto la obtención de la misma puede implicar valoraciones o toma de decisiones de carácter subjetivo,¹⁰¹ ya sea en el cálculo, como en la recogida de datos.

99 En este párrafo he utilizado la palabra *verdadera* solo para que se entienda de mejor forma la fórmula. Además, es el término usado por la autora que se ha citado para referenciar la explicación del teorema. Sin embargo, no debe olvidarse que es cuestionable estimar *verdadera* una circunstancia de hecho. A mi entender, solo es posible determinar el grado de posibilidades de concurrencia que, sin duda, es un cálculo que admite errores y sujeto en gran parte a una operación de valoración (juicio de valor).

100 En este sentido, Nieva (2010: 132) lo expresa de manera categórica: «el principal problema con el teorema de Bayes es que no tenemos ni la más remota idea de que Caín haya robado, es decir, de eso que la doctrina llama *prior probabilities*». En el mismo sentido, Aísa (1997: 290 y ss.).

101 Como lo evidencia, Tawshunsky (1983: 61) cuando considera: «the most flagrant example of a probability not supported by a valid study is the situation in which the probability is simply invented by the prosecutor or witness».

La utilización de cálculos matemáticos pudiera parecer como algo relativamente sencillo cuando se valora un medio de prueba (, pero puede ser más complejo cuando el entramado de prueba es más de uno y cuando la información emanada de ellos no se refiere directamente a la hipótesis o al hecho cuya probabilidad de concurrencia se calcula, por ejemplo, *cascaded inference* (Gascón, 2010: 167; Nieva, 2010: 134; Taruffo, 2009a: 196) o *inference upon inference*, o en los casos de «hechos complejos».¹⁰² Así, desde el punto de vista epistemológico, se ha observado que a veces podría conducir a resultados contraintuitivos (Tawshunsky, 1983: 73; Gascón, 2010: 167),¹⁰³ en cuanto a la complejidad de los hechos puede llevar a fijarnos más en las exigencias intrínsecas del teorema para producir una solución, que en las particularidades del caso. Ello tiene el riesgo de que el resultado final sea puramente formal y no represente la medida de nada (Taruffo, 2009a: 197). Por lo demás, este aspecto también se critica respecto del uso de la probabilidad en general,¹⁰⁴ y no solo en la aplicación judicial de la misma.

Otro inconveniente que se suele citar es que tampoco canaliza en términos numéricos ciertas cuestiones particulares del caso que tienen connotaciones jurídicas, que pueden ser omitidas por la generalización de la aplicación de un cálculo estadístico (Taruffo, 2009a: 199) o por las especialidades de su utilización. Por ejemplo, usando este teorema podemos llegar a la conclusión de que una evidencia tiene un gran peso (*keynesian weight*) incriminador. Sin embargo, valorando el material probatorio en su conjunto, la conclusión puede ser contraria por la existencia de la prueba de una coartada.¹⁰⁵ Es decir, el teorema de Bayes no

102 Taruffo (2009a: 279). El autor considera que la simplificación probatoria de los «hechos complejos» ha sido una de las principales dificultades de los métodos bayesianos. Agrega «esta situación ha creado problemas tan graves a la doctrina que emplea la versión bayesiana de la probabilidad matemática que ha sido, en realidad, una de sus principales razones de crisis».

103 Por ejemplo, Tribe (1972:1376) considera: «One element, at least, of that ritual of conflict-settlement is the presence and functioning of the jury—a cumbersome and imperfect institution, to be sure, but an institution well calculated, at least potentially, to mediate between «the law» in the abstract and the human needs of those affected by it».

104 Gascón (2010: 175), por ejemplo, considera que las probabilidades matemáticas son incapaces de dar cuenta de los casos singulares.

105 En este sentido, Cohen (1986: 641) expresa: «but the quantity of evidence relevant to a certain argument is independent of the probability of the evidence given the conclusion. A great quantity of evidence might have been collected in a murder

refleja con un valor o variable el efecto de otras hipótesis alternativas o contrarias probadas en la hipótesis cuya probabilidad se intenta calcular con la aplicación del teorema.¹⁰⁶

El teorema de Bayes tampoco consigna algún valor o variable para el material probatorio que fácticamente puede tener un efecto persuasivo en el juicio, pero que jurídicamente no puede ser considerado en la sentencia. Con ello me refiero a la prueba ilícita, por ejemplo. Por otro lado, tampoco queda reflejado en el teorema alguna variable matemática que pueda aminorar el valor de un medio de prueba que tenga un efecto de «excesiva persuasión», más imaginaria que real, que pueda inducir a error en el cálculo. Puede ser ejemplo de este último caso los medios de prueba de neuroimágenes, la prueba de ADN, la sobrevaloración de testigos expertos o peritos científicos, etcétera.¹⁰⁷ A mi entender, por ello se empieza hablar en materia de *evidence* de medios de prueba de primera y de segunda generación (Murphy, 2007: 721 y ss.) —como veíamos—, dándose el efecto persuasivo criticado en estos últimos.

Del mismo modo se omite considerar numéricamente (también con un valor negativo) las faltas administrativas que se pudieran producir, ya sea en la determinación de la investigación, ya sea en la omisión de recogida de material probatorio de existencia temporal favorable al acusado que no se puede subsanar.¹⁰⁸ La complejidad del cálculo del teo-

trial, with most of it tending to incriminate the accused, but it might also include an unshakable alibi. In such a case the evidence available would have relatively low probability, given the innocence of the accused, but it would have a heavy Keynesian weight». De la misma forma lo explica Aísa (1997: 290).

106 La verdad sea dicha, esta crítica más que objetar la aplicación del teorema de Bayes lo que hace es criticar la aplicación judicial de la probabilidad subjetiva Pascaliana.

107 En este sentido, por ejemplo, Tawshunsky (1983: 63) reconoce que, aun cuando se introduzca en juicio un estudio válido, por medio de declaración de experto, este igualmente puede ser utilizado de forma inapropiada en juicio. Cita como ejemplo el caso Massey que desarrolla en su trabajo. Sin embargo, en la parte final de su análisis sugiere ciertas recomendaciones para que las *mathematical evidences* puedan ser valoradas correctamente en el juicio.

108 Por ejemplo: ¿Debe introducirse un valor negativo en el valor *prior probability assesment* en caso de que se haya omitido la obtención de algún medio de prueba exculpatorio por negligencia, cuya recogida posterior sea imposible? Con ello me refiero a la recogida de muestra de material biológico, tanto en casos de delitos sexuales como en los delitos medio ambientales, por ejemplo. O la falta de recogida de datos beneficiosos para la defensa de registros informáticos (servidores) que almacenan la información de manera temporal, etcétera.

rema cuando se analizan hipótesis de alta complejidad hace cuestionar que pueda proporcionar una solución a todos los casos.¹⁰⁹

Por otro lado, la determinación de *prior probability* en materia penal puede resultar atentatoria contra la presunción de inocencia del imputado en algunos casos de error¹¹⁰ y constituirse en una situación de prejuzgamiento que impida analizar con objetividad el resto del material probatorio.¹¹¹ En otro sentido, aun cuando se cuente con datos estadísticos (*base rate informations*) que puedan ayudar a determinar la *prior probability* tampoco ello asegura una resolución racional del caso, en cuanto se puede alterar el valor del resultado del teorema cuando se usa información válida pero no relevante.¹¹² También, se esgrime que el teorema de Bayes, como fórmula probabilística, presupone de manera errónea que el resultado del proceso es un fenómeno aleatorio¹¹³ y produce una doble influencia (*double-count*) de la evidencia numérica que altera el resultado obtenido con un aumento irreal de la probabilidad final (Tawshunsky, 1983: 71).

109 Taruffo (2009a: 197 y 198) señala que hasta ahora la posibilidad de que el teorema de Bayes pueda ser aplicado a todas las situaciones probatorias no ha sido probada, y es una asunción estilo acto de fe por parte de quienes sostienen la validez general de este método. También considera que el problema de la indeterminación de las *prior probabilities*, equivale a decir que este teorema no es capaz de fundar una teoría general de la valoración de la prueba y tiene una aplicación muy marginal.

110 En este sentido, Gascón (2010: 168) considera que «el uso del teorema de Bayes como modelo normativo produce una sobrevaloración de la probabilidad inicial y una injustificada minusvaloración del peso que tienen los distintos elementos probatorios en el resultado de la probabilidad final». Por su parte, Nieva (2010: 134) compartiendo alguna de las críticas esgrimidas, pone en evidencia, a su juicio, que lo que realmente subyace a todas estas críticas al teorema de Bayes es una «alergia» de los juristas por las matemáticas.

111 En el mismo sentido considerando que la determinación de la *prior probabilities* puede afectar la objetividad del jurado o juez, véase Tawshunsky (1983: 71).

112 En este sentido, Taruffo (2009a: 201) cita como ejemplo la determinación de la aceptabilidad de un testigo que declara haber visto un autobús azul. Señala que la información relativa al número de autobuses azules en el área es irrelevante para determinar la veracidad del testimonio del declarante. Si bien concuerdo con la premisa inicial, creo que la información sobre los autobuses azules en el área puede reducir o aumentar de manera indirecta la veracidad del testimonio, en cuanto a menor existencias de autobuses azules en el área, mayores posibilidades de que el testigo mienta sobre el color, y si esto es así, entonces, es una información que puede servir para desacreditar el contenido de la declaración del testigo en el contradictorio.

113 Nieva (2010: 136) considera que el juicio jurisdiccional no es aleatorio, sino imprevisible.

Al margen de todas las críticas citadas, creo que la gran observación que se puede hacer a los modelos matemáticos es que, aun cuando se empleen, hace falta un paso argumentativo adicional para dar por establecido el juicio de adscripción que la norma jurídica requiere para ser aplicada.¹¹⁴ Una cosa es que podamos determinar que la huella dactilar de X se encuentra una vez entre cada un millón de personas; otra, decir que X es autor del homicidio de otra persona, con todas las consideraciones jurídicas que ello implica, entre otras, determinar el grado exigido para dar por concurrente la hipótesis mas allá de toda duda razonable. El enfoque probabilístico subjetivo nos entrega una herramienta uniforme y matemática para vincular números con una hipótesis, pero nos deniega la posibilidad de distinguir hipótesis buenas o malas, o suficientes de las insuficientes (Cohen, 1986: 648).

En consecuencia, es lícito concluir que el teorema de Bayes, en cualquiera de sus modalidades, no puede ser aceptado como el único método racionalmente válido para tener por acreditadas las hipótesis probatorias (Taruffo, 2009a: 205) en un proceso penal institucionalizado como ha sido empleado en el ámbito anglosajón.

De este modo se señala que la aplicación judicial de este teorema más que determinar la «probabilidad» del hecho, termina por graficar el propio estado de la mente de quien valora (Cohen, 1986: 647).¹¹⁵ Para mí, la crítica anterior es una confirmación de que en el proceso de valoración de la prueba hay muchos espacios de discrecionalidad entregados a los jueces y a las juezas, incluso cuando se desarrolla un enfoque matemático. En este caso, si se quiere, los jueces y las juezas valoran la concurrencia de la hipótesis de forma discrecional, pero esta vez usando representaciones aritméticas (Nieva, 2010: 134). Si bien se ha intentado objetivar este proceso de valoración, creo que nunca será posible establecer criterios para todas las variables tan disímiles y numerosas como los distintos casos que se conocen por la justicia. Si se considera el enfo-

114 En este sentido, Cohen (1986: 645), cuando considerar que el tema de la determinación de la duda razonable no es una cuestión probabilística al estilo pascaliano, sino de peso de la evidencia.

115 En el mismo sentido, Taruffo (2009a; 205.): la aplicación de este teorema de Bayes sirve, también, para indicarnos cuándo el jurado, por ejemplo, cambia o puede cambiar sus probabilidades asignadas, pero no nos sirve para indicar cuál es la razón que justifica objetivamente ese cambio. Sobre esto último, véase Cohen (1986: 648).

que matemático estadístico como científico, no debe olvidarse, —como bien indica Haack (1999: 189)— que la ciencia no es sagrada y, como otras empresas humanas, es perfectamente falible, imperfecta, desigual en sus logros, a veces corrupta y, por supuesto, incompleta.

Para mí, el intento de racionalizar el proceso de valoración de la prueba por medio de uno de los enfoques más reglados posible (matemático) del teorema de Bayes termina por reconocer en su fórmula lo que se quería evitar: el ejercicio valorativo y discrecional de la judicatura, que se manifiesta en la determinación de una de sus variables (*prior probability*). Si esto ha ocurrido, ello es indicativo de que, desde el punto de vista ontológico debe aceptarse que en el proceso de valoración de la prueba hay un espacio no reglado o discrecional donde los y las juezas ejercen sus prerrogativas.

¿Enfoque de género? La perspectiva de género y la valoración probatoria

Actualmente, en Chile se ha tematizado acerca de la importancia del feminismo en la valoración probatoria. La cuestión, lejos de ser una tendencia teórica, da cuenta de una serie de irregularidades que se vienen dando en los procedimientos judiciales, en la decisión jurisdiccional y, especialmente, en el ámbito de la valoración probatoria. A lo largo de todo este trabajo he pasado revista a las principales instituciones probatorias, indicando igualmente sus luces y sombras. En ella los espacios de vaguedad y discrecionalidad son abundantes, pero muchas veces también necesarios. Precisamente la incertidumbre ínsita a las decisiones probatorias que debe adoptar la judicatura tolera la posibilidad de existencia de decisiones erróneas (Araya, 2020: 36 y 37).

La articulación de un sistema jurídico sobre la base de normas generales, que deben ser aplicadas a un caso concreto genera un tránsito donde lo normativo se mezcla fuertemente con lo extrajurídico, especialmente cuando se trata de una cuestión tan compleja como dar por probado hechos. Los enfoques psicológicos de la valoración probatoria nos permiten visualizar adecuadamente que los y las juezas, en cuanto tales, son personas que adoptan una decisión que estiman correcta de acuerdo a las prueba y al derecho aplicable. Y allí donde la generalidad de la normas no llega en lo particular, la judicatura debe resolver, dando espacio —muchas veces sin quererlo ni advertirlo— a la aplicación de

sesgos y estereotipos. Y uno de ellos, por cierto, son los que se basan en la diferenciaciones epistémicamente no justificadas en relación con el género. Más precisamente, por la aplicación de generalizaciones espurias basadas en circunstancias culturales donde el juez se inserta y que muchas veces comparte. Y ello también puede tener su explicación: el sistema normativo se aplica a comportamientos sociales de las personas que presuponen un cierta base cultural común. A lo largo de este texto muchas veces se ha hecho referencia a la «cultura media», «persona media», «normalidad», etcétera, y todas ellos son conceptos que en materia probatoria no solo están cargados de derechos, sino también se circunscriben a un determinado núcleo cultural.

Quizás es esta una de las falencias del sistema de normas procesales y su trabajo dogmático: presuponer que los ciudadanos se insertan en una cultura determinada, cuando la realidad muestra acertadamente que las relaciones de los seres humanos son complejas, ricas, y multiculturales.

El paradigma unicultural se basa en una estructura denominada patriarcal, respecto de la cual todos los movimientos feministas han denunciado como incorrecta e ilegítima atendida el derecho de igualdad y discriminación de todas las personas. La cuestión es mucho más compleja que considerar que se trata solo de luchar contra la premisa que «el hombre es mejor que la mujer». Tampoco se trata de generar una ventaja *per se* a la mujer por el hecho de serlo. Ambas miradas son reduccionistas de lo que generan en los procedimientos judiciales el empleo de estereotipos de género.

Cada decisión judicial que presupone una uniculturalidad y asume como normal la estructura patriarcal contribuye a perpetuar el modelo que considera a la mujer como un sujeto de segundo orden en las cuestiones sociales. Y ello claramente es una diferenciación no justificada ni legítima en el marco de nuestro sistema jurídico. Ahora, lo realmente complejo es advertir dichas impropiedades y luchar contra dichos sesgos que están enraizados en nuestra cultura. En ello claramente ha contribuido una interpretación algo torcida de la tradición judeo-cristiana, que nos trasunta como ideal el de la «mujer virginal», de la mujer «buena madre», etcétera. Es decir, que asocia a la mujer a la ética del cuidado y al hombre a la ética de la racionalidad. En materia probatoria ello está especialmente presente en la aplicación de ciertas máximas de la experiencia, muchas veces aparentemente justificadas culturalmente, pero que no tiene un correlato epistémico. También, en la extracción

de consecuencias probatorias basadas de modelos o estándares de actuación basados en el género. Buena parte del derecho, pese a tener una apariencia de neutralidad, está teñido de perspectivas androcéntrica y héteropatriarcales que han sido puestas en evidencia por la perspectiva de género (Araya, 2020: 37).

La perspectiva de género aplicada a la valoración probatoria nos proporciona un arsenal importante para detectar estas inconsistencias. Nos permite identificar claramente cuando una determinada situación probatoria es peligrosa de ser cubiertas por sesgos y estereotipos basados en el género. Un caso claro, a mi parecer, es la situación de la aceptación de las condenas penales basadas en el testimonio de la víctima adulta cuando el imputado declara que un determinado acceso carnal ha sido consentido y la mujer indica que es violación. Otro ejemplo puede darse en los casos de violencia intrafamiliar que, además, está fuertemente influenciada por la construcción cultural del concepto de familia héteroparental, que a estas alturas está claramente superado desde la perspectiva social.

La perspectiva de género aplicada a la valoración probatoria es un enfoque valioso. Nos ayuda a identificar cuándo, por medio de aplicación de sesgos y estereotipos, estamos contribuyendo a perpetuar la estructura social patriarcal. Sin embargo, a mi parecer, en materia probatoria dicho enfoque conceptualmente no se halla en el mismo nivel que el enfoque psicológico, lógico o epistémico. Es decir, no se trataría de otro enfoque diferenciado. Es más bien un refuerzo necesario del enfoque epistémico, porque en la mayoría de casos nos ayuda a identificar cuándo nos estamos apartando de la búsqueda de la verdad por la aplicación de sesgos y estereotipos de género basados en generalizaciones sin una base empírica y/o epistémica sólida. Así, la perspectiva de género aplicada a la valoración probatoria contribuye a la búsqueda de la verdad. Y ello debe permitir, en un esquema de racionalidad probatoria, descartar el testimonio de la víctima —por ejemplo— cuando hay motivos racionales para entender que su testimonio no es verídico o aceptar las condenas en el caso contrario, pero todo ello con absoluta prescindencia del modelo cultural patriarcal. Es decir, se debe valorar en el caso la credibilidad de la mujer y la concurrencia del hecho sin aplicar máximas de experiencias machistas (Araya 2020: 56).

La aplicación de la perspectiva de género en materia probatoria puede ser considerada una acción positiva y justificada en favor de la mujer,

como contrapeso a la relegación cultural que ha sufrido culturalmente. Todo lo anterior sin descuidar en ningún momento la finalidad epistémica de la prueba y la búsqueda de la verdad como exigencia y condición de la justicia de la decisión.

Capítulo 4

La decisión sobre los hechos

Estándares de prueba, ¿por qué existen en nuestros procedimientos judiciales?

Los sistemas de libertad probatoria en nuestro ordenamiento jurídico pueden considerarse prevalentes, sin perjuicio de que en materia civil se mantenga —quizás no por mucho— un sistema de prueba legal. Ahora, ya sea sistema de libertad probatoria o de sana crítica, nunca esta libertad significa un poder para fallar de acuerdo solo a una convicción subjetiva o adoptar una decisión de forma arbitraria. No solamente se confronta con el enfoque de la racionalidad probatoria defendida en este trabajo, sino también con las nociones más mínimas de justicia.

Especialmente en nuestro sistema jurídico donde las decisiones deben ser motivadas, dicha libertad se traduce en una justificación racional de la decisión sobre los hechos (Taruffo, 2008: 273). Pero para que una hipótesis fáctica pueda considerarse corroborada y subsumible, en el supuesto de hecho de la norma, esta debe estar probada.

Una mayor exigencia en la motivación de la decisión sobre los hechos y, considerando también las aportaciones en la materia que ha hecho el concepto de probabilidad, nos lleva a preguntarnos cuándo se puede considerar probado un hecho. En efecto, las probabilidades de acaecimiento que puede presentar un hecho son diversas y, desde esta perspectiva, es necesario que alguien señale el nivel de suficiencia probatoria, o la meta probatoria a satisfacer. Esta meta debe considerar si es necesario evitar a toda costa una decisión errónea o si, por el contrario, hay un cierto margen de tolerancia asumible por la ciudadanía en atención a los intereses en juego.

La tarea es claramente una decisión legislativa que se lleva a cabo al establecer y formular estándares de prueba que deben ser satisfechos para considerar probado un hecho como antecedente de la norma que se discute aplicar. Siguiendo a Ferrer (2007: 139), en el momento de la

decisión sobre los hechos es imprescindible fijar un umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada o, en otras palabras, debemos determinar el grado de probabilidad suficiente para dar por probada la hipótesis.

Definición

La fijación del estándar de prueba por parte del legislador tiene por objeto satisfacer una finalidad heurística: que los y las juezas consideren por probado lo que el legislador ha querido que se estime por probado. Como veremos, muchas veces esto se dificulta por la imprecisión y vaguedad de buena parte de estos estándares de prueba pues, como señalan Pardo y Allen (2008: 240), la vaguedad es inherente a los estándares de prueba.

Laudan, —uno de los grandes epistemólogos de este último tiempo—, considera respecto a los estándares de prueba que el estándar de prueba es uno de los mejores mecanismos creados para distribuir los errores en un proceso de toma de decisión.¹ Ahora bien, una decisión penal conforme a un estándar de prueba normativizado no puede ser considerada una resolución ilegal o injusta. Indirectamente, seguir criterios normativos también agrega racionalidad a la decisión judicial (Ho, 2008: 179). Esta cuestión es especialmente visible en el ámbito de la justicia penal. El límite que marca esta distribución del error en materia penal no tiene ningún otro fundamento más que ser el resultado directo de una decisión de política criminal. Desde otra perspectiva, a la sociedad le interesa que la condena penal se base en probanzas que establezcan una averiguación de los hechos casi *cierta*, porque desea evitar algunos efectos que han sido valorados por la comunidad política como perjudiciales (que falsos culpables y, en definitiva, inocentes estén en las cárceles).

1 Laudan (2006: 68) realiza una serie de consideraciones posteriores que cuestionan que el estándar de la duda razonable sea, efectivamente, un buen mecanismo para repartir el riesgo de error en la proporción que se considere aceptable. A mi modo de ver, estas consideraciones no son cien por ciento extrapolables a los sistemas de enjuiciamiento penales continentales en cuanto no existen *rules of evidence* tan «casuitas» que puedan perjudicar la calidad epistémica del medio de prueba. También, en cuanto la disposición que tienen las partes del juicio es relativa, y no tan absoluta como en el *adversary trial* norteamericano.

Distribución del error como fundamento

Un estándar de prueba es el nivel de suficiencia que se le exige a un medio de generación de conocimiento para acreditar un supuesto. En específico, el estándar de prueba es el nivel de suficiencia y eficacia exigido al método de comprobación empírica *ex post facto* a fin de determinar si fueron concurrentes los hechos discutidos y que condicionan la aplicación de una determinada norma jurídica. Ahora, el concepto de estándar de prueba no es solo propio y exclusivo del proceso judicial. También se aplica a otros ámbitos donde sea necesario regular y distribuir el margen de error de determinados procesos.

Laudan se pregunta: ¿Por qué, en general, se modifica el estándar de prueba del cincuenta más uno (*preponderance of the evidence*) hacia uno más exigente? Por ejemplo, ¿por qué ocurre esto en los controles de calidad de los medicamentos u otros productos que pueden afectar a la población? Como señala el mismo autor, ello ocurre, básicamente, porque consideramos que un error es más costoso que otro y, por tanto, debe evitarse (Laudan, 2006: 65).

Conforme a lo anterior en sede criminal se establece un estándar probatorio más alto que el exigido en sede civil, que la doctrina y la jurisprudencia equipara a la prueba más allá de toda duda razonable. Con ello, entre otras razones, se quiere mostrar que es preferible que existan inocentes culpables, que condenados inocentes.² Es decir, con esta exigencia se quiere reducir al mínimo el margen de error, sobre todo en relación con sentencias condenatorias. Solo se admitiría, entonces, la presencia de «dudas irracionales» (Taruffo, 2010: 249). En este sentido, el ordenamiento jurídico construye o aporta elementos para la configuración de lo que la doctrina ha denominado como «reglas de juicio», e intenta asegurar la calidad epistémica del grado de confirmación de la hipótesis escogida o seleccionada como concurrente, de entre todas

2 Sus antecedentes más remotos pueden situarse en el derecho romano. En el Digesto se afirmaba que es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente. También que se debe optar por dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente. La doctrina ha entendido que en las Partidas (Partida Tercera, Título XIV, Ley I) también se hace referencia a ello en el siguiente sentido: «E aún decimos que lo juzgadores todavía deben estar más inclinados e aparejados para quitar los hombre [sic] de pena que para condenarlos en los pleitos que claramente no pueden ser probados o que fueren dudosos». Véase Romero, 1985: 18.

aquellas analizadas. Entre otras razones, porque es inherente a un proceso que tiene, entre otras finalidades, la búsqueda de la verdad, convivir con el inminente riesgo de error.³ Con todo ello, indirectamente, también se reparte el riesgo de decisiones erróneas en esta materia.⁴ Se asume socialmente que es preferible aceptar menos condenas falsas y más absoluciones erróneas (Ferrer, 2007: 81). De esta forma, el beneficio de la duda se entrega al imputado, quién dispone de un elemento a su favor.⁵ En el ámbito civil, frente a la existencia de una consecuencia no tan gravosa como la pena y la continua presencia de intereses privados, aceptamos un cierto margen de error que presenta como límite mínimo el hecho de que la hipótesis fáctica que se entienda probada sea más probable —de acuerdo con las pruebas— que su contraria.

Ahora, esta elección de la distribución del error en la aplicación de un procedimiento judicial es una valoración política que no tiene casi nada de razones técnico-procesales. Tampoco se nos pueden dar algunas luces al respecto si recurrimos a las ciencias que tienen por objeto el estudio del conocimiento, como es el caso de la epistemología. Resulta interesante anotar que esta última nada nos dice sobre qué grado debe tener la probabilidad de una hipótesis para considerarse verdadera o concurrente (Ferrer, 2007: 80 y ss.; Stein, 2005: 121, 122, 130). Es decir, no nos señala cuál debe ser el grado de veracidad que han de tener los enunciados probatorios para considerarlos como ciertos. Probablemente, ello sea así porque el esquema epistemológico de valoración de la prueba es un sistema sintáctico de razonamiento, donde las inferencias se realizan a través de relaciones lógicas estrictas.⁶ Se afirma que la de-

3 Iacobello (1997: 26) considera: «Il processo ha una meta di verità, che persegue seguendo un sentiero impervio, costantemente fiancheggiato da un precipizio: l'errore».

4 Stein (2005: 133) considera: «Allocation of the risk of error in fact-finding ought to be the principal objective of evidence law. As much as it matters how adjudicators decide cases, it matters how they allocate this risk». En el mismo sentido Taruffo (2009b: 35).

5 En este sentido Laudan (2006: 65) considera: «In the criminal context, when we set the bar of proof in a criminal trial higher than the preponderance of the evidence, we are saying that we intend to give the defendant the benefit of the doubt, because we think that falsely convicting the innocent is worse than falsely acquitting the guilty».

6 En este sentido Cheng y Holyoak (1985: 395) afirman que: «a syntactically based reasoning system tells us which inferences are valid, it does not tell us which inferences are useful among the potentially many that are valid».

terminación de la exigencia de un estándar de prueba —y, por tanto, el reparto del riesgo de error— ha de ser una decisión que se base en principios políticos y morales de relevancia, que reflejen las preferencias de la sociedad (Stein, 2005: 133; Ho, 2008: 176 y ss.; Taruffo, 2009a: 112). No debe olvidarse, aunque parezca obvio, que la imposición de un castigo causa un perjuicio para quién lo sufre. Por tanto, es una cuestión político-moral (en definitiva, de la política criminal) determinar cuándo y en qué cantidad va a ser justificado imponer una sanción jurídica, especialmente cuando esta constituya una pena.⁷

Estándar de prueba «más allá de toda duda razonable»

El estándar de la duda razonable es el estándar de prueba que aparece en el campo del derecho probatorio principalmente asociado al ejercicio de la justicia penal. Es posible afirmar que *prima facie* es una barrera probatoria a satisfacer muy exigente, por demandarlo así la libertad de las personas que están involucradas en la discusión del caso.

Este estándar puede presentar problemas para ofrecer una definición analítica y precisa, especialmente si se utilizan criterios cuantitativos inapropiados para la naturaleza del problema (Taruffo, 2008: 273).

En el ámbito del estándar de la duda razonable, la razón moral fundamental que se haya en su base (que es preferible que muchos culpables sean absueltos al peligro de condenar a un inocente) trae aparejada un buen número de consecuencias, como exigir que la condena se funde en una prueba de la culpabilidad de un grado especialmente elevado (Taruffo, 2008: 273). Así, este estándar expresa como exigencia que la culpabilidad del acusado sea demostrada con un altísimo grado de confirmación, prácticamente equivalente a la certeza, dejando a salvo todas las críticas que hicimos a este último concepto (Taruffo, 2008: 274).

Ahora, cualquiera sea la respuesta que se adopte para esta pregunta, la mayoría de los autores reconocen que, respecto de este estándar de prueba, subsisten serios y graves problemas aplicativos (Laudan, 2013: 61; Walton, 2014: 58). Clermont (2019: 1457) afirma, en un reciente estudio, que los académicos nunca han entendido correctamente los estándares de prueba y, de hecho, otro tanto ocurre en lo que refiere a la teoría

⁷ En este sentido, Maccormick (2007: 211). Sin embargo, debemos considerar que para este autor el derecho penal es constitutivo de una moral social por parte del Estado.

de la prueba.⁸ En este mismo sentido, y sin perjuicio de lo que se afirmará, Laudan da cuenta documentada, a partir del análisis de la jurisprudencia norteamericana, que no es posible reconstruir con criterios estables cuándo el juez ha fallado más allá de toda duda razonable, siendo el panorama al respecto oscuro, incoherente y pantanoso (Laudan, 2013: 61 y 2003: 295). Luego de analizar dicha noción, Laudan señala que el resultado más relevante del análisis es la constatación de que el estándar de la duda razonable es una noción penosamente inadecuada, deliberadamente poco clara, totalmente subjetiva y abierta a un número de interpretaciones semejantes al número de jueces en funciones (Laudan, 2013: 61), a tal punto, que el mismo autor se pregunta si efectivamente el estándar de la duda razonable puede ser considerado un estándar objetivo —desde el punto de vista de la racionalidad—, en relación con su aplicación y entendimiento actual en el ámbito del *common law*.⁹ Haack (2020a: 141), por su parte, considera perturbadoramente vagos los grados de prueba que resultan de interés jurídico.

La doctrina tampoco ha colaborado mucho a dar mayor claridad al panorama del estándar de la duda razonable.¹⁰ Como veremos, las formulaciones son diversas, existiendo legítimas dudas acerca de si el estándar debe entenderse desde el punto de vista subjetivo del juzgador (convicción moral, por ejemplo) o desde la racionalidad intersubjetiva. Y aun adoptando este último enfoque, tampoco queda totalmente claro cuál es el papel que juegan en él las hipótesis alternativas ni la entidad de la *duda* para considerar derrotado o no dicho estándar. Por ejemplo, ¿cuándo la duda es razonable? ¿Cómo se proyecta la exigencia del estándar de la duda razonable a las cuestiones fácticas de cada uno de los elementos del tipo penal? Si hay duda acerca del acaecimiento de una coartada o una hipótesis alternativa, ¿afecta ello a la satisfacción del estándar de la duda razonable en relación con la hipótesis inculpatoria?

8 Clermont agrega: «*Their formulations beget probabilistic musing, which beget all sorts of paradoxes, which in turn beget radical reconceptions and proposals for reform*».

9 Laudan (2005: 112) agrega: «básicamente el único mecanismo para la distribución de los errores que se requiere en un juicio es un estándar no-subjetivo de la prueba». Luego en 2003: (331): «*The title of this essay posed a seemingly simple question: Is reasonable doubt reasonable? [...] The melancholy truth is that however one glosses the question, the answer is a simple: No. Short of some form of radical surgery, BARD's day has come and gone*».

10 En el mismo sentido para el ámbito del *common law*, Laudan (2003: 296).

Todas estas cuestiones abiertas, en el entendimiento actual de la cuestión, dificultan que el estándar de la duda razonable pueda ser considerado una cláusula de cierre del programa probatorio contenido en un determinado enjuiciamiento penal.

Laudan termina por afirmar que la noción del estándar de la duda razonable está completamente indefinida o definida de una manera tan imprecisa que resulta enteramente inútil (Laudan, 2005: 106).

La cuestión no es para nada baladí si, además, se considera que la reducción de componentes subjetivos y arbitrarios condicionará, en buena medida, la consideración de justicia de los ciudadanos respecto de la operatividad del sistema de justicia penal (Laudan, 2013: 64) y de las expectativas normativas referidas a la actuación. Es crítico, en materia criminal, que la fuerza moral del derecho penal no se diluya por la duda de que una persona inocente esté siendo condenada.¹¹ En efecto, una confianza pública y fe en el sistema de justicia son esenciales para la legitimidad democrática de la ley y su fuerza normativa (Bibas, 2012: 64). Así, cualquiera sea la formulación del estándar de la duda razonable que se adopte, esta debe reflejar adecuadamente su finalidad distributiva, de forma de no condenar o absolver a más personas de las que originariamente se ha querido. De otro lado, el sistema penal, en el ámbito de la aplicación del estándar de la duda razonable, debe ser confiable (desde el punto de vista de la uniformidad y previsibilidad de la aplicación de los criterios) para evitar que sea inherentemente injusto (Laudan, 2003: 296).

Para Tuzet (2021: 260), una duda razonable podría tener lugar no solo por ausencia de razones suficientes para creer, sino también por la ausencia de suficientes razones para actuar. Se trataría de una duda no solo motivada por consideraciones de tipo epistémico, sino también por consideraciones de carácter práctico. Las consideraciones prácticas determinarían el umbral de la justificación epistémica de las creencias

11 In re Winship, 397 U.S. 358, 364 (1970: 397): «*use of the reasonable doubt standard is indispensable to command the respect and confidence of the community in applications of the criminal law. It is critical that the moral force of the criminal law not be diluted by a standard of proof that leaves people in doubt whether innocent men are being condemned. It is also important in our free society that every individual going about his ordinary affairs have confidence that his government cannot adjudge him guilty of a criminal offense without convincing a proper factfinder of his guilt with utmost certainty*».

sobre el hecho. Así, para justificar las creencias sobre el hecho «se requieren más elementos probatorios o elementos de mejor calidad que aquellos requeridos en otras situaciones donde lo que esté en juego es menos importante» (2021: 265). En efecto, propone que estaremos en circunstancias de duda razonable cuando hay razones, aunque no suficientes, para no creer que p ; y cuando no hay razones suficientes para creer que p , siendo p la hipótesis inculpatoria. La duda razonable, entonces, se determinará por consideraciones epistémicas, aun cuando sea verdad que el nivel de justificación epistémica requerido en un proceso está determinado, también, por los intereses prácticos en juego (Tuzet, 2021: 265).

En el ámbito de la probabilidad lógica, las formulaciones del estándar de la duda razonable giran sobre la base de la aplicación de la inducción eliminativa de Bacon y Stuart Mill al razonamiento judicial a partir del trabajo de Cohen (Cohen, 1977: 144; Gascón, 2010: 155 y ss.; Schum, 1994: 245 y ss.). En efecto, Cohen teniendo como antecedente la férrea crítica al uso de la probabilidad matemática o pascaliana sobre la determinación de los hechos, se inclina por la aplicación de la inducción eliminativa, tanto común a la generación del conocimiento científico como a la realización de estimaciones a través de generalizaciones de sentido común. A partir de aquí genera una discriminación entre variables relevantes e irrelevantes, como quien busca una explicación a un fenómeno científico a partir de causas (Cohen, 1977: 144). En materia probatoria, especialmente en sede penal, ello se ha traducido en dos grandes consideraciones: a) la hipótesis fáctica prevaleciente debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y siendo capaz de explicar y confirmar la predicción de nuevos datos sobre la base de la misma. Y b) el estándar de la duda razonable se halla satisfecho cuando, adicionada a la exigencia anterior, se han refutado todas las demás hipótesis fácticas que sean plausibles, explicativas de los datos, especialmente compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc* (Ferrer, 2007: 147).¹² A partir de aquí los diferentes autores representantes de este enfoque introducen ciertos matices, pero manteniendo la estructura *inductiva-eliminativa*

¹² En el mismo sentido, Roberts y Zuckermann (2010: 258) sostienen que «*the jury may convict only when all explanations of the evidence that are consistent with innocence have been dismissed as untenable*».

en su base. Así, por ejemplo, algunos han intentado trasladar esta estructura para delimitar los contornos de la razonabilidad de la duda en la aplicación del estándar de la duda razonable (Stein, 2005: 173 y ss.). Otros consideran que la hipótesis inculpatoria debe ser la única explicación plausible de los hechos (Allen, 1986: 436; Allen, 1994: 609) o bien establecen una cierta asociación entre esta formulación y el modelo de la inferencia a la mejor explicación (Allen y Pardo, 2007: 136).¹³ De otro lado, también se sugiere que la mayor exigencia probatoria del estándar de prueba penal se vea reflejada en que la prueba sea capaz de apoyar la hipótesis acusatoria, no contradicha por otras pruebas, y que la justificación de los y las juezas también sea capaz de desmentir con adecuadas contrapruebas todas las contrahipótesis planteadas y planteables (Gascón, 2010: 199; Ferrajoli, 2011: 152).

La tesis de Ferrer, por ejemplo, ha sido aplicada por la jurisprudencia:

En relación a lo sostenido, es insoslayable perfilar el estándar de prueba penal que nos rige, pues el artículo 340 del código procesal penal contiene un estándar poroso y vacío de contenido que ha sido integrado por desarrollos doctrinarios, pues a su respecto las opiniones convergen únicamente en que es altamente exigente, por lo que recurro *al estándar propuesto por Ferrer (2007: 126)* para el proceso penal y que reza: Para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: 1. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos en forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas; 2. Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles, explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*. Conforme al desarrollo argumental que cimienta la premisa fáctica, los jueces de mérito estiman insatisfecha la primera cláusula de estándar, pues los datos probatorios —todos ellos— no poseen la virtualidad necesaria para explicar suficientemente la hipótesis acusatoria, según se aprecia del fallo impugnado, particularmente de su motivo décimo. En cuanto a que el fallo impugnado refiere que la tesis alternativa de la defensa introduce duda razonable respecto de la ocurrencia del hecho, pero que, en el evento de no existir el relato alternativo, ello no «abona» a la tesis acusatoria la que no posee credenciales epistémicamente sufi-

¹³ Véase también Ferrer, 2007: 147, especialmente la nota 132.

cientos; no constituye un obstáculo que empañe la decisión absolutoria, ya que para que la hipótesis de la acusación se entienda probada deben concurrir ambas cláusulas del estándar. Conforme al análisis efectuado, lejos de existir únicamente los pareceres e intuiciones subjetivas de los jueces del tribunal oral en lo penal, la sentencia da cuenta de una acertada valoración de la prueba en sentido estricto y una correcta aplicación de la regla de decisión que rige en materia penal, lo que permite exorcizar, en la mayor medida posible, los riesgos de errores epistémicos.¹⁴

En igual sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago:

Recordemos que de lo que se trata finalmente en un juicio penal es que el tribunal pueda llegar a establecer los hechos en virtud de los cuales se dicta una sentencia condenatoria, capaces de llegar a esa convicción, de modo que los sentenciadores buscan dentro de los elementos probatorios que le aportan los intervinientes verificar si mediante ellos es posible arribar a una conclusión fáctica determinada, más allá de toda duda razonable. Así lo sostiene Ferrer Beltrán (2007: 147), que para considerar probada la hipótesis de culpabilidad «deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: 1. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas; 2. Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*». En este caso, el proceso mental de los jueces para arribar a la convicción de culpabilidad se afincó en la valoración que se efectuó de dicha prueba, a juicio de la defensa, sin respetar los señalados principios de la no contradicción y corroboración, al punto que en su concepto la única solución posible sería dictar una sentencia absolutoria a favor del encartado, pues debido a la infracción denunciada, no se podría arribar al establecimiento de la participación de su representado en el hecho punible signado en el considerando decimotercero, en que fuera acusado.¹⁵

Por último, el mismo Cohen (1986: 649), en un estudio posterior, vin-

14 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 02 de febrero de 2022, rol 461-2021, considerando décimo, las cursivas son nuestras.

15 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de octubre de 2021, rol 3721-2021, considerando décimo.

cula la satisfacción del estándar de la duda razonable, en el marco de su teoría, solo a la integridad o completitud (*completeness*) razonable de la prueba de la culpabilidad del acusado.

Sin duda, aunque se trata de formulaciones que presentan una mayor solidez para ser aplicadas al interior del sistema de justicia penal, igualmente subsiste un amplio margen de indeterminación, quizá siendo estas opiniones más útiles desde una mera perspectiva argumentativa. En este sentido, también es posible considerar la indeterminación del estándar de la duda razonable como una consecuencia asumida, compensada por la confianza que se tenga en que las normas probatorias aplicables a las fases de los procedimientos terminen por complementar o delinear adecuadamente la distribución de los riesgos de condenas erróneas.

La jurisprudencia ha reconocido el carácter poroso y vacío del estándar de prueba, cuyas opiniones doctrinarias convergen solo en que es altamente exigente,¹⁶ aunque ha reconocido que el estándar de la duda razonable expresa una necesidad de tener por acreditado el hecho con una probabilidad inductiva muy alta.¹⁷

Sin perjuicio de lo anterior, en el marco de la probabilidad lógica, las formulaciones sobre la determinación del estándar de la duda razonable, si bien han logrado entregar herramientas que permiten un mejor control intersubjetivo sobre la base de criterios racionales (González Lagier, 2014: 115), igualmente incluyen expresiones cargadas de vaguedad,¹⁸ donde es difícil trazar un límite de lo probado o no probado más allá de toda duda razonable, cuestión que contrasta con la bivalencia propia de la decisión jurisdiccional en sede penal, donde un acusado solo puede ser absuelto o condenado. Desde esta perspectiva, los esfuerzos de la probabilidad lógica siempre deberán asumir que el estándar de la duda razonable es un concepto difuso (Schum, 1994: 265).

La jurisprudencia, en torno a la justificación del estándar de la duda razonable, ha señalado que las dudas respecto de su satisfacción «con

¹⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 2 de febrero de 2022, rol 461-2021.

¹⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 7 de febrero de 2021, rol 2148-2021, considerando séptimo.

¹⁸ Laudan (2013: 61) va más allá con la crítica: sostiene que el estándar de la duda razonable es penosamente inadecuado, deliberadamente poco claro, totalmente subjetivo y abierto a un número de interpretaciones semejantes al número de jueces en funciones.

los claros, precisos, lógicos y completos fundamentos que justifican las conclusiones alcanzadas por los sentenciadores, siendo además nítidamente posible reproducir el razonamiento utilizado por el que se arriba a aquellas».¹⁹ De igual forma se ha señalado que

el fallo recurrido contiene el razonamiento lo suficientemente *claro, fundado y concordante* para condenar al encartado por el delito por el cual se le ha condenado, siendo la decisión de ello la deducción lógica de lo valorado previamente por los sentenciadores, satisfaciendo la sentencia recurrida en forma adecuada las exigencias legales para su dictación.²⁰

Asimismo, se ha señalado por la jurisprudencia:

la convicción condenatoria alcanzada se sustenta y justifica en los elementos probatorios que se señalan, *valoran, analizan, ponderan, concatenan y contrastan*, todo ello mediante una exposición clara, *lógica, completa, suficiente y adecuadamente razonada, sin advertirse vulneración ni contradicción* alguna a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, señalando, las razones lógicas o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo, cumpliéndose además los otros requisitos establecidos en el artículo 297 del Código Procesal Penal y conforme a lo establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal.²¹

La jurisprudencia también ha dado cuenta de la necesidad de existencia de una «Ilación lógica» de las pruebas para satisfacer el estándar de la duda razonable.²² En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Santiago indica que se ha satisfecho el estándar de prueba

ya que toda la argumentación explica en *forma fehaciente, clara y concordante* la conclusión de condena a la que arribaron, haciéndose car-

19 Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 18 de enero de 2022, rol 158-2021, considerandos sexto y séptimo.

20 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 17 de noviembre de 2021, rol 358-2021, considerandos décimo y undécimo, las cursivas son nuestras.

21 Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 9 de noviembre de 2021, rol 2733-2021, considerandos séptimo y octavo.

22 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de abril de 2021, rol 249-2021, considerandos quinto y sexto.

go de las contradicciones o falencias denunciadas por las defensas, y entregando respuestas acordes a cómo sucedieron los hechos y las circunstancias que explicarían la ausencia de las especies y del arma corto punzante.²³

Lo anterior pone en evidencia la utilidad de la racionalidad probatoria de corte inferencial o lógico para navegar en el campo siempre pedregoso de la satisfacción del estándar de la duda razonable. Entre otras razones, porque la satisfacción de un determinado estándar está en estrecha relación con cómo se realice la valoración probatoria de acuerdo con el sistema de la libertad probatoria y las limitaciones de la sana crítica.

La Corte Suprema ha señalado, en relación con los delitos de la Ley 20.000:

la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición redundan en la imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado y, por ende, respecto de la existencia del delito.²⁴

Igualmente, ha señalado:

Toda sentencia condenatoria debe ser, por imposición del artículo 340 del Código Procesal Penal, el fruto de la convicción del tribunal sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral que conduzca a los jueces a la certeza, más allá de toda duda razonable, que en los hechos ilícitos ha correspondido a los acusados una participación culpable y penada por la ley. «En este orden de ideas, es la prueba legalmente obtenida, explicada racionalmente y sometida a la pertinente contradicción, la que permitirá destruir la inocencia que durante todo el litigio acompañó a los enjuiciados».²⁵

En relación con las exigencias de motivación, la Corte Suprema ha señalado:

²³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de abril de 2021, rol 1339-2021, considerandos décimo sexto al décimo octavo.

²⁴ Sentencia de la Corte Suprema, 22 de enero de 2019, rol 29835-2018, considerandos cuarto y quinto.

²⁵ Sentencia de la Corte Suprema, 16 de marzo de 2017, rol 2985-2017, considerando séptimo.

Toda sentencia criminal debe exponer razonadamente los fundamentos en que se apoya, justificar con rigor intelectual la corrección de la decisión adoptada, fijar los hechos y establecer el derecho aplicable. Motivar la decisión sobre los hechos significa elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos de estos por acreditados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en la litis. Tal deber apunta no solo a hacer inteligible la decisión, sino también a asegurar un modo de actuar racional en el terreno previo de la fijación de las premisas fácticas del fallo. Este tribunal también ha señalado, desde los inicios del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, que la nueva legislación procesal penal ha intensificado las exigencias de justificación de la declaración de los hechos que se tienen por probados en las sentencias definitivas, imponiendo a los jueces un trabajo cuidadoso en la elaboración de sus fallos. La preocupación esencial de toda sentencia penal de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieron por probados, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297 del Código Procesal Penal. Esta norma, si bien es cierto ha facultado a los tribunales para apreciar la prueba con libertad en abierta y franca discrepancia con el probatorio tasado del sistema inquisitivo, impone tres reglas básicas al juzgador: no puede contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; además debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada; y debe señalar los medios de prueba por los cuales se dieron por justificados cada uno de los hechos y circunstancias atinentes a la Litis.²⁶

Estándar de prueba: prevalencia y balance de la evidencia

El criterio de la probabilidad lógica prevaleciente consiste en una combinación de dos reglas: la del «más probable que no» y la regla de la «prevalencia relativa» de la probabilidad. La primera, impone que respecto de cada enunciado se considere la eventualidad de que pueda ser verdadero o falso, o lo que es lo mismo, una hipótesis positiva y otra negativa complementaria. Entre estas dos hipótesis el juez o la jueza debe elegir aquella que, sobre la base de las pruebas disponibles, tiene un grado de

²⁶ Sentencia de la Corte Suprema, 04 de enero de 2017, rol 88.993-2016, considerando octavo y noveno.

confirmación lógica superior a la otra (Taruffo, 2008: 275). Es decir, es la hipótesis preponderante de acuerdo con las pruebas.

En relación con la regla de la prevalencia relativa, esta se refiere al caso de que sobre el mismo hecho existan diversas hipótesis, todas las cuales hayan recibido algún grado de confirmación emanado de las pruebas disponible. Así, el juez o la jueza, de acuerdo con la regla de la prevalencia relativa, deberá escoger como verdadero el enunciado que haya recibido el grado relativamente mayor de confirmación sobre la base de las pruebas disponibles (Taruffo, 2008: 276).

Este estándar de prueba suele asociarse a la actividad de la jurisdicción civil. Se busca con él que la hipótesis que se estime probada sea la que tenga una mayor probabilidad de acaecimiento sobre su contraria. Si tuviéramos que hacer una representación matemática, mientras la satisfacción del estándar de la duda razonable oscila entre el 85% y el 100%, el de la prevalencia de la evidencia se sitúa en el 50+1.

A mi parecer, el estándar de la prevalencia de la evidencia es la medida de satisfacción probatoria general y común para dar por probado hechos, que también tiene correlato en el día a día de las personas. Es el mismo grado de suficiencia que empleamos para corroborar cuestiones cotidianas que no son especialmente importantes. Por ejemplo, si al momento de escribir estas líneas, en una mañana de día hábil, me pregunto si mi hijo fue al colegio, la respuesta será positiva sobre la base del recuerdo que tuve de la mañana que mi compañera salió de la casa con el niño vestido de uniforme, con la declarada intención de ir al colegio. ¿He acreditado más allá de toda duda razonable que mi hijo está en el colegio? No, no es necesario. ¿Es posible que mi hijo no esté en el colegio? Sí, por ejemplo porque su madre decidió llevarlo con ella a su trabajo, sin aviso, por algún motivo urgente. Ahora, con los antecedentes con que disponemos, parece que la hipótesis fáctica de que «mi hijo fue al colegio hoy» aparece con un mayor grado de apoyo empírico que su contraria (es decir, que no fue al colegio).

Lo importante se muestra particularmente importante porque si el estándar de la prevalencia de la evidencia es uno de carácter común y general, entonces ello podría significar que cuando un determinado procedimiento judicial exija prueba de los hechos, se entienda concurrente, sin necesidad de una mención especial. Ello podría ser particularmente en los procedimientos judiciales de una clara herencia histórica romá-

nica continental ibérica, que claramente por la época no lograron incorporar conceptos como el del estándar de la prevalencia de la evidencia.

Estándar de la prueba clara y convincente

En algunos casos el estándar de la prevalencia de la evidencia o de la prueba prevalente puede ser poco exigente si se consideran los intereses en juego pero, a su vez, optar por el estándar de la duda razonable puede generar vicios por exceso. Frente a ello ha asomado un estándar que puede ser conceptualizado como de exigencia intermedia entre los dos citados: el estándar de la prueba clara y convincente. Si en términos de probabilidad el estándar de la prevalencia de la evidencia puede graficarse con la frase «más probable que no» (*more likely than not*), el estándar de la prueba clara y convincente, a su vez, podría estar referida a la alocución «mucho más probable que no» (*much more likely than not*) (Clermont, 1987: 1119). En este último caso se trata de una prueba clara, precisa e indubitada acerca del acaecimiento de los hechos. En otras palabras, una prueba convincente más allá de una razonable controversia. Este estándar se ha aplicado en el ámbito anglosajón en los casos de terminación de derechos parentales (Clermont, 1987: 1119). También se utiliza este estándar en el ámbito civil cuando hay intereses sociales en disputa, como en los casos de litigación por fraude o bien en litigios donde se comprometen las libertades civiles como deportaciones, declaración de interdicción de un familiar, remoción de una licencia médica, etcétera (Larroucau, 2012: 791).

Si tuviésemos que realizar una representación numérica tomando como referencia los valores de la probabilidad matemática, es decir, 1 para existencia y 0 para inexistencia, el estándar de la probabilidad prevaleciente se situaría en $P < 0,5$. Por su parte el estándar de la duda razonable se situaría en el margen de $P < 0,9$, (Allen, 1994: 604) mientras que la prueba clara y convincente estaría en el rango $P < 0,6-0,7$ (Pardo y Allen, 2008: 247).

El estándar de la prueba clara y convincente refleja una alta probabilidad del que suceso haya acaecido, frente a la casi seguridad de acaecimiento del estándar de la duda razonable.

En el ámbito anglosajón, sin perjuicio de la ausencia de reconocimiento de los tres tipos de estándares, la doctrina admite que indefectiblemente la ley reconoció que el espectro concebible de estándares de

prueba se había fusionado irresistiblemente en tres (Clermont, 1987: 1120).

La decisión de los hechos y los diversos niveles argumentativos o inferenciales

La descomposición de los hechos, según se ha visto en apartados anteriores, puede generar —especialmente en el caso de la garantía— que se comparen hechos que cuenten con diversos niveles de especificidad. Por ello es importante identificar diversos niveles de proposiciones probatorias y, a partir de allí, determinar si nos encontramos frente al mismo hecho.

Hechos probatorios y hechos constitutivos

Para Hohfeld (1913: 25 y ss.) es posible identificar dos tipos de proposiciones fácticas: «hechos probatorios» y «hechos constitutivos». Los primeros, son aquellos que, de ser probados, proporcionan alguna base lógica, no conclusiva, para inferir algunos otros hechos. Por su parte, los hechos constitutivos son conocidos por los litigantes como hechos últimos, hechos materiales, hechos operativos, hechos dispositivos o simplemente como los *hechos* del asunto. Se trata de hechos en relación con los cuales la ley señala consecuencias específicas. Así, en el derecho inglés, un adulto en su sano juicio quien intencionalmente mata a una persona en ausencia de una justificación o excusa es culpable de homicidio (Roberts y Zuckerman, 2010: 131). Los hechos que se corresponden con cada elemento del delito (*offence*) son los hechos constitutivos. Así, por ejemplo, en el mismo caso: el hecho de que un adulto en su sano juicio mate a otro, el hecho de la víctima era una persona, el hecho de que el homicidio fue cometido con dolo, y el hecho de ausencia de justificación o excusas (Roberts y Zuckerman, 2010: 131). En términos de la perspectiva de Hohfeld, el objetivo epistémico de los procedimientos legales es probar los hechos constitutivos designados por la ley sustantiva (Roberts y Zuckerman, 2010: 131).

Probandum y probandas

Anderson, Schum y Twining (2015: 94 y ss.) señalan que las proposiciones a ser probadas (*probandas*) se presentan en diferentes niveles en la

argumentación probatoria. Así, distinguen entre un *probandum* básico o principal que denominan *final* que sería la premisa menor del silogismo cuya premisa mayor estaría constituida por el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se discute. En los casos penales, el *probandum final* incluiría todas las condiciones que la acusación debiera probar que son verdaderas más allá de toda duda razonable para que sea justificada la condena, como que la víctima está muerta, que hubo un acto ilegal que causó la muerte a la víctima, que el acusado causó el acto, que el acusado tenía la intención requerida por ley para castigar la conducta. Es decir, el *probandum final* consistiría en los hechos finales que la acusación debe alegar y probar para que su pretensión sea acogida. A su vez, el *probandum final* puede ser raramente una proposición simple, aunque generalmente se tratará de una proposición compuesta que puede ser dividida en proposiciones simples, cada una de las cuales debe ser probada para estimar, a su vez, probada el *probandum final*. Para estos autores, estas proposiciones simples serán denominadas *probanda* penúltima, que se corresponderán con los hechos materiales, proposiciones específicas o elementos (generalmente indicados por la ley) que son necesarios y suficientes para probar un *probandum final*. A su vez, el *probanda* penúltimo se encuentra enlazado con las proposiciones emanadas de las pruebas a través de una cadena de razonamiento que, a su vez, encuentran su sustento justificatorio o garantía en generalizaciones que vinculan a un medio de prueba específico. A estas proposiciones inferiores respecto de *probanda* penúltima y sus generalizaciones o garantías son denominadas por los autores como *probandas intermedias*.

Así, siguiendo este esquema, para llegar a determinar concurrente el supuesto de hecho «el que mate a otro», la existencia de un sujeto activo, de una acción de matar, un resultado de muerte, una relación de causalidad entre la acción y resultado y una imputación objetiva del mismo constituirán el *probandum final* que nos permitirá afirmar que Juan mató a Pedro. Por su parte, la introducción de un cuchillo en el pecho que causó una herida corto punzante que, a su vez, hizo entrar en una falla múltiple a la víctima causándole la muerte puede ser identificada como el *probanda* penúltimo. Por su parte, la prueba pericial de las huellas biológicas de Juan en el arma homicida, a partir de la cual se puede inferir (generalización) que Juan tomó el cuchillo y lo introdujo en el cuerpo de Pedro, es el *probandum* intermedio. Ahora, para estos autores, *probanda* final, penúltimas e intermedias son potencialmente

fuentes de dudas o de incertidumbre, y todas ellas son materias que han de ser probadas (Anderson y otros, 2015: 96). Siguiendo a estos autores, el nivel de justificación probatoria ha de ser necesaria y suficiente en los tres niveles para estimarse concurrente el supuesto de hecho «Juan mató a Pedro», por lo que el nivel de suficiencia probatoria del *probandum final* presentará (o debiera presentar) una estrecha relación (proporcional) con la suficiencia probatoria del *probanda* intermedio y penúltimo.

La decisión de los hechos frente a hipótesis probadas y contradictorias

La determinación del grado de confirmación de una hipótesis no es una operación aislada de las otras. Como consecuencia, en términos numéricos no solo se trata de valores positivos. Aquí difiero con lo afirmado por Taruffo, que toma de base una perspectiva atomista, incluyendo la perspectiva holista solo de manera complementaria. No creo que para el grado de confirmación de una hipótesis inculpatoria sea irrelevante el grado de confirmación de una coartada, por ejemplo, voy a graficar mi punto con un caso, pero para ello necesitamos ciertas asunciones. Consideremos que el estándar penal exige que una hipótesis inculpatoria tenga un valor de concurrencia probabilística de 0,9 (Ferrer, 2007: 117) para descartar la duda razonable. Supongamos, por otro lado, que cualquier otra hipótesis no inculpatoria debe cumplir con el estándar de la preponderancia de la evidencia (más o menos 0,5) para considerarse mínimamente concurrente. Ahora, supongamos que tenemos una hipótesis inculpatoria cuyo valor es de 0,9, y una coartada cuyo valor es de 0,49. Según lo que entiendo del pensamiento de Taruffo, la hipótesis inculpatoria cumpliría con el estándar de la duda razonable y el juez o jueza podría condenar, ya que el grado de confirmación 0,9 es mayor que el valor 0,49. Además, ni siquiera la coartada cumple con la preponderancia de la evidencia que nos confirme que ha acaecido (0,5). Sin embargo, esto significaría igualar el valor de la coartada 0,49 al valor 0, lo cual me parece altamente cuestionable. Si bien esta no cumple con la preponderancia de la evidencia, es de cuantía considerable. Entonces surge la pregunta que nos lleva al tema que quiero plantear: ¿hasta qué punto el valor de esta coartada es irrelevante para el grado de confirmación de la hipótesis inculpatoria? ¿Daría igual en este caso para el grado de confirmación de la hipótesis inculpatoria la presencia o ausen-

cia de una coartada con un valor de 0,49? En este sentido, creo que ambos valores están relacionados. El valor de coartada vendría a cuestionar la racionalidad de la concurrencia de la hipótesis inculpatoria más allá de toda duda razonable. Si bien la hipótesis alternativa no cumple con la preponderancia de la evidencia, sería racionalmente débil afirmar que la coartada no ha concurrido. Es decir, la explicación exculpatoria del acusado no puede descartarse completamente como hipótesis alternativa a la incriminación de acuerdo con el material probatorio. Entonces tampoco puede afirmarse que la hipótesis incriminatoria concurre en los hechos más allá de toda duda razonable.

Adhiero a la consideración de Taruffo que la relación entre distintos medios de prueba contradictorios no se puede reducir meramente a operaciones algebraicas de adición o sustracción entre valores.²⁷ De la misma forma, cuando se consideran hipótesis contradictorias cuyos grados de confirmación se apoyan en el material probatorio. No es posible resolver de manera general la relación de estos valores. Sin embargo, sí puedo afirmar que, desde el punto de vista jurídico-penal, la coartada —en el ejemplo—, pudiera generar una duda razonable respecto de la incriminación.

Por otro lado, el criterio de conjunción para determinar el grado de confirmación de las hipótesis me parece que puede ser un poco problemático, atendido que, a veces, algunos elementos de prueba pueden ser semiconvergentes entre sí. Es decir, un elemento de prueba puede apoyar la hipótesis A y, otro, la hipótesis A', en cuyo caso hay que determinar qué valor de la segunda sirve para apoyar la primera.

Por ejemplo, en un caso en que se alegue una legítima defensa en sede penal habrá dos hipótesis que se enfrentarán: a) la hipótesis inculpatoria que dice que Ticio mató a Cayo y, b) la hipótesis exculpatoria que se base en que Ticio se defendió legítimamente de Cayo. A mi modo de ver, no puede determinarse individualmente el grado de confirmación de la hipótesis inculpatoria, por un lado, y el grado de confirmación de la hipótesis exculpatoria, por otro. No debe olvidarse que un elemento

²⁷ El autor considera: «El problema fundamental es, pues, la forma en que se analizan y valoran las pruebas que componen un conjunto contradictorio. Este problema no se resuelve simplemente pensando en alguna suerte de suma algebraica entre elementos de prueba positivos y negativos y tampoco suponiendo que, de alguna forma no precisada, los elementos negativos “cancelen” o “reduzcan” a los positivos o viceversa».

de la legítima defensa concuerda con un elemento de la hipótesis inculpatoria. Es decir, la acción que se alega como defensa legítima es la misma que puede constituir una afectación al bien jurídico protegido en la hipótesis inculpatoria. En este caso, el elemento central diferencial entre ambas hipótesis es solamente la agresión ilegítima. Pero si determinamos individualmente el grado de confirmación de las hipótesis no se verá reflejado el hecho de que compartan uno de sus elementos.

Finalmente, alguna referencia a la vinculación de las hipótesis pudiera verse en Taruffo (2010: 247). El autor considera que el examen del nexo de compatibilidad o no entre las distintas hipótesis probadas es importante para la coherencia del razonamiento que el juez o jueza formula con respecto al grado de confirmación probatoria que le corresponde a cada una de las hipótesis del caso. Sin embargo, no precisa cómo se ve afectado el grado de confirmación de una hipótesis respecto de otra que cuenta con un grado de confirmación y que es incompatible con la principal.

El valor de impacto que tienen las otras hipótesis sobre el grado de confirmación de la hipótesis inculpatoria es una cuestión de excesiva complejidad, que podría ser resuelto atendiendo al grado de vinculación de las hipótesis.

Insuficiencia probatoria: ¿tienen importancia las normas de carga de la prueba?

Cuando una hipótesis fáctica debatida en juicio es considerada probada o corroborada sobre la base de las pruebas rendidas en juicio, podemos afirmar que la incertidumbre sobre la *questio facti* ha sido despejada. Pero puede suceder que ello no acaezca, en cuyo caso debemos preguntarnos qué hacer frente a la necesidad de resolver judicialmente el caso. Como señala Taruffo (2008: 145), ello puede darse cuando las pruebas no apoyan lo suficiente una decisión acerca de la existencia o la inexistencia de los hechos, cuando las partes no han presentado, ni el juez ordenado, ninguna prueba sobre el hecho principal y cuando los medios de prueba demuestran que un enunciados sobre un hecho principal es falso. En el ámbito de la investigación científica la incertidumbre es frecuente, debiéndose postergar la decisión hasta que se dispongan de prueba suficientes o se reformulen las hipótesis (Taruffo, 2010: 254). En el ámbito de las decisiones judiciales la situación es dife-

rente, pues necesariamente se debe decidir la controversia en todo caso. Frente a esta situación de incertidumbre fáctica el juez o jueza necesita aplicar un criterio normativo. Las normas de carga de la prueba recogen todo o parte de dichos criterios normativos, pudiendo afirmarse que se trata de reglas de juicio que se deben aplicar frente a la incertidumbre o probatoria o que presenta como antecedente una situación de incertidumbre probatoria. De esta forma, estas normas cumplen permiten al tribunal resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados (Taruffo, 2008: 146). Las reglas de carga de la prueba son aplicables cuando la situación de hecho ha quedado sin aclarar, tratándose de una circunstancia que es importante para la existencia de la relación jurídica litigiosa o para la aplicación del concepto jurídico en cuestión (Rosenberg, 2019: 9).

Las decisiones judiciales muchas veces deben ser planteadas sobre conocimientos bastantes inciertos; incluso, la política del Estado puede dictar que una hipótesis factual sea aceptada, aun cuando otra sea en cierta medida más probable (Damaška, 2000: 277).²⁸

Para Devis Echandía (1970: 427):

La carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certezas sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.

Rosenberg (2019: 12), en su obra ya clásica, entiende por el principio de la carga de la prueba:

aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o —dicho más brevemente— soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable.

En principio, la temática de la carga de la prueba responde dos cues-

²⁸ El autor agrega: «más que decir que el proceso de implementación de políticas intenta maximizar las posibilidades de descubrir la verdad, uno preferiría decir que intenta niveles óptimos de exactitud respecto a las pruebas sobre los hechos, dadas las diversas limitaciones impuestas a su operación».

tiones: quién debe producir la prueba de los hechos alegados y qué sucede si un hecho alegado no es probado. Es decir, se constituye como una regla de conducta dirigida a las partes y otra dirigida al juez (regla de juicio) (Palomo, 2013: 452). De ellas se derivarían las vertientes subjetivas y objetivas de la carga de la prueba respectivamente. Pero, como anota Couture (2021: 197) y Devis Echandía (1970: 427), se trata sin duda del problema más complejo y delicado de toda la materia probatoria.

Es subjetiva, pues se trata de una norma de conducta para las partes y porque les señala cuáles hechos les conviene que sean probados a fin de obtener una decisión favorable a sus pretensiones o excepciones. Es decir, carga de la prueba equivale a carga de suministrar la prueba (Rosenberg, 2019: 19). Así, se habla de distribución de carga de la prueba entre el demandante y demandado (Devis Echandía, 1970: 427). Por su parte, en su versión objetiva, se trata de una regla de juicio o general conforme a la cual, ante la falta la prueba de los hechos que fundamente el litigio, el juez o la jueza debe proferir sentencia de fondo desfavorable para quien tenía la carga de suministrarla, prohibiéndole de esta forma al juez o jueza el fallo inhibitorio (Devis Echandía, 1970: 428). Es decir, la versión objetiva presupone saber cuáles son los hechos que deben constar para conseguir la finalidad anhelada del proceso, y determinada las consecuencias ante la incertidumbre de esos mismos hechos (Rosenberg, 2019: 24).²⁹

Parte de la doctrina suele asociar el carga de la prueba en un sentido subjetivo con el principio dispositivo y de aportación de parte del proceso civil (Bonet, 2019: 305 y ss.). Sin embargo, la doctrina destaca su notoria falta de justificación (Devis Echandía, 1970: 435).

Las reglas de carga de la prueba son una proyección de un regla generalísima de *fairness*, a partir de la cual quien hace una afirmación en juicio debe estar listo y dispuesto a mostrar la veracidad de lo que afirma si es requerido para ello. Es decir, se aplica en ello el brocardo latino *onus probandi incumbit ei qui dicit* (Taruffo, 2010: 255). Por ello a veces se pone en duda la utilidad de la institución, porque para que el demandante pruebe lo que invoca no es necesaria una regla. Una decisión ju-

29 Rosenberg agrega: «Se entiende que la carga objetiva de la prueba es sopor-tada por una parte, pues la justificación y la importancia de la doctrina pertinente consiste, precisamente —tal como lo hemos subrayado repetidas veces—, en que las normas relativas a la carga de la prueba hacen sucumbir a la parte cargada en caso de incertidumbre acerca de la situación de hecho».

risdiccional justa no podría adoptarse con ausencia de prueba respecto de hechos afirmados. En otro sentido, cuando el demandante satisface la carga de probar respecto de lo que invoca, paradójicamente no se aplica ninguna regla de carga de la prueba. El legislador con este tipo de reglas distribuye por anticipado entre uno y otro litigante el riesgo de la fatiga probatoria (Couture, 2021: 198). La doctrina señala que la evolución más importante de la noción de carga de la prueba en el derecho moderno ha sido el reconocimiento fundamental de esta como regla de juicio (Devis Echandía, 1970: 430).

Igualmente, con ello las normas de carga de la prueba despliegan una función epistémica, pues favorece la búsqueda de la verdad de lo sucedido (Taruffo, 2010: 256 y 2019: 16). Como señala Bonet (2019: 305), la tutela judicial tendrá mayor índice de calidad y será más efectiva en la medida que el derecho se aplique sobre unos hechos que se aproximen a la realidad.

Sin embargo, como el mismo Taruffo (2019: 21) señala, las reglas de carga de la prueba no constituyen el criterio fundamental para obtener una decisión que se base en las pruebas de los hechos que tienen una relevancia jurídica sustancial.

La doctrina procesal suele distinguir entre carga subjetiva y objetiva de la prueba. La carga subjetiva responde a la pregunta sobre qué parte debe aportar prueba al procedimiento (Ferrer, 2019: 59). Por su parte, la carga objetiva responde a la pregunta ¿quien pierde si no hay prueba suficiente? (Ferrer, 2019: 57). También se ha sostenido que, cuando se habla de carga de la prueba, hay que distinguir por una parte una regla para el juzgador o regla de juicio, que le indica cómo fallar frente a la insuficiencia probatorias; por otra, una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una les interesa probar para que sean considerados ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (Devis Echandía, 1970: 424).

Según Taruffo (2019: 18), la concepción de las reglas de carga de la prueba como reglas de juicio y la tesis que la carga de la prueba es principalmente objetiva constituye hace mucho tiempo un lugar común en la doctrina procesal continental. Sin embargo, ello no necesariamente significa que a partir de ellos se alcancen soluciones válidas e indiscutibles a los problemas en cuestión.

También dentro del concepto de incertidumbre podemos incluir,

en los sistemas normativos comparados en que tenga importancia, el «riesgo de no persuasión». Es decir, estas reglas también prevén las consecuencias de no convencer al tribunal de la ocurrencia de un hecho principal (Taruffo, 2008: 146). Ahora, este riesgo de no persuasión, atendida la imperante concepción objetiva de la prueba que rige en nuestro sistema, no puede ni debe ser entendidos en términos de convicción subjetiva del juez.

En relación con el momento en que deben ser empleadas las reglas de carga de la prueba, estas deben aplicarse al momento de adoptar la decisión final de los hechos (Taruffo, 2008: 146). Sin embargo, desde un punto de vista sociológico, cuando forman parte del acervo jurídico de los abogados y abogadas, igualmente terminan impactando otras fases del procedimiento probatorio como la fase de admisión. En efecto, los litigantes intentarán evadir con las pruebas presentadas que, al momento de la decisión, se les aplique las normas de carga de la prueba en contra de su pretensión. Es decir, quien litiga ha de valorar las posibilidades probatorias propias y de la contraparte, así como hacer un pronóstico sobre la asunción de la carga de la prueba (Bonet, 2019: 305).

Todo tipo de regla referidas a las cargas de la prueba y a las presunciones establecidas por el legislador para alterarla o modificarla, pueden ser conocidas *ex ante* por los litigantes, pudiendo ellos adecuar sus estrategias procesales y probatorias a las mismas (Taruffo, 2019: 12). Como apunta Damaška (2000: 209), pero incluso la utilización de estos instrumentos puede ser algo extraña.³⁰

Lo mismo sucede con los jueces y las juezas que deben conocer de la fase de admisibilidad y de la fase de juicio. En uno u otro caso, desde el plano aplicativo, es una quimera pensar que los juristas olvidan las reglas de carga de la prueba al momento de la admisibilidad, para recuperar la memoria al momento de la decisión final sobre los hechos. Pero claro, ello solo puede ser apuntado desde un exclusivo plano sociológico, mas no normativo.

La carga de la prueba es conceptualmente diferente de cualquier estándar de prueba (Larroucau, 2012: 789; Devis Echandía, 1970: 421). La carga de la prueba se aplica frente a escenarios de incertidumbre pro-

30 Agrega: «Basar una decisión en el peso de las reglas de las pruebas, es como decir a un litigante que ha perdido la competición porque no tuvo éxito en el manejo de sus pruebas».

batoria; los estándares de prueba, en cambio, establecen la medida de certidumbre que se debe satisfacer para tener por probado institucionalmente el hecho. Es más, se podría afirmar que la aplicación de las reglas de carga de la prueba presuponen la insatisfacción del estándar de prueba fijado normativamente.

Hechos constitutivos, impeditivos y extintivos

La principal norma de carga de la prueba en nuestro sistema normativo se encuentra en el artículo 1698 del Código Civil: «Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega éstas o aquéllas». Esta disposición recoge el aforismo *incumbit probatio qui affirmat, non qui negat* que deriva del derecho romano (Bonet, 2019: 311). De ahí ha pasado al Código de Napoleón y, con posterioridad, al Código Civil chileno (Devis Echandía, 1970: 423). Al situarse desde el punto de vista de sus fuentes en el Código Civil, el legislador intuye adecuadamente que se trata de una materia que está en estrecha conexión con el derecho sustantivo.

Ahora, es posible efectuar diversas críticas a este enunciado normativo atribuibles a su contexto de emisión. Por ejemplo, se refiere a obligaciones y no a hechos o enunciados fácticos. De hecho, la prueba de las obligaciones muchas veces puede precisar de la prueba de dos o más enunciados fácticos, por lo que obligación no puede ser entendida en términos probatorios como sinónimo de hecho. Sin embargo, la doctrina igualmente ha considerado que la referencia debe entenderse a los hechos (Palomo, 2013: 454).

De otro lado, esta norma solo parece referirse a hechos constitutivos y extintivos, pero no se refiere a hechos impeditivos o excluyentes. En efecto, la doctrina distingue entre hechos constitutivos, hechos impeditivos, hechos extintivos y hechos excluyentes. Los hechos constitutivos son aquellos sobre los cuales se sostiene y fundamenta la pretensión. Por ejemplo, el préstamo. Los hechos impeditivos son aquellos que producidos simultáneamente con los constitutivos, les impiden a estos últimos desplegar su eficacia jurídica. Por ejemplo, la presencia de vicios de consentimiento de un contrato. Por su parte, los hechos extintivos son aquellos que extinguen la eficacia jurídica de los hechos constitutivos. Por ejemplo, el pago. Finalmente, los hechos excluyentes son aquellos que entregan al demandado un contra derecho que le permite destruir o paralizar la eficacia de los hechos constitutivos. Por ejemplo, la prescripción.

El principio general es que corresponde la prueba de los hechos constitutivos al demandante, mientras que la prueba de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes recae sobre el demandado (Couture, 2021: 201).

El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus apartados 2 y 3 dispone:

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

Cuando estas reglas se alteran podemos referirnos en genérico a una inversión de la carga de la prueba (Bonet, 2019: 309). Pese a que el artículo 1.698 no menciona los hechos impeditivos o excluyentes, igualmente la doctrina los entiende incluidos en las citada disposición (Palamo, 2013: 454).

Sin perjuicio de todo lo anterior, Devis Echandía pone en evidencia las dificultades de aplicar la clasificación anterior de los hechos para asignar la carga de la prueba, sugiriendo que en sentido estricto la cuestión debiese estar entregada al tipo de norma cuyos efectos se invoca. Y aun así, con ello no es posible elaborar una regla general sobre la distribución de la carga de la prueba (Devis Echandía, 1970: 486). Un criterio aceptable para una regla general al respecto debe contemplar la posición procesal de las partes, el hecho aislado objeto de la prueba y el efecto jurídico perseguido con este en relación con la norma jurídica que debe aplicarse (Devis Echandía, 1970: 487).³¹

31 Para el autor la regla general de distribución de la carga de la prueba es la siguiente: «corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o, expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. Es decir, esa parte soporta el riesgo de la falta de tal prueba, el cual se traduce en una decisión desfavorable».

Según la doctrina, la Corte Suprema ha dejado bastante claro que la norma 1.698 del Código Civil solo determina a quien corresponde el peso de la prueba, pero no da normas para ponderarlas (Larroucau, 2012: 788).

Para Nieva (2019: 46), la facilidad probatoria no solo justifica las cargas dinámicas de la prueba, sino también la misma institución de la carga de la prueba. Se exige probar los hechos constitutivos al demandante y los impeditivos, extintivos y excluyentes al demandado porque es, a *priori*, lo que parece más fácil.

Cargas probatorias dinámicas

La teoría de las cargas dinámicas de la prueba se conciben como una alteración a las reglas generales de carga de la prueba, basadas en el regla de la proximidad y de la facilidad. En relación con la regla de la facilidad, debe probar la parte que, con independencia de la naturaleza del hecho, tenga mayor facilidad para producir la prueba. Así, una de las partes tiene una especial cercanía, disponibilidad o está en mejores condiciones para probar un determinado hecho, en contraste con la otra parte que, generalmente estará imposibilitada (Bravo-Hurtado, 2013: 39).

La regla de proximidad indica que debe probar la parte que esté más próxima a la fuente de la prueba. El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su apartado 7, señala que «para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

La teoría de las cargas dinámicas de la prueba ha tenido una recepción parcial y aislada por parte de la doctrina³² y jurisprudencia. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado:

es un principio generalmente aceptado en materia probatoria que la prueba deba aportarla quien esté en mejores condiciones para hacerlo, lo que en el caso sub lite significa que correspondía a la demandada, con mayor razón si la superintendencia no poseía esa información [...] en caso de que la tradicional carga probatoria estática no consiga arrojar luz sobre los hechos discutidos, es conveniente la respuesta dinámica,

32 Puede consultarse el agudo estudio de Palomo, 2013: 447 y ss.

siempre que permita arribar a un resultado más justo.³³

En el caso del proyecto del Código Procesal Civil, corresponde probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie. Luego de ello el juez o la jueza podría distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria, pero comunicándolo a las partes con la debida antelación para asumir debidamente las consecuencias (Palomo, 2013: 455).

Para Taruffo (2019: 14y 15) es criticable que las cargas probatorias dinámicas persigan y fomenten por la vía normativa la adquisición de toda prueba relevante para decidir sobre los hechos ni menos que para la decisión fáctica se fundamente sobre la correcta determinación, positiva o negativa, de los hechos relevantes del caso.

Crítica a la teoría sobre la carga de la prueba
y, por extensión, a su inversión

Recientemente Taruffo, Nieva y Ferrer han realizado agudas críticas a la institución de la carga de la prueba. Por ejemplo, Ferrer critica que el sentido subjetivo sea una consecuencia de lógica del sentido objetivo. Además, que el incentivo probatorio de la parte sea equiparado a un deber de aportar prueba. En igual sentido, critica las posibles alteraciones de las reglas generales de la carga de la prueba a través de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba porque los deberes de aportación de prueba son hoy un resabio histórico sin fundamento; la vigencia del principio de adquisición procesal o de comunidad de la prueba ha acabado con esa situación (Ferrer, 2019: 71).³⁴ De otro lado, la inversión de la carga de la prueba objetiva no funciona en absoluto para establecer los incentivos adecuados para maximizar que las pruebas relevantes se aporte al proceso. Por ejemplo, la inversión de la carga objetiva de la prueba no aplica en los casos en que ambas partes tienen a su disposición pruebas relevantes para el proceso, pues no es posible conceptualmente atribuir la carga a las dos partes (Ferrer, 2019: 77). Que una de las partes disponga de prueba relevante o tenga mayor facilidad para

³³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 03 de octubre de 2008, rol 4.226-2004.

³⁴ En el mismo sentido en relación con el principio de comunidad, Devis Echandía, 1970: 441.

producirla puede justificar un deber de aportación al proceso, pero no fundamenta asignarle el riesgo de perder el proceso por insuficiencia probatoria (Ferrer, 2019: 78). Así, invertir la carga de la prueba no es más que modificar el supuesto de hecho de la norma sustantiva que se discute aplicar, por lo que es completamente inconveniente realizarlo caso a caso considerando evitar la indeterminación del derecho y seguridad jurídica como intereses del todo el sistema normativo (Ferrer, 2019: 78). En definitiva, la carga dinámica de la prueba no es el mecanismo más adecuado para establecer los incentivos que se buscan.

Para Nieva, desde el punto de vista de la investigación histórica del derecho procesal, la carga de la prueba debiese desaparecer, al igual que lo ha hecho el juramento, el sistema de prueba legal o la propia ordalía (2019: 24). Vincula la justificación de las normas de la carga de la prueba con el sistema de prueba legal, afirmando que por medio de su aplicación el proceso termina con una sentencia ficticia, casi con una expresión de fe, lo que no es aceptable para la ciencia (Nieva, 2019: 25). Señala que es posible la existencia de un proceso sin carga de la prueba, entre otras razones, porque no es más que una presunción mal construida sobre la cual inferimos que quien no tiene prueba respecto de lo que alega está invocando un hecho falso.³⁵ En definitiva, no es la carga de la prueba sino el instituto de la cosa juzgada el que cierra el sistema jurisdiccional (Nieva, 2019: 43 y 44).

Para Taruffo (2019: 17), la carga subjetiva de la prueba entra en crisis cuando se hace referencia al principio de adquisición de la prueba, pues en virtud de este último el juez debe considerar toda prueba relevante para los hechos, independiente de su origen³⁶. De ello se deriva que solo se puede hablar de carga de la prueba en un sentido objetivo. En definitiva, las reglas de carga de la prueba operan en realidad como verdaderas normas de reenvío, pues los hechos que deben ser probados solo pueden determinarse con referencia a la norma sustantiva discutida.³⁷

35 En un sentido similar Couture (2021: 198) señala: «La ley crea el litigante la situación embarazosa de no creer sus afirmaciones, en caso de no ser probadas. El litigante puede desprenderse de esa peligrosa suposición si demuestra la verdad de aquéllas».

36 En el mismo sentido Rosenberg, 2019: 21.

37 Según Rosenberg (2019: 78): «la carga de la prueba tiene un contenido material ya que el tema de la prueba solo se infiere de las características abstractas de las normas de derecho material».

Desde el punto de vista práctico, si bien el juez o la jueza no puede prescindir de la prueba relevante venga de donde venga, sí parece un contrasentido esperar que, vía cargas dinámicas, las partes aporten prueba que les perjudiquen. Por más que se haga referencia al principio de colaboración no parece natural al *iter* de la litigación que ello ocurra de forma voluntaria y en caso de ser imprudente, se podría configurar una hipótesis de responsabilidad profesional atendiendo los deberes que tiene el abogado o la abogada con quien representa (Palomo, 2013: 460). Las soluciones a ello debiesen buscarse en el ámbito de *lege ferenda*, por ejemplo, señalando una determinada orden de exhibición de prueba relevante bajo amenaza de sanción (Taruffo, 2010: 263).

¿Carga probatoria en el proceso penal?

¿En el proceso laboral?

Críticas aparte, resulta muy pertinente preguntarse acerca del sentido y alcance de la norma del artículo 1698 del Código Civil. Es decir, si es un principio general aplicable a todas las áreas del derecho o, por el contrario, solo al ámbito civil. Parte de los tratadistas tradicionales consideran que la regla sobre la carga de la prueba es de aplicación general para toda clase de procesos (Devis Echandía, 1970: 440).

El principio general de que incumbe probar a quien afirma un hecho, sin duda es de aplicación general, pues se halla implícito en las exigencias de legitimidad de una decisión jurisdiccional. Las decisiones jurisdiccionales como parte de un sistema procesal nunca han permitido que un hecho se halle probado sin prueba, dejando a salvo, por cierto, la prueba respecto de hechos público y notorios.

Ahora, para precisar el alcance de este principio general en los diversos órdenes jurisdiccionales hay que analizar cómo, de acuerdo a sus respectivos intereses de protección, en estos existen principios propios que pueden generar algún matiz sobre esta regla. Si asumimos que el concepto de carga procesal, y por tanto de carga de la prueba, presenta un origen históricos vinculado a intereses propios, privados o disponibles de las partes —Devis Echandía (1970: 415) habla de una «conveniencia práctica» pero nunca una obligación—, veremos que su aplicación puede generar dudas y complicaciones en órdenes jurisdiccionales donde se protegen intereses públicos. Por ello, por ejemplo, se discute la aplicación del concepto de carga de la prueba en materia penal, afirman-

do la doctrina que la regla de juicio aplicable en caso de insuficiencia probatoria debiese estar colmada a partir de la garantía de la presunción de inocencia. Debe recordarse que la doctrina critica la aplicación de presunciones de responsabilidad en materia penal, por lo que al legislador le está vedado utilizar este tipo de herramienta legal para distribuir o incidir en el riesgo de insuficiencia probatoria. Otro tanto puede operar de manera análoga en materia de derecho del trabajo, donde podría tener importancia en el ámbito de la insuficiencia probatoria el principio prooperario y/o la exigencia de escrituración del contrato de trabajo como solemnidad *ad probationem*.

La cuestión se torna mucho más compleja cuando intentamos precisar la regla general de carga de la prueba a partir de la distinción entre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes. Si bien parece haber una aceptación general de la aplicación de dicha distinción a toda la prueba, con independencia de las particularidades de los diversos órdenes jurisdiccionales, lo cierto es que nadie puede negar que parece basarse en hechos con consecuencia jurídicas del derecho civil patrimonial. En materia penal, por ejemplo, podríamos cuestionar que la presencia de una causal de justificación como la legítima defensa sea un hecho extintivo. De igual forma, una causal de inimputabilidad puede ser vista bajo este prisma como un hecho extintivo o impeditivo.

En este sentido, se si ha de aplicar la distinción entre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyente, para asignar consecuencias en materia de carga de la prueba, hay preguntarse si la aplicación de esta distinción es o no compatible con la naturaleza del orden jurisdiccional donde se circunscribe el caso. Y ello puede verificarse a partir de los principios generales del área.

Por último, al dilucidar la extensión del ámbito normativo del artículo 1698 del Código Civil, también hay que preguntarse si el legislador ha dado o no una norma especial. Ya sea vía presunciones simplemente legales, en los órdenes que se permitan, o por fijación de reglas generales.

Por ejemplo, el artículo 50 letra h de la Ley 19.496, en lo que refiere a los procedimientos seguidos ante los Juzgados de Policía Local, en su inciso quinto dispone:

En el aludido comparendo, el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a ellas para que

asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o el no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder. Para efectos de rendir la prueba ordenada conforme a este inciso, el juez citará a una nueva audiencia con ese único fin, la que deberá ser citada a la brevedad posible.

¿Cómo dilucidar la hipótesis prevalente?

Una primera forma de dilucidar cuándo una hipótesis fáctica es prevalente respecto de otra es preguntarse por cuál de las dos ha recibido mayor apoyo empírico en base a pruebas confiables. Los jueces y juezas deben fallar de acuerdo al material probatorio rendido en juicio, por lo que hay que preguntarse cuál de las hipótesis ha resultado probada o no.

Ahora, determinar la prevalencia de las hipótesis es un asunto complejo porque también entrará en juego si las hipótesis han satisfecho o no un determinado umbral probatorio. Una segunda vía de análisis de la cuestión es preferir aquella hipótesis, de entre todas las probadas, que haya satisfecho el estándar de prueba exigido.

Hacer entrar en juego a los estándares de prueba también agrega a la cuestión aspectos complejos ínsitos a los mismos, como su vaguedad o alto grado de imprecisión. En efecto, no sería nada de raro que la prueba de una hipótesis alternativa ponga en duda la satisfacción del estándar de prueba de la hipótesis condenatoria, por lo que es una verdadera quimera asumir que todas las hipótesis en juego y su prueba no se comunican entre sí. Quizás este es un aspecto más claro de evidencia cuando se trata de la satisfacción del estándar de la duda razonable.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Valdivia ha señalado:

Del mismo modo, correspondía esclarecer si acaso el 2017 el imputado se desempeñó en forma continua entre marzo y noviembre de ese año, o bien si hubo un periodo intermedio en que no prestó servicios de acuerdo con lo declarado por el exdirector. Lo anterior, para descartar la posibilidad de que el hecho pudo haber sido cometido por otro auxiliar del establecimiento. Estos antecedentes que pueden incidir en la convicción en relación con la duda razonable, no fueron esclarecidos por la sentencia.³⁸

38 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, 14 de diciembre de 2021, rol

Así, es posible señalar que la hipótesis fáctica prevalente no solo debe ser la que se encuentre probada de acuerdo a un estándar, sino también —especialmente en los estándares de prueba más exigentes— cuando los antecedentes hayan logrado descartar la concurrencia de alguna hipótesis alternativa.

La Corte de Apelaciones de Santiago, al respecto, ha sostenido:

En estas condiciones, el fallo cuestionado reconstruye lógicamente el razonamiento utilizado por el tribunal para establecer la realidad fáctica y descartar, en cambio, la intervención de autor que se le atribuyera al imputado, por no existir elementos incriminatorios suficientes para ello y haberse aportado prueba que daba plausibilidad a *la versión alternativa* del encausado, que lo situaba en un lugar diverso a aquel en el cual tuvo lugar el hecho delictivo; por lo que no se logró superar el estándar condenatorio previsto en el ordenamiento procesal penal.³⁹

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt ha señalado:

Si el tribunal de la instancia estimó que la declaración del perito y la testigo presentada por la defensa no poseían la virtualidad de refutar la prueba de cargo de la fiscalía y la querellante, *debió explicitar las razones de aquella conclusión*, lo que fue enteramente silenciado por el a quo en el fallo impugnado, en el cual se omite toda consideración, mención o fundamento sobre la valoración de estos medios de prueba.⁴⁰

Análisis de casos complejos

¿Se debe aplicar algún estándar de prueba cuando la ley no lo exige?

Los estándares de prueba, aun sin mención legal expresa, ayudan a a judicatura a racionalizar su propio convencimiento, es decir, guiar la discrecionalidad de sus decisiones (Taruffo, 2008: 274).

El estándar de la prevalencia de la evidencia garantiza una distribu-

730-2021, considerandos octavo y noveno.

39 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de junio de 2021, rol 1640-2021, las cursivas son nuestras.

40 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 14 de febrero de 2022, rol 25-2022, considerandos décimo octavo y décimo noveno.

ción igualitaria de los riesgos de errores entre actor y demandado. Es decir, establece un equilibrio entre falsos negativos y falsos positivos. En efecto, si la prueba nos dice que la hipótesis que se adopta es más probable que su contraria, entonces la carga de la prueba se halla satisfecha (Larroucau, 2012: 790).

Aun cuando la ley no lo diga expresamente, la actividad probatoria y sus normas presuponen una medida o grado de satisfacción que debe ser cumplido para tener por probado un hecho. La libertad probatoria se acompaña muy estrechamente con la satisfacción de un umbral probatorio, muy especialmente cuando se considera la importancia que la probabilidad ha tenido en el análisis de la prueba de los hechos en la actividad judicial.

La satisfacción del umbral de prueba, a su vez, presenta una relación estrecha y modera cómo se manifiesta en concreto en el proceso la finalidad de búsqueda de la verdad de los hechos. Desde el punto de vista judicial, todo lo que satisfaga el umbral puede ser considerado verdadero, pero no así la hipótesis que presente prueba pero que no cumpla con el estándar. Así, si la verdad es la condición de justicia de la decisión y el estándar de prueba condiciona, a su vez, dicha verdad, entonces el umbral probatorio y la verdad son elementos importantes para alcanzar la justicia de la decisión.

Como señalábamos anteriormente, hay fuertes argumentos para considerar al estándar de prevalencia de la evidencia como el umbral común, general y/o suplementario cuando la actividad judicial exija la prueba de los hechos. Este estándar, además, tiene un correlato con las inferencias que trazamos para desenvolvernos socialmente. Con él se expresa una medida mínima y residual de distribución del riesgo de errores en la decisión sobre los hechos.

¿Cómo se adopta la decisión de los hechos frente a la escasez probatoria?

La Corte Suprema ha señalado, por ejemplo, que el testimonio de la víctima en los casos de abuso sexual tiene un mayor valor por la inexistencia de lesiones físicas apreciables por medio de exámenes.⁴¹ Sin embargo, esto no significa que en este tipo de casos el solo testimonio se

41 Sentencia de la Corte Suprema, 18 de julio de 2008, rol 6470-07.

considere siempre suficiente para fundar una condena. Por el contrario, la jurisprudencia chilena no ha sido homogénea en el reconocimiento de la posibilidad de aceptar las condenas basadas en el testimonio de la víctima. Parte de la jurisprudencia ha señalado que es atentatorio contra el Estado de derecho condenar, en este tipo de delitos, sobre la base de una sola probanza (testimonio de la víctima), pues «se pone en riesgo a todos los ciudadanos de la república, que podrían verse arrastrados a tribunales, ser eventualmente privados de libertad o sujetos a otras medidas cautelares, acusados y condenados, y todo ello sobre la base de una prueba singular».⁴² En este mismo sentido, por ejemplo, Sancinetti considera que una condena sobre la base de un testimonio único —muy especialmente si el testigo es el acusador del proceso—nunca tendría una base objetivamente suficiente como para alcanzar una «certeza personal», que no sea por la vía de un *pálpito* o *corazonada*.

La contracara de la cuestión, precisamente a través del debate de la posibilidad de satisfacción del estándar de la duda razonable basado en el testimonio de la víctima, es la vigencia de la presunción de inocencia en favor del imputado, como forma de aseguramiento de su libertad a través de la distribución del riesgo de condenas erróneas. Es decir, el estándar de la duda razonable ratifica la decisión político moral de que para nuestro sistema jurídico es preferible la existencia de «falsos inocentes» frente a «falsos condenados», como veíamos. Y ello, por cierto, presenta una base histórica no exclusivamente circunscrita al *evidence* anglosajón, también pesquisable en los ordenamientos románico-continenciales a través de los fundamentos de la máxima *in dubio pro reo*. Desde esta perspectiva, en los casos de condenas basadas en un único testimonio de la víctima no corroborado, nunca sabremos si condenó deliberadamente de forma injusta, pero tampoco si se equivocó, por lo que esta situación deja subsistente la vigencia de la presunción de inocencia con el consiguiente resultado de absolución del acusado.

Por cierto que la cuestión no es para nada sencilla de resolver, entre otras razones, porque la misma aplicación del estándar de la duda razonable presenta notorios problemas de indeterminación. Sin embargo, pese a todos los cuestionamientos, la jurisprudencia sigue haciendo uso

42 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de diciembre de 2012, rol 3174-12.

y aplicación de este al tener un carácter normativo positivo en nuestro sistema procesal penal.

Ahora, en un escenario de libertad probatoria, frente a un contexto de escasez probatoria, la regla o criterio de la corroboración parece ser una buena salida para resolver el enigma de las condenas basadas en el testimonio de la víctima en relación con la satisfacción del estándar de la duda razonable.

Regla del testes unnus, nullus testes

La regla *testes unnus, nullus testes* indica que el testimonio de un testigo único es nulo o sin validez. Este criterio, por cierto, epistémicamente cuestionable, se trasuntó hasta llegar como regla de prueba legal a nuestro Código de Procedimiento Civil (dejando a salvo la posibilidad de que el testimonio de un solo testigo pueda servir de base para una presunción judicial).

Como señala Montesquieu (1906: 18): «Las leyes que condenan a muerte a un hombre por la deposición de un solo testigo son funestas a la libertad. La razón pide que haya dos». Beccaria (2014: 65), por su parte, señala «siempre es necesario más de un testigo, porque en tanto que uno afirma y otro niega no hay nada cierto, y prevalece el derecho que cada cual tiene de ser creído inocente».

Si bien es cierto la *regle testes unnus* tienen su sentido y anclaje en el ámbito del sistema de prueba legal o tasada, lo cierto es que sigue teniendo una importancia en los sistemas de prueba libre, considerando los intereses en juego en caso de condena. De hecho, en el ámbito civil sigue teniendo una vigencia expresa, aun cuando el Código de Procedimiento Civil reconoce que el testimonio de un único testigo puede llegar a constituir base de una presunción judicial.

Albergo mis dudas sobre si la regla *testes unnus* puede o no tener una base epistémica. Es decir, que efectivamente siempre el testimonio de dos testigos contestes sea más creíble y cercano a la verdad que el de uno solo. No es difícil imaginar situaciones donde se altere dicha regla. Ahora, no puede ser posible que por medio de aplicación de este criterio se esté, a su vez, aplicando de manera implícita un sesgo de incredulidad de la víctima o demandante, por el solo hecho de serlo. Especialmente en el ámbito penal, muchas veces, frente a la desconfianza que se suele asumir respecto de los dichos de la víctima, el sistema jurídico termina

legitimando la *regla testes unnus* sobre la base de la exigencia de corroboración. Esto es bastante similar, como afirmaba Nieva, a la presunción de falta de veracidad del demandante que no aporta prueba en los casos de aplicación de las reglas de carga probatoria. Se podría afirmar —*mutatis mutandi*— que la regla *testes unnus* se basa implícitamente en una desconfianza *per se* respecto de la credibilidad de la víctima o demandante. ¿Por qué sucede ello?

Regla de corroboración

Por ejemplo, en España se ha construido una serie de requisitos que permitan condenar sobre la base del testimonio de la víctima como única prueba de cargo:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, venganza o enemistad.
- b) Corroboraciones periféricas que apoyen lo declarado por el testigo.
- c) Persistencia en la incriminación.⁴³

Estos criterios fueron adoptados *in integrum* por la Corte Suprema de Perú (Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116).

La regla o criterio de la corroboración es que será de interés para este trabajo.

En Chile, la jurisprudencia ha señalado:

Para la Corte de nulidad la sentencia no cumple con la exigencia del artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, pues esta norma exige no solo valorar la prueba, sino también hacer dicha valoración de acuerdo con el artículo 297 del mismo cuerpo legal, lo que no ocurrió, resultando palmario que la versión de la denunciante tanto en lo relativo a las amenazas que habría recibido por parte del requerido un día a mediados del año 2019, como en lo atinente a las situaciones de agresión y denuncias previas, no está corroborada por otro elemento de cargo ni apoyada en alguna opinión científica». ⁴⁴

⁴³ Sentencias del Tribunal Constitucional de España 201/1989, 173/1990 y 229/1991. Ramírez (2020: 210 y 211) considera que este test es una fijación de los parámetros que el mismo Tribunal Supremo Español había fijado. Véase la jurisprudencia que se cita allí.

⁴⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de febrero de 2020, rol 329-2020.

La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado:

Como todo delito de estas características, normalmente solo se tiene la declaración de la víctima como principal y único antecedente de la conducta trasgresora y su valor probatorio tiene que ver con su coherencia interna y su concordancia con el resto de los elementos probatorios [...] En definitiva, el relato de la niña no tiene suficiente coherencia interna ni tampoco existe corroboración externa con los otros declarantes pues, como se verá los demás testimonios prestados son dispersos, se contradicen y dan cuenta de eventos genéricos e imprecisos, que impiden dar un peso probatorio a los dichos de la víctima para establecer la hipótesis fáctica formulada en la acusación fiscal.⁴⁵

Por su parte, en Inglaterra, en un marco general de la adopción del criterio de corroboración en estos casos, ha habido una abolición del requerimiento de la corroboración de la prueba en casos de víctimas de abuso sexual *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (32 número 1 letra b). Actualmente es una regla superada, siendo posibles las condenas basadas en el testimonio de la víctima no corroborado.

Para Ramírez, la corroboración, en el caso de las condenas basadas en el testimonio de la víctima, considera la fiabilidad del testimonio desde una óptica externa, tomando en cuenta los datos objetivos verificables que le prestan apoyo (Ramírez, 2020: 214). Para Roberts y Zuckermann (2010: 663), en un sentido no técnico, la corroboración denota un apoyo probatorio. Ahora, cuando se habla de corroboración es necesario dilucidar cuándo se está en dicha hipótesis.

La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado:

No obstante pueda la Corte coincidir con el tribunal en orden a que las declaraciones de los dos únicos testigos presenciales de los hechos que depusieron en el proceso presentan ciertas divergencias, lo cierto es que no se explica suficientemente por qué tales diferencias (que en rigor no es posible calificar de contradicciones) tienen la entidad suficiente como para descartar la efectividad de la ocurrencia de los hechos sobre el cual, en esencia, ambos testimonios coinciden. En efecto, resulta una exigencia carente de razonabilidad pretender que las declaraciones de los testigos en un juicio criminal hayan de coincidir al punto que la na-

⁴⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de diciembre de 2021, rol 4583-2021.

rración del hecho de uno de ellos concuerde en todos sus extremos con la narración del otro, pues las percepciones que se tiene de un suceso suelen ser legítimamente distintas y no por esa sola circunstancia habrá de estimarse sin más que uno de los testigos está faltando a la verdad o que el hecho sobre el que todos ellos deponen no puede estimarse demostrado. En tanto las eventuales discrepancias sean circunstanciales o accidentales o periféricas y no esenciales, los testimonios que cumplan con estas características pueden llegar a constituir prueba de un hecho y corresponderá a los juzgadores, en cumplimiento de las exigencias legales, justificar argumentativamente por qué la discrepancia no puede ser considerada solo circunstancial o accidental, sino esencial y obstativa para formar convicción o, al menos, bastante para generar una duda razonable. En el caso de la especie, no puede dejar de considerarse que uno de los testigos presenciales era la pareja de la víctima y el otro testigo, hermano de la pareja del acusado, que se encontraban físicamente en lugares completamente distintos, desde los cuales, evidentemente, pudieron haber apreciado los hechos de manera diversa. Este último testigo, además, explícitamente declara que su hermana entregó un arma de fuego al acusado, a requerimiento de este, con la cual efectuó varios disparos hacia el lugar donde, según la otra testigo, se hallaba la víctima y sin perjuicio que esta, igualmente, declara que el acusado fue quien efectuó los disparos. En estas circunstancias, la Corte estima que el fallo impugnado, no obstante valorar la prueba con libertad como lo permite la ley, ha contradicho los principios de la lógica, específicamente el de razón suficiente, en términos tales que no permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que arriba y con ello no satisface la exigencia de la letra c) del artículo 342 del Código, en relación al ya citado artículo 297. En razón de lo anterior y por configurarse los supuestos de la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público habrá de ser acogido.⁴⁶

Para nosotros, como hipótesis de trabajo, asumiremos que la regla o criterio de la corroboración parece dar cuenta de la existencia de dos o más antecedentes probatorios, independientes, cuyo contenido apoyan el mismo enunciado o hipótesis fáctica.

⁴⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de diciembre de 2021, rol 4258-2021, considerandos sexto y séptimo.

Máximas de experiencias, sesgos, estereotipos y la perspectiva de género

Las características personales de la víctima, especialmente en el caso de situaciones previas o sin conexión con el hecho debatido, fomentan la aplicación de sesgo y estereotipos que deben ser evitados en la decisión judicial.

Pese a lo que se pudiera pensar, la decisión sobre los hechos, como hemos visto a partir de sus instituciones jurídicas aplicables en materia, poseen un gran espacio de discrecionalidad motivado entre otras razones, por la vaguedad ínsita del lenguaje aplicable a los enunciados normativos y por las continuas dudas fronterizas que muchas de las normas probatorias generan. Recordemos que Laudan (2005: 106), por ejemplo, señalaba que el estándar de la duda razonable estaba definido se forma tan incompleta e indefinida que se transformada en algo completamente inútil. Ahora, la críticas que podamos esbozar a las instituciones probatorias —ya sea por su vaguedad o imprecisión, ya sea por otros motivos— no nos eximen de la obligación de aplicar el instituto cuando se trata de enunciados normativos positivos expresos. Pues bien, precisamente en el cumplimiento de dicha obligación se manifiesta con mayor claridad los aspectos discrecionales de la decisión de los hechos y, por tanto, la vía de aplicación de sesgos y estereotipos.

Sesgos y estereotipos

La psicología nos enseña que los estereotipos son fruto normalmente de una exageración y sobregeneralización del alguna característica. En efecto, cuando un testigo no puede precisar un dato, recurre a ellos (Manzanero y González, 2016: 36). El estereotipo aparece como una creencia, una opinión, una representación relativa a un grupo y sus miembros (Amossy y Herschberg, 2001: 39).

Se afirma por la doctrina que los perfiles o estereotipos cumplen una función explicativa respecto de cómo ocurren o han ocurrido ciertos acontecimientos, ahorrando al sujeto que los utiliza el peso de recopilar o de exigir la entrega de información específica para el caso que le ocupa, en cuanto ella podría no estar disponible o constituir una obtención costosa (Coloma, 2010: 102). Se trata, en definitiva, de acuerdo con la psicología del pensamiento, de atajos o caminos cortos que nos permiten

y facilitan adoptar una decisión frente a la dificultad o inconveniencia de obtención de información. Por ejemplo, puede suceder que asociemos determinadas características por el solo hecho de pertenecer a una etnia o origen (por ejemplo, los judíos son buenos para los negocios, los catalanes son avaros, los mapuches son flojos, los musulmanes son terroristas, etcétera.) Por más que estas cualidades estén erróneamente insertas en nuestro acervo cultural, su uso genera una injusticia e ilegalidad por atentar contra el derecho de igualdad al conectar una característica (generalmente negativa) con un determinado grupo sin datos o fundamentos epistémicos que los respalden. En este sentido, muchas veces el estereotipo aparece allí como una construcción imaginaria que no refleja en absoluto lo real (Amossy y Herschberg, 2001: 41).

Por ejemplo, en un caso de blanqueo de capitales, el Tribunal Oral de Concepción ha señalado:

el acusado encubría el producto de su actividad ilícita y disfrutaba de los bienes inmuebles y vehículos motorizados adquiridos en el ejercicio financiero de las actividades comerciales de ella, ya que estas ganancias se reflejaban externamente en una casa de mejores condiciones para el pasaje en que vivía con su grupo familiar, la que estaba ampliada con un segundo piso y totalmente enrejada, en su interior los policías que llevaron a cabo la diligencia de entrada y registro de su domicilio con fecha 19 marzo del año 2009, comprobaron que se encontraba lujosamente alhajada dentro de lo que comúnmente se ve y se estila en ese sector.⁴⁷

¿Por qué una casa muy diferente a las del barrio puede ser indicativa de lavado de activos? ¿Cómo se determina lo que *se estila* en ese sector? Por cierto que para valorar el caso hay que traer a la vista todos los otros antecedentes que no han sido consultados. Sin embargo, la redacción de este considerando asume, sin duda, ciertas cualidades asociadas a un grupo de personas (las que viven en el sector al parecer *humilde*) como algo generalizable, sobre la base del cual se funda una divergencia que apoya la tesis inculpativa. Dicha generalización me parece débil y rayando en los estereotipos de clase, pues parece que en el *sector* no es posible que existan personas que *teniendo capacidad económica* decidan, por ejemplo, vivir de forma austera. En sentido contrario, en dicho

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 04 de mayo de 2011, RIT 6-2011.

sector, parece que el lujo es un privilegio solo para personas que desarrollan actividades ilícitas.

Otro tanto puede suceder con las cualidades de personalidad completamente irrelevante para apoyar o no una tesis incriminatoria (recordemos que en nuestro sistema jurídico el Derecho penal es un derecho de penal de hecho y no de autor). La Corte de Apelaciones de Santiago indica:

Por consiguiente, ha de señalarse que las reflexiones de las sentenciadoras exceden el contenido de los elementos probatorios y, por otro lado, el fallo alude a conductas previas de la víctima, señalando que no sería apreciado en el barrio, lo que se torna irrelevante frente a los elementos de convicción aportados por el Ministerio Público, los que deben ser valorados en forma individual y conjunta como lo ordena el legislador.⁴⁸

El principal vehículo de aplicación de sesgos y estereotipos es a través de la utilización de máximas de experiencia que, muchas veces sin ser advertido, presentan un contenido epistémicamente débil. Ello, porque en la mayoría de casos se trata del receptáculo de derivaciones culturales que, por cierto, han de ser revisadas. En efecto, poco se ha tematizado acerca de la elaboración del «pool» de máximas de la experiencia ni de cómo escogemos la que utilizaremos. Siguiendo a la psicología del pensamiento, ello parece ser una operación de razonamiento analógico o de razonamiento abductivo. La única forma que tenemos de controlar la corrección de la utilización de la máxima de experiencia es a través del control de sus fundamentos epistémicos. Como señala Abel (2015: 64): «dentro de este proceso de sentenciar, la argumentación judicial no solo es un proceso descriptivo de las normas jurídicas y de fijación de enunciados fácticos, sino también creativo, que no es inmune a los prejuicios ideológicos del juez».

Los sesgos y estereotipos afectan principalmente a personas pertenecientes a grupos vulnerables como niños, niñas y adolescentes, mujeres, inmigrantes, adultos mayores, personas pertenecientes a etnias indígenas, etcétera. Una posible explicación de ello pueda estar en la asunción de sentido común de «temor» hacia lo desconocido o, en el heurístico de la representación. En efecto, la aplicación de sesgos y estereotipos están

⁴⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de agosto de 2021, rol 2648-2021, considerandos quinto a octavo.

estrechamente vinculados a déficits naturalizados en una determinada cultura por diversas razones. Por ello muchas veces es muy difícil advertir su concurrencia, porque todos y todas nos hallamos inmersas en un contexto cultural común del cual es muy difícil desmarcarse. Un cambio en las concepciones originarias o ingenuas —según la psicología— es una tarea compleja, de largo aliento, difícil de ser ejecutada y más aún adoptada.

Por su parte, Di Corleto (2019: 299) nos señala que el prejuicio es «aquél preconcepto que podría llevar el juez [sic] a resolver sobre la base de razones equivocadas y discriminatoria». Así, los estereotipos de género que se organizan a través de categorías como «mujer honesta», «mujer mendaz», «mujer instrumental», «mujer coresponsable» y «mujer fabuladora», estas pueden afectar la decisión imparcial, por lo que debe velarse por su erradicación.

Por ejemplo Fricker señala que, si bien podemos estar libres de creencias prejuiciosas, el ambiente social donde debemos juzgar la credibilidad de los sujetos es un contexto donde hay muchos prejuicios residuales que amenazan con influir en nuestro juicio (2017: 24).

Para todas las personas es muy difícil no solo desmarcarse de su cultura, sino, muchas veces, de sus propias concepciones personales en aras de adoptar una decisión objetiva. En todo orden de decisiones, los espacios de discrecionalidad deben ser un llamado de atención para evitar que se influencie por sesgos y estereotipos, especialmente, donde se tiene que adoptar una decisión objetiva que pueda llegar a afectar en alguna medida a un tercero. Y ello no es solo una cuestión privativa de la judicatura, sino que también está presente en otro orden de decisiones que todos y todas adoptamos en el día a día.

Parece ser un imperativo luchar contra sesgos y estereotipos que nos apartan de la verdad de lo sucedido. En efecto, en relación con la injusticia epistémica, Fricker nos indica que la concepción primaria del oyente virtuoso debe ser la de alguien que de manera fiable consigue corregir la influencia de los prejuicios en sus juicios de credibilidad (2017: 24).

En lo que sigue trataré cómo la cuestión se vincula con la perspectiva de género, cuyo conocimiento se ha hecho particularmente urgente en el último tiempo.

Perspectiva de género y la prueba

La principal utilidad de la aplicación de la perspectiva de género a la judicatura es señalar un camino, instaurar un método, una cierta forma de reflexión de aspectos vinculados con el ejercicio jurisdiccional (Ramírez, 2019: 25). Especialmente en materia probatoria es útil como herramienta para identificar y erradicar los sesgos y estereotipos de género, que muchas veces aplicamos al valorar la prueba.

Las teorías feministas han puesto de relevancia que existe una diferencia entre los conceptos de sexo y género. El primero, determinado biológicamente; el segundo, de forma cultural (Ramírez, 2019: 44). El género está íntimamente asociado a la identidad de las personas, y al estar fundamentalmente determinado por el contexto social, histórico, ideológico y religioso, suele estar a merced de las tensiones de poderes entre los diversos grupos prevalentes de la sociedad, que buscan imponer sus respectivos modelos.

Vamos a poner un ejemplo, no es para nada una coincidencia que algunas dictaduras conservadoras o derechamente fascistas hayan fomentado un modelo de participación social de la mujer que sea compatible que su principal función de estar a cargo de cuidado de los hijos y del hogar. Por ejemplo, en la dictadura de Franco en España, se obligaba a determinadas mujeres a realizar el «Servicio Social Femenino» —análogo al Servicio Militar obligatorio para los hombres— que tenía por objeto preparar a las mujeres para ejercer como buenas madres y esposas. Algo similar sucedió con Cema Chile, que se creó en el año 1954 con el fin de «proporcionar bienestar espiritual y material a la mujer chilena», que tuvo una particular importancia en la época de la dictadura militar de Pinochet, donde se enseñaba a las madres oficios compatibles con el cuidado de los hijos para generar algún ingreso extra de dinero.

Perspectiva de género, ética del cuidado y posiciones feministas

El feminismo ha tomado como bandera de lucha la visibilización de la desigualdad entre hombres y mujeres y su erradicación. Siguiendo a Ramírez, el feminismo es una teoría política y cultural, impulsada por mujeres, que pretende analizar la realidad en la que viven y tomar conciencia de las discriminaciones que sufren por la sola razón de ser mujeres (Ramírez, 2019: 27).

A estas alturas, para nadie es novedad reconocer que nuestra estructura social se ha construido sobre la base de una desigualdad social entre hombres y mujeres. Los hombres ocupaban el espacio público, mientras la mujeres se hallaban relegadas a la vida privada y familiar (Ramírez, 2019: 27). Se empieza asociar así a la masculinidad las labores intelectuales y, a la mujeres, las labores de cuidados de los hijos. Se construye de esta forma una ética de la racionalidad asociada a los hombre y una ética del cuidado vinculada con el género. El derecho, aun cuando se considere un paradigma de neutralidad, aplicado en este contexto, viene a acrecentar la desigualdad de base apoyada en la aceptación de dichos modelos éticos.

Por su parte, la crítica al androcentrismo —corriente que establece como sujeto de referencia al mundo ideal al ser humano, neutral y universal, pero sin embargo ese sujeto termina por ser hombre, heterosexual, adulto, blanco y sin discapacidades— se encuentra en la base de la denominada ética del cuidado (Ramírez, 2019: 38). El androcentrismo y la ética del cuidado aplicada en la materia nos muestran que muchas veces estos estados culturalmente desiguales —que se pueden proyectar en la prueba— no solo no han sido advertidos, sino que también ocultos a partir de prácticas que *prima facie* parecen adecuadas, pero que siguen perpetuando el modelo de la desigualdad.

Por ejemplo, si aplicamos una norma de cuidados paterno filiales, no sería nada de raro tender a reconocer su infracción con mayor facilidad cuando se trata de una madre que deja de cuidar a sus hijos por ir a trabajar que si se trata de un padre en la misma situación, asistiendo a ambos —o debiendo ser así— las mismas obligaciones paterno filiales. La doctrina argentina da cuenta del caso de una mujer condenada en un primer momento por homicidio imprudente de su hijo que murió de una infección generada por una rotura del intestino por golpes recibidos por su padre maltratador. La mujer fue condenada sobre la base de tranquilidad que evidenciaba, a pesar de que su hijo se encontraba enfermo y por haber antepuesto las obligaciones laborales antes de llevarlo al médico, y por haberlo dejado al cuidado de quien ya lo había agredido con anterioridad (su padre) (Hopp, 2019: 22). En este caso, claramente el estándar de actuación de la mujer, en relación con la infracción penal de su deber de cuidado, fue llenado de contenido a partir de una asunción

de una cierta ética del cuidado que debe satisfacer la «buena madre».⁴⁹ Y, por cierto, lo anterior no es exclusivo de la jurisdicción penal, sino que puede tener lugar allí donde se deban emplear estándares de conducta que involucren a la mujer.

Asumir que la ética del cuidado es una cuestión exclusivamente femenina nos hará sin duda reconocer con mayor facilidad la infracción de deberes paterno filiales que afecten a mujeres. Y en ello puede tener importancia la construcción del estereotipo de mujer en nuestra cultura dominante. Se han realizado estudios de la imagen de la mujer que divulgan publicidades en televisión y medios de comunicación, que transmiten la imagen de la mujer como «madre, ama de casa u objeto estético» o del rol de cuidado que debiese cumplir al interior de la familia. Ello da cuenta que la construcción de los estereotipos también está influida por el contacto repetido con representaciones enteramente construidas o bien filtradas por el discurso de los medios de comunicación, de forma que el estereotipo podría ser también el resultado de un aprendizaje social (Amossy y Herschberg, 2001: 41).

Una segunda vertiente feminista en el ámbito del derecho puede conceptualizarse de forma indirecta. En efecto, no se trata solamente que los aplicadores del derecho realicen actos de reafirmación masculina, sino que el problema es mayor: la aplicación objetiva del derecho tiende a reproducir la versión social dominante en el escenario de un razonamiento elaborado para el mundo masculino.⁵⁰

En efecto, por ejemplo, Gilligan —una de las grandes feministas vinculadas al *feminism jurisprudence*— a partir del análisis que hace de los estudios de Freud que caracteriza el modo biológico-psicológico masculino de inexorable, no emocional, impersonal y objetivo, pudo constatar que dichas características coincidían con las expectativas cultura-

49 Hoop agrega: «existen abundantes y variados ejemplos en la jurisprudencia que evidencian la persistencia de estándares diferenciados al momento de juzgar a las mujeres y varones cuando se encuentran acusados de haber cometido un delito, basados en estereotipos que fundan expectativas de conducta al momento de enjuiciar a la mujer. Por ello es necesario incorporar la perspectiva de género a la interpretación de las leyes y los hechos para evitar decisiones injustas y discriminatorias».

50 Larrauri (1994: 1) agrega: «cuando se afirma que el derecho, y en el caso que nos ocupa el derecho penal, se aplica de forma objetiva, se desconoce que esta forma objetiva responde a un razonamiento elaborado para el mundo masculino». Para mayores consideraciones al respecto, véase a Larrauri, 2008: 19 y ss.

les de justicia y de parecer moral en el enjuiciamiento. Su punto de vista se articula a partir de la posición enunciada por Freud, pero también mencionada desde Platón: que la mujer tiene menor sentido moral o ético que el hombre. En efecto, se da la paradoja de que la asunción tradicional de la *bondad* de mujer, que cuida y que es sensible a las necesidades de los otros, marca en ella una deficiencia en su desarrollo ético o moral (Gilligan, 1982: 18). Por ello es mejor el sentido moral de los hombres. Así, el modo masculino ha sido transportado por medio de formas ideales dentro de sistema legal. Con ello se enaltece la voz masculina del juzgamiento ético como una forma de justicia universal (Gilligan, 1982: 129 y ss.; Smart, 1989: 74). Así, esta manera se considera como justa (Smart, 1989: 73). Este contexto institucional masculinizado será inherente y necesariamente *injusto* en relación con el juzgamiento de mujeres. Ello es especialmente evidente cuando se aplican estándares de actuación o estándares jurídicos como el «buen padre de familia», «el hombre medio», «defensa racional y necesaria en la legítima defensa», etcétera. Estos se dotarán de contenido a través de nuestras imágenes culturales que, siguiendo la ética de la racionalidad, estarán cargadas de masculinidad. Y —como he señalado— el peligro de aplicar sesgos y estereotipos se encuentra allí donde los límites de la discrecionalidad suelen ser más difusos.

La posición de Mackinnon (1983: 644) a este respecto es más extrema. Ella adopta el punto de vista de que la voz masculina habla desde el cuerpo de la mujer. En efecto, lo que nosotros conocemos como femenino es algo que los hombres han construido para hacer encajar sus intereses. En efecto, Mackinnon —cuyos trabajos han impactado en gran medida en el ámbito del derecho— ha construido y defendido la teoría de la opresión de la mujer como sexo. La ley ve y trata a las mujeres de la forma que un hombre ve y trata a las mujeres. Así, cuando el Estado aparece como neutral, lo será de una forma masculina, cuando es más ciego al sexo, será ciego al sexo estándar que se aplica.

En el marco del liberalismo norteamericano, no exenta de críticas, la teoría de Mackinnon no solo ha contribuido a visibilizar el problema que sufren las mujeres en una determinada sociedad, sino también respecto de su trato institucional. Ella ha intentado con su teoría proporcionar una salida al «abrazo envolvente» del liberalismo que, vía reformas legales, ha hecho tan poco por emancipar a las mujeres (Smart, 1989: 80).

Por otro lado, desde el punto de vista sociológico, se llega a la con-

clusión que toda relación social entre individuos en un determinado sistema tiene más o menos en consideración aspectos de género, constituyendo un espacio no neutral, donde el derecho ocupa un espacio importante (Smart, 1989: 80). De esta forma, cuando se une biología y forma de conocimiento se puede decir que el derecho adopta una forma *falogocéntrica* (Smart, 1989: 85 y 86). En efecto, en el caso de la mujer condenada por el homicidio imprudente de su hijo en Argentina, la doctrina afirma que esta forma de aplicar el derecho penal refuerza el estereotipo de la mujer como madre abnegada, que se niega a sí misma en favor de su familia, como una ciudadana cuyos derechos son de segunda categoría (Hoop, 2019: 20).

Es decir, la cuestión no se trata de que el fundamento directo de la decisión o del contenido normativo tengan un carácter machista, sino que de forma más sutil se entiende que el Derecho presenta un compromiso con el género masculino a través de los principios, métodos y modos de proceder con que en derecho se opera (García Amado, 1992: 14). De esta forma, el ordenamiento jurídico no solo como sistema de normas, sino como conjunto complejo de reglas, métodos, principios y procedimientos, coadyuva de modo importante en el mantenimiento de la situación de desigualdad y subordinación entre hombres y mujeres. Desde esta perspectiva, el derecho se presenta como un impedimento para el feminismo que no debe inducir a la creencia de que el derecho sea un lugar menos importante que otras relaciones de poder (Smart, 1989: 6). Así, se afirma que Derecho reproduce y perpetúa el más seguro de los fundamentos de las relaciones patriarcales: a saber, la familia y las divisiones de género (Smart, 1989: 129). En definitiva, debemos desconfiar de la pretendida neutralidad del derecho pues, con prescindencia de la introducción de criterios de género, puede generar profundas injusticias en el tratamiento que se les otorga a las mujeres (Hopp, 2019: 17).

El pensamiento feminista que ha estudiado los aspectos del Derecho (*Feminist Jurisprudence*) no es un movimiento teórico sobre el Derecho de carácter homogéneo, ni menos con contornos nítidos y definidos. Tampoco lo es el feminismo. Se sabe cuáles son las deficiencias básicas por superar, pero no existe acuerdo sobre cómo emplear el Derecho para ello, ni si el mismo puede ser un instrumento de superación de la situación que se intenta combatir (García Amado, 1992: 14). Con todo, el déficit estructural entre hombres y mujeres es una cuestión socialmente presente, y que genera, como veremos, problemas probatorios.

Perspectiva de género y problemas probatorios

Ahora, la cuestión del empleo de estereotipos de género es crítica en los contextos probatorios, especialmente en sede penal. Allí donde por su generalidad el derecho no llega, sí lo debe hacer el juez y las máximas de experiencias. En estos espacios los modelos éticos desiguales y sus prejuicios se proyectan con mayor fuerza. La misma ética del cuidado asociada al género femenino va, a su vez, atrayendo otras características desiguales. Si se me permite la expresión, por ejemplo, «la buena madre ha de ser una mujer impoluta, recatada, etcétera».

Estas expansiones asociativas desiguales pueden tener importancia en la prueba, como en el caso de ciertos delitos sexuales donde la víctima es mujer o en la valoración de su credibilidad cuando ella es afectada por un delito de maltrato familiar. Así, no es raro encontrar pronunciamientos judiciales que den importancia a la conducta postdelictiva de la víctima para valorar la credibilidad de su relato, como veremos. Si las mujeres responden a una construcción «buenista de la femeneidad» a la que hacía referencia de forma crítica Gilligan, entonces la víctima será creíble; en caso contrario, no. Así, por ejemplo, una máxima del derecho inglés victoriano señalaba que la mujer víctima solo era creíble cuando declaraba en estrado «bajo sollozos y lágrimas» (Munday, 2010: 319).

Por ejemplo, Wigmore (1970) escribió: «Las mujeres y chicas errantes sufren de multifacéticos complejos psíquicos que se reflejan en su tendencia de presentar denuncias falsas de los delitos sexuales cometidos por hombres» (Citado por Fletcher, 2017).

El lenguaje de Wigmore refleja la estrategia utilizada hasta hace poco para atacar a las mujeres que presentaban denuncias por violación. Según Fletcher, se intentaba probar que eran de vida licenciosa porque habían tenido experiencias sexuales previas y, por consiguiente, eran proclives a haber consentido y a mentir si era necesario (Fletcher, 2017: 156).

Frente a ello uno siempre debe preguntarse, ¿puede una mujer fuerte, fría, decir la verdad? La respuesta es evidentemente positiva.

Lo mismo puede suceder respecto del valor que se da al retracto en los delitos violencia intrafamiliar o al pretendido ánimo ganancial que suele asociarse muchas veces a la mujer víctima.

El profesor Arenas, en un trabajo sobre estereotipos normativos en la decisión judicial, propone distinguir dos tipos de estereotipos descriptivos: aquellos estereotipos sin base estadística y los estereotipos con base

estadística. Carecen de base estadística los estereotipos que atribuyen a los miembros una característica que no posee y suelen ser denominados «estereotipos falsos». En cambio, tienen base estadística los estereotipos que asocian a los miembros de un grupo una propiedad que efectivamente poseen. Agrega: «Ello no quiere decir que la mayoría de los miembros del grupo posee esa propiedad, sino que el hecho de ser miembro de ese grupo, y no de otro, hace más probable que se la posea» (Arenas, 2016: 56).

Según Ramírez, los estereotipos de género se conciben «como un grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de hombres y mujeres e implican una variedad de aspectos tales como las características de la personalidad, características físicas y apariencia, comportamientos y roles u ocupaciones y presunciones sobre la vida y orientación sexual» (Ramírez, 2019: 46).

En esta materia suele ser muy peligroso el uso de estereotipos sin base estadísticas que influyan en la decisión por una consecuencia inferida a partir de ciertas máximas de la experiencia contenidas en aquel cuyo contenido sean generalizaciones espurias. Por ejemplo, inferir erróneamente y asumir que los mapuches con un pueblo belicoso y buenos para beber alcohol. Lo mismo puede suceder con los extranjeros (suponer que individuos de cierta nacionalidad tienen más tendencia a delinquir que otros, etcétera).

Es posible advertir que la utilización de estos estereotipos sin base estadística generalmente afecta a un grupo de individuos desfavorecidos, en contra de los cuales reza el contenido del mismo. Ello puede suceder perfectamente con la mujer.

La estereotipia no solo es cuestionable porque expresa contenidos muchas veces equívocos epistémicamente, sino porque también asienta modelos de conductas, generándose con ello expectativas de comportamientos que, si no son satisfechas, pueden generar consecuencias negativas para quien las sufre. Es decir, con los estereotipos se asignan roles. Como señala Ramírez, «la adscripción genera en las demás personas expectativas de conductas y esquemas mentales de comprensión del mundo vinculados a las generalizaciones, preconcepciones y prejuicios respecto de los miembros de cada colectivo» (Ramírez, 2019: 45). Por ejemplo, bajo esta óptica, una mujer que se muestra *fría* en el estrado podría generar un rechazo en relación con su credibilidad. Y ello podría ser explicable porque una mujer *fría* no responde al rol de mujer expo-

nente de la ética del cuidado (acogedora, tierna, etcétera). Sin embargo, desde el punto de vista epistémico es perfectamente posible que una mujer *fría* diga la verdad, como asimismo una mujer *cálida* dé un testimonio falso, por lo que su forma de ser no puede ser un elemento que nos permita asumir a *priori* su credibilidad o falta de ella. Si ello sucede, habrá una gran probabilidad de que sea una proyección de los efectos desiguales de sesgos y estereotipos de género asentados culturalmente.

1. *Síndrome de la mujer maltratada y sus sesgos*. En Estado Unidos diversos episodios en que mujeres mataron a sus maridos originaron la discusión acerca de qué eximente era la adecuada para dar cobertura.

Generalmente se recurrió a la legítima defensa en forma conjunta con la enajenación mental (*insanity*). Para fundamentar la defensa de enajenación mental se recurrió al síndrome de la mujer maltratada desarrollado por la doctora Walker a partir del año 1979 (Larrauri, 2008: 49; Walker, 2009: 1 y ss.).

En efecto, la doctora Walker se basa en lo que en psicología se conoce como «indefensión aprendida», en virtud de la cual las personas sometidas a procesos violentos desarrollan un sentimiento de que nada de lo que hagan alterará el resultado (Walker, 2009: 69 y ss.).

Matus y Ramírez recogen lo mismo dando cuenta precisamente de los casos de muerte del maltratador causado por la mujer víctima de violencia intrafamiliar:

en la Fase 1, consistente en un «gradual incremento de la tensión», el agresor insulta y amenaza a su víctima, y a veces la agrede físicamente (pero de manera controlada). Generalmente, es solo después de este proceso de construcción y aumento de la tensión que se presentan manifestaciones más o menos explosivas e incontroladas de «incidentes de maltrato agudo» de carácter físico que pueden o no terminar en femicidios o lesiones de gravedad (fase 2). El ciclo suele pasar después a una fase 3, en que el agresor se retrae o constriñe, a veces se disculpa profusamente, trata de ayudar a la víctima, muestra afectividad y remordimiento y puede incluso llegar a intentar cortejar o «re-enamorar» a su víctima con regalos y promesas. Esta fase termina cuando cualquier incidente real o imaginario que suponga poner en entredicho la relación de dominación da comienzo nuevamente a la fase 1 (Matus y Ramírez, 2017: 109; Walker, 2009: 85 y ss.).

El síndrome de la mujer maltratada ha sido tomado como fundamen-

to de exculpación de la mujer en Estado Unidos y Canadá. También en ordenamientos jurídicos continentales como el español como forma de fundamentar la eximente completa o incompleta del artículo 20.1 del Código Penal. Sin embargo, a mi modo de ver, este síndrome perpetúa el estereotipo de la «mujer pasional» o «mujer con desorden psiquiátrico» pues solo una mujer que está frente a una situación de violencia intrafamiliar puede responder con un acto tan violento y cruel como la muerte del ofensor sin antes recurrir a la policía. Y ello, lamentablemente es predicable de las nuevas tendencias que han seguido al síndrome de la mujer maltratada, como el «apego traumático» o el ya conocido «síndrome de Estocolmo».

Ramos Lira (2002: 164) indica al respecto que el abordaje de la mujer maltratada no puede realizarse por cualquier terapeuta, por los sesgos de género y la fuerte influencia de los marcos teóricos psicológicos que han facilitado la culpabilización de la mujer. Es decir, rotular a lo que vive la mujer maltratada como síndrome puede llegar a ser en algunos casos muy estigmatizante y reducir a las mujeres como meras víctimas pasivas (Walker, 2009: 2 y ss.). Ello, a su vez, en el peor de los casos, puede paradójicamente generar un sesgo y una injusticia testimonial, especialmente en los casos donde el testimonio de la víctima tiene ser valorado en su credibilidad para que el derecho pueda desplegar su institucionalidad protectora.

Por ello se ha afirmado con buen criterio que el síndrome de la mujer maltratada puede ser útil para acreditar un contexto de violencia intrafamiliar pero no es completamente suficiente. En efecto, aunque discutible, el denominado círculo de violencia puede prestar alguna utilidad limitada para acreditar una cierta situación de peligro en el caso de la mujer maltratada que explique la razonabilidad de la decisión del retiro de denuncia, la retractación e incluso el rechazo de la ayuda policial sin que ello necesariamente signifique negar la situación objetiva de peligro que asiste a la víctima.

2. *El caso de Pastora Aymara.* En Chile, uno de los casos más paradigmático en el último tiempo donde se ha empleado un estereotipo de género para condenar en materia penal es el caso de la Pastora Aymara Gabriela Blas.

La autora, entre el 18 al 23 de julio de 2007, junto a su hijo, de tres años y once meses en ese momento —ambos pertenecientes a la comunidad indígena Aymara— se encontraba realizando labores de pastoreo en la

Comuna de General Lagos. Al terminar las labores y mientras volvían para la casa, el niño se extravió. Seguidamente, Gabriela Blas Blas, le habría buscado hasta caída la noche, sin encontrarle. Al día siguiente, la víctima se habría dirigido ante los Carabineros de Chile en donde habría presentado una denuncia por la desaparición de su hijo. Por sentencia de quince de abril del año en curso, dictada en la causa RUC 0710014873-5, RIT 221-2009, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, se condenó a Gabriela del Carmen Blas Blas, a sufrir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales pertinentes y al pago de las costas del juicio como autora del delito de abandono de un menor de diez años en lugar solitario, establecido en el artículo 349 en relación al artículo 351, ambos del Código Penal, acaecido el día 23 de julio de 2007, sin beneficios alternativos.

Se recurrió de nulidad de dicha sentencia, dictando la Corte de Apelaciones de Arica sentencia acogiendo el recurso de nulidad con fecha 30 de agosto del 2010. El tribunal de alzada se basa en la infracción del principio de la razón suficiente y de no contradicción para anular la sentencia, señalando lo siguiente:

en cuanto a la circunstancia del «abandono», cuestión diversa a un mero extravío no intencionado, ella es inferida por los sentenciadores desde el comportamiento errático que la acusada mantuvo al denunciar y durante la investigación, dando múltiples versiones, según los dichos de los funcionarios policiales, conducta que es calificada por el tribunal de «anómala para una madre, independiente de su origen étnico», y desde la cual se le resta toda verosimilitud a su versión de extravío, añadiendo que carecía de sustento probatorio adicional. De ahí entienden que el menor fue «dejado» por la acusada en algún sector «solitario», cercano a la Estancia Caicone, sin recogerlo, en situación de desamparo real». ⁵¹ [...] El principio de razón suficiente, como ya se adelantó, exige para la corrección lógica de la conclusión, que esta sea necesaria, inequívoca, excluyente de toda otra, cualidades de las que carece el razonamiento empleado por los sentenciadores del fondo, pues la conducta de la acusada, por cierto errática, no conduce indefectiblemente a sostener que ella dejó abandonado al menor en forma intencional en ese lugar solitario, pues, dicho comportamiento inusual, también podría

⁵¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, 30 de agosto de 2010, rol 158-2010, considerando octavo.

obedecer a otras razones, como el temor por la reacción familiar y de la autoridad policial».

En relación con el principio de no contradicción, el tribunal de alzada señala:

El razonamiento utilizado al efecto por los jueces, sin embargo, resulta contradictorio, pues, por una parte se reconoce que la causa de la muerte ha sido indeterminada por los peritos y, no obstante ello, fijan una data cercana entre la muerte del menor y la denuncia de su extravío (sin apoyo científico), concluyendo el carácter peligroso del abandono a que fue expuesto, al dejarlo en un sector de la pampa donde no existen personas que pudieren socorrerlo. Así las cosas, además de infringir el principio de no contradicción, el razonamiento en cuestión se encuentra afectado por la falencia de las premisas que le sirven de sustento, entre las cuales se encuentra el hecho del abandono, ya criticado con anterioridad.⁵²

La reproducción de las decisiones judiciales en este caso nos permiten mencionar varias cuestiones ya tratadas. Los estereotipos de géneros pueden ser usados como baremos de actuación. En este caso, la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal construye la noción de abandono sobre la base de los esperable a una «madre modelo» o tipo que, al parecer, constituye una máxima de experiencia o generalización implícita. El tribunal no señala qué se debe entender por «actuación normal de una madre». Ahora, no sería nada de raro, como indicaba Mackkinon según veíamos, que aquí se construya una noción aparentemente neutral (el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal aclara «con independencia de su origen étnico») sobre la base de cualidades de una «madre» no indígena, más bien circunscrita o encasillable a los cánones de una sociedad chilena que en sus bases culturales ha sido influenciada por la colonización española, la visión de familia y de madre de un entendimiento quizás extremo de la tradición judeo-cristiana. Bajo este prisma, ciertamente Gabriela no será una madre normal.

Este caso también plantea cuestiones de interseccionalidad. Es decir, de dos o más categorías sospechosa o de grupos vulnerables respecto de los cuales generalmente se aplican prejuicios y estereotipos. Me refiero,

⁵² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, 30 de agosto de 2010, rol 158-2010, considerando octavo.

en primer lugar, a la mujer y su cualidad de «madre normal» y, en segundo lugar, al carácter étnico de la imputada. En efecto, aunque discutible, si queremos utilizar una generalización de lo que entendemos por conducta de «madre normal», debemos explicitar qué entendemos por tal y apoyar la fuerza de la generalización en algún dato. Sin embargo, específicamente en este caso, debiésemos habernos preguntado si Gabriela era o no una «madre normal» sobre la base de la cultura Aymara, muy familiarizada, por cierto, con el pastoreo en lugares riesgosos. Ello también refleja un problema mayor de transculturalidad y sus efectos en las imputaciones penales.

En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica se ve claramente cómo la utilización de sesgos y estereotipos generan un déficit epistémico de la decisión judicial y, además, infringen en complejo engranaje de las reglas de la sana crítica. Ya sea vía infracción al principio de razón suficiente o a través de la infracción al principio de contradicción, los sesgos y estereotipos en este caso nos han apartado de la verdad del caso.

Ahora, lo que resulta muy paradójico es que, luego de que se anulara el primer juicio y la sentencia por las razones expuestas, en el segundo juicio igualmente se condenó a Gabriela a doce años de prisión por su responsabilidad en el delito de abandono de menores con resultado de muerte.⁵³ Es decir, una condena mayor que la primera. En mayo del 2012 se le otorgó un indulto parcial y, luego, se le excarceló por medio de un indulto parcial. Sin embargo, el caso igualmente llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la posible violación de los derechos humanos sufrida por Gabriela y su hija. En este escenario el Estado de Chile llegó a una solución amistosa que incluyó prestaciones a título compensatorio por el daño y el compromiso del Estado de adoptar medidas de no repetición como capacitar a sus funcionarios y funcionarias en los temas de derechos humanos de las mujeres indígenas, acceso a la justicia y protección especial de la infancia indígena y a establecer una mesa de trabajo, coordinada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, para desarrollar una propuesta de formulación de indicaciones al Proyecto de Ley que modifica la actual Ley 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores, con el objeto de incorporar el

⁵³ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, 11 de octubre de 2010, RIT 221-2009, RUC 0710014873-5.

principio de interculturalidad en los procesos de adopción.⁵⁴

Con todo, no creo que sea ni útil ni pertinente en este tipo de casos el uso del concepto «madre normal» como baremos de actuación. El riesgo de estereotipar con la utilización de dichas categorías es demasiado alto. Más bien, a mi juicio, el fallo debiese haber fundado el abandono en la infracción de un deber de cuidado parental —si es que lo hubo— con independencia de si se tratase de un padre o madre. También, debería haberse tenido presente qué aspectos culturales del pueblo Aymara resultaban pertinentes para la construcción de la infracción del deber de cuidado.

El caso de Gabriela muestra que los sesgos y estereotipos están aún fuertemente presentes en nuestra cultura, incluso cuando ellos se nos representan (véase la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica). La presencia de ellos siguen dificultando la tarea de la judicatura de acercarse a la verdad de lo sucedido y, por consiguiente, de generar una decisión justa en este tipo de casos.

Perspectiva de género, prueba y normatividad

1. *Las fuentes de la obligación de fallar con perspectiva de género.* Desde el punto de vista normativo positivo, la utilización de la perspectiva de género en el juzgamiento es una cuestión que puede tener una estrecha vinculación con la vigencia para Chile de la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación en contra de la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, suscrita por Chile en 1980 y promulgada por el Decreto número 789 de 27 de octubre de 1989, publicada el día 09 de diciembre de 1989. De otro lado, también hay que destacar que el día 31 de mayo de 2021 fue publicado en el Diario Oficial el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra de la Mujer (Decreto 46 del Ministerio de Relaciones Exteriores).

En este sentido, la Convención en su artículo 1 señala:

A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular

54 Mayores antecedentes del caso en relación con la responsabilidad internacional de Chile, véanse en Chávez, 2018: 211 y ss.

el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Así, por ejemplo, el artículo 5 letra a) indica que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: «a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres».

A su turno, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, adoptada con fecha 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, promulgada por el Decreto número 1640 del Ministerio de Relaciones Exteriores el día 23 de septiembre de 1998 y publicada el día 11 de noviembre de 1998, señala en su artículo 3 que «Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como en el privado». A su turno, el artículo 4 señala:

toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a) el derecho a que se respete su vida; b) el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c) el derecho a la libertad y a la seguridad personales; d) el derecho a no ser sometida a torturas; e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f) el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g) el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos; h) el derecho a libertad de asociación; i) el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y j) el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

El artículo 6 reconoce «El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y

prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación».

En materia judicial, el artículo 7 de la Convención de Belem do Pará indica que, entre otros, los

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

El artículo 8 indica que los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer.

Por ejemplo, en la sentencia de «Campo Algodonero» la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que en los casos de violencia contra las mujeres, el artículo 7 letra b) de Belem do Pará impone «obligaciones reforzadas» en cuanto al deber de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres.⁵⁵

En el ámbito interno, la obligación de fallar con perspectiva de género se puede situar en el respeto del derecho de igualdad del artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República que prescribe «La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres

⁵⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009, Caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, Serie c. número 205.

y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias». A su turno, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 24, consagra el derecho de igualdad ante la ley: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». En el mismo sentido, el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. ¿Presentan estas fuentes normativas consecuencias en materia de valoración probatoria? Juzgar con perspectiva de género tiene consecuencias para el decisión sobre los hechos, como se dirá. Sin embargo, bajo ningún punto debe entenderse que este conglomerado normativo que obliga a juzgar con perspectiva de género establece una tarifa probatoria, ni menos aún una que sea *pro mujer*. Debemos recordar que en los distintos ámbitos jurisdiccionales se impone un sistema de libre valoración de la prueba sujeto a los límites de la sana crítica (con la sola excepción del proceso civil patrimonial, por ahora). Entre otras razones, porque parecen haber justificaciones de diverso tipo, entre ellas epistémicas, para preferir una forma de valoración que más se acerque a la verdad de los hechos, a diferencia de lo que pudiese suceder de aplicar normas de prueba legal o tasada. En efecto, como técnica legislativa en materia probatoria, hoy en día las normas de prueba legal o tasada constituyen verdaderos anacronismos o institutos históricamente ya abandonados.

Desde el punto de vista de decisión judicial, desde hace mucho que se acepta que el juez o la jueza cuando decide no solo aplica la ley, sino también modelos mentales, creencias políticas y morales, etcétera (Posner, 2011: 16 y ss.), como veíamos. Por ello no resulta sorprendente que las corrientes feministas lleven razón en todo lo denunciado.

Si asumimos como cierto en correlación entre la verdad de los hechos y la justicia de la decisión, entonces se torna un imperativo normativo

detectar y neutralizar los estereotipos sin base estadística. Más allá de una cuestión política, desde el punto de vista epistémico generan una asociación falsa entre un determinado grupo y una característica. Es decir, existe un fundamento epistémico que nos obliga a erradicar la utilización de estos sesgos y estereotipos de género.

Considerando el acervo psicológico del juez o la jueza, quien toma la decisión jurisdiccional, el empleo de la perspectiva de género en materia probatoria nos ayuda a identificar la utilización de estereotipos sin base estadística, que no sirven como insumos para acreditar ciertos hechos. En la mayoría de casos este tipo de estereotipos es más bien inconsciente e imperceptible. La razón se encuentra en que muchos ellos está arraigados en nuestra cultura, y forman parte de lo que la psicología de pensamiento denomina «conceptos ingenuos del mundo».

Si atribuimos a un determinado grupo características o propiedades sin una base estadística y tomamos decisiones conforme a ello, generamos un trato institucionalmente desigual entre las personas pertenecientes a dicho grupo y los demás ciudadanos. Es decir, empleamos un criterio de diferenciación no justificado, lo que constituye un actuar discriminatorio y, por tanto, reñido con el derecho fundamental de igualdad. Es decir, el derecho fundamental de igualdad entre los ciudadanos constituye un fundamento normativo de notoria importancia para erradicar de la decisión sobre los hechos la utilización de sesgos y estereotipos de género.

La perspectiva de género permite superar la visión androcéntrica del mundo y detectar la existencia de instituciones, normas y prácticas interpretativas y aplicativas que refuerzan, a través de una pretendida neutralidad, las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, consolidando así una relación discriminatoria en contra de la mujeres (Ramírez, 2019: 47).

La perspectiva del género, el derecho de igualdad y el control de convencionalidad que asiste a cada uno de los jueces y juezas son fundamentos normativos importantes para erradicar la aplicación de estos estereotipos y revisar estos «conceptos ingenuos» de gran arraigo cultural.

La perspectiva de género aplicada a la decisión sobre los hechos es una valiosa herramienta analítica, que neutraliza riesgos derivados del uso acrítico, irreflexivo, producto de inercias ambientales, culturales y contraculturales, de estereotipos y prejuicios (Ramírez, 2019: 17).

La perspectiva de género nos permite identificar máximas de expe-

riencia o generalizaciones basadas en sesgo y estereotipos de género, generándose con ello un error epistémico, pues no tendrán una correlación con el aspecto descriptivo o empírico de los hechos que sustentan. En palabras más simples, cuando se falla sobre la base de sesgos y estereotipos basados en diferenciaciones de género se da por verdadera una realidad que es falsa desde el punto de vista de hechos.

Si se considera que los estereotipos de género también producen expectativas conductuales (es decir, determinando el modo que debe reaccionar la mujer o el hombre frente a determinadas situaciones), entonces la perspectiva de género también nos puede ser útil para identificar narraciones o construcciones de hechos que respondan a dichas expectativas. Por ejemplo, si consideramos que una mujer atacada sexualmente pedirá ayuda luego de consumado el acto o que la mujer al acompañar al hechor a su vivienda luego de una noche de fiesta se exponen al riesgo de ser violentada sexualmente, y basamos la credibilidad del relato de la mujer sobre la base de la prueba o de antecedentes que corroboren las máximas anteriores, la perspectiva de género nos puede ayudar a identificar que ambas narraciones se basan en modelos conductuales que la mujer no ha satisfecho y que no tienen una correlación epistémica. La conducta posterior de la víctima violentada sexualmente no es posible de reconstruir sobre la base de inferencias, atendido que algunas generan estado de shock, otras no, y en el primer caso ello puede significar un estado de congelamiento que le impida pedir ayuda, siendo su relato perfectamente creíble. En el caso de la mujer que luego de una fiesta acompaña al hombre a su vivienda, no existe en ello una cierta presunción de consentimiento, pues ello obedece a distintas razones. Por ejemplo, la mujer vio en mal estado al hombre y no quiso dejarlo a su suerte en la calle, quería brindarle una compañía amical mas no amorosa o, simplemente, nunca se convenció se querer tener un encuentro sexual con el sujeto.

La perspectiva de género nos ayuda a identificar cuándo estos relatos acerca de los hechos del caso se basan en modelos conductuales cargados culturalmente por una sociedad patriarcal, androcéntrica o que asocia exclusivamente la ética del cuidado a comportamiento de las mujeres. Y, por cierto, todo ello no tiene un contenido epistémico de calidad y sus fundamentos son más bien débiles al basarse en asunciones culturales. Si el conglomerado de contenidos culturales sirvieren epistémicamente para configurar inferencias acerca del comportamiento de las personas,

con ello se infringiría la falacia naturalista, pues se derivaría del deber ser consecuencias para el mundo descriptivo de los hechos o del ser (Ramírez, 2019: 47).

En el Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias, aprobado y divulgado en la XVIII Cumbre judicial Iberoamericana realizada en Bogotá el 2015, se propone a las y los juzgadores responder las siguientes preguntas al momento de determinar los hechos e interpretación de la prueba:

¿Cuál es el contexto en que se desarrollan los hechos?

¿Alguna de las personas involucradas se encuentra en situación de pobreza, marginación, vulnerabilidad o discriminación basada en el sexo, género o preferencia u orientación sexual?

¿Entre las personas vinculadas al caso subyace una relación asimétrica de poder? ¿Cómo influye esto en la solicitud y valoración de las pruebas?

¿Están involucradas personas que han sido tradicionalmente discriminadas en virtud de las llamadas «categorías sospechosas»?

¿La persona pertenece a un grupo históricamente desventajado?

¿La persona presenta características que la exponen a una doble discriminación por tratarse de un caso de interseccionalidad? Por ejemplo, en un proceso de divorcio, ser una mujer indígena, o solicitar empleo siendo lesbiana y estando embarazada.

¿El comportamiento que se espera de las personas involucradas o de las víctimas del caso obedece a estereotipos o a una de las manifestaciones del sexismo?

¿La reacción esperada de la víctima cambiaría si se suplantara, por ejemplo, por un varón o una persona heterosexual? ¿Qué cambiaría en la expectativa de comportamiento de la persona si se asignara un rol estereotípicamente considerado como femenino? Por ejemplo, si fuera hombre quien solicita permisos laborales para ejercer su paternidad.

Si bien todas estas herramientas normativas son útiles para juzgar adecuadamente con perspectiva de género, sí hay que tener presente que materia de prueba ninguno de estos instrumentos establecen una regla de prueba legal promujer o que atribuya, por ejemplo, un valor preeminente a la declaración de la mujer (Ramírez, 2019: 74). En igual sentido, ninguno de los instrumentos internacionales establecen reglas de valoración probatorias específicas ni estándares de decisión diferenciados (Ramírez, 2019: 75). En estos instrumentos se establecen obligaciones

para los Estados que más bien responden a mandatos de optimización que deben ser desarrollados por las normativas internas y, desde dicha perspectiva, no sirven directamente para determinar si en el caso en concreto existe una base probatoria suficiente para considerar que la declaración de la mujer, por ejemplo, es creíble o es suficiente para satisfacer las exigencias probatorias internas como el estándar de la duda razonable en sede penal (Ramírez, 2019: 75). La libertad de la apreciación de la prueba como principio sistemático que se impone en gran parte de los ordenamientos jurídicos confiere a los jueces y las juezas la labor de determinar el valor probatorio de los medios de prueba solo sujetos a la aplicación de criterios racionales que se expresen en la motivación y que generen la posibilidad de control intersubjetivo de la decisión. En otros términos, la libertad probatoria se limita en la apreciación racional de la prueba que, en buena parte de nuestros sistemas judiciales, también ha sido llamada como limitaciones de la sana crítica.

En definitiva, la perspectiva de género en la valoración probatoria debe ser empleada para erradicar el sesgo y estereotipo de género de la decisión de los hechos sobre la verdad de los sucedido. Es decir, es un instrumento metodológico analítico que nos ayuda a proteger los intereses epistémicos de la decisión, que nos es otro que fallar conforme a la verdad de lo sucedido. Y nunca debe olvidarse que la verdad de los hechos es una condición de la Justicia de la decisión sobre el caso.

Las condenas o sentencias basadas en el testimonio de la víctima en sede penal

Deliberadamente he querido tratar este tema vinculado a la escasez probatoria luego de haber tratado la perspectiva de género en la judicatura y en la decisión sobre los hechos porque a menudo se piensa que en estos casos la superación de la desigualdades entre hombres y mujeres inclina la balanza probatoria en favor de la víctima.

Condenas basadas en el testimonio de la víctima y sus intereses en juego

En relación con el estatus procesal de la víctima, no queda claro si su situación procesal («interviniente», en el artículo 12 del Código Procesal Penal) puede o no ser un inconveniente para la aceptación de una condena sobre su testimonio por la aparente parcialidad que podría exhibir.

En efecto, se reconoce que la víctima posee un derecho de tutela judicial (Bordalí, 2011: 513 y ss.). Por otro lado, se le reconoce la posibilidad de querellarse, de reclamar responsabilidad civil y, a veces, se le otorga el rol de acusador en exclusiva, como sucede en la hipótesis de forzamiento de la acusación (artículo 258 del Código Procesal Penal).

Pero, aun así, y ante la ausencia de regulación expresa, se acepta que la víctima pueda declarar como testigo, por permitirlo así la libertad probatoria (Armenta, 2013: 244) y por no considerarse incompatible dicha participación con la calidad de interviniente procesal.

Ahora, resulta cuestionable que la víctima sea asimilada a un testigo que, como tal es un tercero con uso de razón suficiente (Abel, 2015: 153 y ss.) sin interés en el proceso o extraño al mismo. En efecto, por presentar la víctima un interés extraprocesal en la dictación de la condena penal es que se considera que su declaración es un «cuasitestimonio» (Romero, 2000: 79), testigo cualificado o con estatus especial⁵⁶ o, derechamente, se reconoce un impedimento para ser testigo debido a su aproximación con la posición del acusador (Roxin, 2000: 221).

La posición desmejorada de la víctima a lo largo de la historia de las instituciones penales, —que ha traído aparejado un intento continuo de hacerla desaparecer del centro del proceso penal hasta ocupar posiciones casi marginales (Vilajosana, 2015: 106)— es una situación que aboga por una especie de reivindicación —un redescubrimiento de la víctima según Seelmann (2013: 189)—, lo que redundaría en que su participación en el proceso solo fuere limitada cuando se proporcione una justificación suficiente.

En relación con el estándar de la duda razonable, la doctrina reconoce que el estándar de prueba penal es más exigente que el civil, como ya hemos señalado. En este sentido, no todos los hechos penalmente típicos van a ser efectivamente sancionados, sino solo aquellos cuya prueba logre satisfacer el estándar. Ello, entre otras razones, por la grave restricción de derechos que para el individuo supone la condena penal en relación con su libertad, por el cuestionamiento que la condena supone al buen nombre del ciudadano o inocente, porque el Estado debe dar razones de su intervención coactiva en las personas, o simplemente porque es socialmente preferible la absolución falsa que una condena falsa

56 En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo español 28/1071992 y 229/1991.

(Ferrer, 2007: 143). El respeto de esta garantía claramente redundará en la justicia de la decisión.

Por ello el estándar de prueba penal presenta una importancia tal que parte de la doctrina lo ha incluido dentro del ámbito de protección del derecho de presunción de inocencia entendido como regla de juicio (González Lagier, 2014: 92 y ss.; Nieva, 2012: 277 y ss.; Nieva, 2010: 86) garantía esencial y estructurante del proceso penal moderno (Gimeno, 2008: 71). En este sentido, la libertad de valoración probatoria penal se ve moderada por la exigencia de ausencias de «dudas razonables» que son incompatibles con la condena penal (Roxin, 2000: 111), por lo que cavilaciones generadas por el hecho de condenar sobre la base de testigo único se opondrían al principio de presunción de inocencia y al derecho de igualdad (Sancinetti, 2013: 19 y ss.). Ahora, sobre el sentido y alcance de la satisfacción del estándar de la duda razonable también se discute profusamente, especialmente lo que dice relación con su objetividad, como veíamos. Ahora, asumiendo la formulación de Ferrer ya comentada, el estándar de la duda razonable se satisface cuando la hipótesis inculpatoria sea capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y cuando se hallen refutadas todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*. Dicha formulación asumida de forma ejemplar es compatible con la aceptación de las condenas basadas en el testimonio de la víctima, pues si el testimonio es creíble y corroborado, por ejemplo, podría estar en condiciones epistémicas de satisfacer las exigencias de dicho autor. Es decir, la satisfacción del estándar de la duda razonable, desde la probabilidad lógica, es una cuestión de racionalidad epistemológica de la valoración probatoria que satisfaga un determinado umbral (cualitativa), más que una referencia a la exigencia de una cantidad mínima de antecedentes que apoyen una determinada hipótesis (cuantitativa).

Por otro lado, la dificultad que algunos autores han identificado en la determinación precisa, no gradual y con exigencias que puedan satisfacerse al interior de un proceso judicial del estándar de la duda razonable es que se ha afirmado que la presunción de inocencia nos lleva a la necesidad de reforzar las reglas de prueba (González Lagier, 2014: 92 y ss.). Esto es, determinar en relación con cada medio de prueba cuáles son los requisitos que estos han de reunir para constituir prueba de cargo suficiente para condenar (Fernández, 2007: 7 y ss.), cuestión en la que

podrían colaborar los conocimientos de otras disciplinas que están en condiciones de suministrar regla de valoración probatorias conforme a la sana crítica que sean pertinentes al caso (Coloma, 2012: 753 y ss.). Lo anterior nos lleva al planteamiento de que el testimonio de la víctima, bajo ciertas condiciones, puede satisfacer el estándar de la duda razonable. ¿Cuáles son estas condiciones? La credibilidad y posiblemente otras.

La aceptación de las condenas basadas en el testimonio de la víctima, primeramente, pasa por determinar bajo qué supuestos el testimonio de la víctima aporta información para entender confirmada una determinada hipótesis fáctica. Esto depende de la relevancia o pertinencia de la información aportada y de su credibilidad. De esta última cuestión se han ocupado autores del Derecho procesal, del Derecho probatorio de vertiente anglosajona y determinadas ciencias extrajurídicas como la psicología del testimonio y la Epistemología, aunque no exclusivamente.

En términos generales, como explican Anderson, Schum y Twining, la credibilidad de una afirmación testimonial requiere evaluar tres atributos: veracidad, objetividad y sensibilidad observacional. La veracidad exige que el testigo declare de acuerdo con sus creencias y no en contra de ellas. La objetividad dice relación con que el testigo forme sus creencias basándose en sus pruebas sensoriales más que en suposiciones (expectativas) o deseos. La sensibilidad observacional se pregunta qué tan buena ha sido la prueba, no solo en relación con el buen funcionamiento de los sistemas sensoriales, sino también en relación con la condición física general de un testigo (si se encontraba bajo la influencia de alcohol o sustancias psicotrópicas, por ejemplo) y con las condiciones generales de la observación. Además, estos tres atributos de credibilidad de los testigos dependen del tiempo y del contexto (Anderson y otros, 2015: 102). La valoración de los tres atributos se basa en generalizaciones empíricas relativas, precisamente a la veracidad, al impacto de sesgos y a las condiciones óptimas de observación (Schum, 1994: 100 y ss.). El juicio de credibilidad representa el primer paso o eslabón en la cadena de inferencias que conectan una prueba testimonial con un hecho a probar e incide, por consiguiente, en la determinación de su fuerza probatoria. En relación con el proyecto, esto quiere decir que la fuerza probatoria del testimonio de la víctima dependerá de qué tan creíble sea esta.

El artículo 309 del Código Procesal Penal reconoce jurídicamente la importancia de la credibilidad de los testigos para que sus testimonios puedan ser tenidos como medios de prueba que corroboren una hipóte-

sis fáctica. En efecto, se señala que «los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar la credibilidad o falta de ella, [...] o algún otro defecto de idoneidad». Es decir, el concepto de credibilidad está recogido por la ley y, desde dicha perspectiva, es preciso determinar, desde el punto de vista interpretativo, qué es un testigo creíble y cómo dicha credibilidad se proyecta en los casos de las condenas basadas en el testimonio de la víctima.

Para la determinación acerca de lo qué es un testigo creíble, en primer lugar, se debe considerar que el análisis de la prueba testimonial, desde la transferencia de información, no dista del mecanismo inferencial de otros medios de prueba. En efecto, algunos autores señalan que las creencias testimoniales fundamentadas pueden estar basadas en las mismas reglas de inferencia y en los mismos mecanismos de adquisición de creencia que las creencias no testimoniales (Páez, 2013: 215 y ss.).

Sin embargo, todas las cuestiones relativas a la credibilidad de los testigos no se encuentran en el mismo nivel de análisis. Así, es posible identificar cuestiones generales que afectan a todos los testigos, como la definición de atributos para valorar la credibilidad. Sin embargo, también hay cuestiones de la credibilidad referidas a ciertos tipos de testigos especiales, por ejemplo, los testigos-víctima, como cuando operan ciertos sesgos más propios en quienes han sufrido las consecuencias del delito. Y, por último, en un tercer nivel podemos identificar cuestiones de credibilidad específicas de ciertos tipos de testigos-víctimas, como la declaración de las víctimas de abuso sexual infantil y/o de violación sexual. En este último caso me refiero, por ejemplo, al lugar que ocupa la retractación o la tendencia del menor a dudar en revelar el abuso en relación con la credibilidad de la víctima. En este sentido, la investigación pretende situarse en los tres niveles antes enunciados, pero con especial atención en el segundo y tercer nivel.

Otras condiciones epistémico-jurídicas para aceptar las condenas basadas en el testimonio de la víctima

El artículo 309 del Código Procesal Penal, no reduce la valoración de la declaración de los testigos únicamente a la credibilidad, sino que también hace referencia a «algún otro defecto de idoneidad». ¿Qué quiere decir ello? ¿Cómo se proyecta en los casos de las condenas basadas en el testimonio de la víctima?

Una posible respuesta a lo anterior es que la credibilidad no sea la única condición o criterio para considerar que la declaración de un testigo apoye una determinada hipótesis fáctica. En efecto, en relación con los testigos, este tipo de aproximación puede fundarse en la idea de que no solo existe una dimensión vertical sino también una horizontal en la justificación de las creencias en general, una dimensión en la que la coherencia, la cohesión y la integración explicativa juegan un papel fundamental (Lipton, 1998: 1 y ss.). Ello implica que en el caso de los testigos únicos se deba recurrir a otros datos que nos permitan inferir que es óptimo como medio de prueba, como su comportamiento posdelictivo, la presencia *ex post facto* de síndrome de estrés postraumático, etcétera.

En esta línea, la jurisprudencia española, como veíamos, ha construido una serie de requisitos generales para admitir las condenas basadas en el testimonio de la víctima, entre ellos: a) ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, venganza o enemistad. b) corroboraciones periféricas que apoyen lo declarado por el testigo y, c) persistencia en la incriminación. Desde esta perspectiva, resulta de interés preguntarse si estos criterios —u otros— pueden iluminar la discusión en Chile, y si ellos son o no compatibles con las exigencias de nuestro ordenamiento jurídico procesal penal.

Por su parte, en el Derecho Comparado inglés ha habido una discusión profusa acerca de la exigencia en los casos de condenas basadas en el testimonio de la víctima, de antecedentes que corroboren o no los dichos de la víctima, siendo la corroboración la regla general, admitiéndose una cierta flexibilidad, precisamente, en los casos de abuso sexual cometido contra menores de edad (sección 32, número 1, letra b). La Corte Interamericana de Derechos humanos, por su parte, ha sostenido que las declaraciones rendidas por las presuntas víctimas no pueden ser valoradas aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso (Caso de la *Panel Blanca* en Paniagua Morales y otros; Caso *Chitay Nech y otros*; Caso *Manuel Cepeda Vargas*)⁵⁷ lo que evoca una cierta idea de corroboración de la declaración.

El ejemplo de desarrollo de la cuestión de la corroboración y de otras

57 Sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, 8-3-1998, Serie c) número 23, Serie c) número 37, Serie c) número 76; 25 de mayo de 2010, Serie c) número 212; 26-5-2010, Serie c) número 213.

exigencias en la jurisprudencia española y en la legislación inglesa sugieren ser tenidas a la vista, y justifican su estudio, como un insumo valioso que permita abordar el análisis de la cuestión en Chile.

Condenas basadas en el testimonio de la víctima en casos de abuso sexual cometidos contra menores de edad

Los delitos sexuales cometidos contra menores de edad afectan a víctimas necesitadas de una protección especial por el hecho de tratarse de individuos no adultos en formación. Por ello en estos casos suele referirse a la noción de «testigos vulnerables» (Ellison, 2002: 6 y ss.), para dar cuenta de las especialidades de este tipo de testigo-víctima. La necesidad de protección penal de este grupo de víctimas se manifiesta, entre otras circunstancias, en que el Código Procesal Penal, expresamente señala en el artículo 53 que «se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad», con todas las consecuencias procesales que ello lleva aparejado para la persecución penal llevada a cabo por el Ministerio Público.

Los delitos sexuales cometidos contra menores de edad presentan particularidades que pueden afectar a la credibilidad del testimonio de la víctima. En primer lugar, la relación sujeto activo y sujeto pasivo es singular y generalmente de confianza e intimidad. Ello podría explicar por qué existe una mayor probabilidad de que el riesgo de sospecha de comisión de estos delitos recaiga sobre algún integrante de la familia que sobre extraños (Jiménez y Martín, 2006: 84).

Sin embargo, ello también podría favorecer lo que se conoce como «falsas memorias sobre agresiones sexuales» que, según la doctrina especializada, suelen ser más común de lo que se piensa (Manzanero, 2010: 65 y ss.).⁵⁸ En efecto, cuando el sujeto recuerda se produce una recuperación de información que nunca es exacta en relación con el hecho, sino que está determinada por la confluencia de factores evolutivos y contextuales (Condemarín y Macurán, 2003: 47). La psicología del testimonio actual descansa sobre una base metodológica del concepto de memoria entendida como un conjunto de procesos activos de reconstrucción, donde la persona no registra mecánicamente hechos y

⁵⁸ En este sentido Mazzoni (2010: 71) señala: «son las mismas reglas de funcionamiento de la memoria las responsables de la creación de recuerdos falsos». En el mismo sentido, Manzanero y González, 2013: 64 y ss.

datos para su posterior repetición, sino que los elabora y los interpreta de un modo activo, integrándolos en y desde sus conocimientos previos (Diges, 2016: 69).

Siguiendo el modelo de Anderson, Schum y Twining respecto de la credibilidad de los testigos, las y los menores víctimas pueden presentar problemas respecto del atributo de objetividad, pues no hay acuerdo acerca de las características cognitivas y/o éticas mínimas para que puedan declarar como testigos. En efecto, no hace mucho la literatura especializada sostenía que un menor de cinco años no podía proporcionar un relato creíble, a diferencia de lo que muestran los estudios actuales (Goodman y Redd, 1986: 317 y ss.). En igual sentido, hoy en día se afirma que el recuerdo libre de un menor de cuatro años puede ser tan exacto como el de los adultos (Mazzoni, 2010: 87) y que no hay evidencia empírica que muestre que los primeros tienen una mayor tendencia a mentir que los segundos (Myers, 1994: 85; Lucero, 2011: 29). Incluso, bajo ciertos supuestos, el testimonio infantil es más creíble que el de los adultos.⁵⁹

En relación con los criterios de credibilidad, la exposición de la víctima menor de edad al delito puede generar una carga traumática afectiva que incide en su memoria y en el relato de los hechos, aspectos especialmente sensibles en personas no adultas y que constituyen excepciones a los criterios generales de credibilidad. Por ejemplo, la jurisprudencia chilena, en aplicación de indicadores generales, ha considerado que la falta de precisión del relato de la víctima puede ser considerado un indicio de falta de credibilidad,⁶⁰ como asimismo un «olvido» del menor⁶¹ o una contradicción (irresoluble)⁶² en el relato.⁶³ Sin embargo, la doctrina autorizada en la materia considera que «la presentación no estructurada del relato» es un indicador de veracidad de la declaración de menores

59 Véase al respecto la explicación que ofrece Macurán (2011: 51), y toda la literatura técnica citada allí referida especialmente a la teoría de los dos factores del testimonio infantil.

60 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de octubre de 2010, rol 441-2010.

61 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 19 de agosto de 2012, RIT 329-2012.

62 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 18 de febrero de 2019, rol 666-2018.

63 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal 13 de marzo de 2011, RIT 14-2011; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de marzo de 2019, rol 511-2019.

de edad (Schade, 2013: 606), precisamente por el contexto traumático de la vivencia, lo que muestra una cierta contradicción con los criterios jurisprudenciales antes anotados. Por otro lado, también se ha afirmado que ciertas omisiones en la declaración de un menor no necesariamente son indicativas de una falta de fiabilidad, pues también pueden justificarse —dependiendo la edad— en la falta de lenguaje adecuado para describir los hechos (Manzanero y González, 2013: 25) de una forma narrativamente coherente.

Ahora, si bien es cierto la literatura especializada muestra las dificultades para construir «generalizaciones» o «criterios de inferencia» respecto de la credibilidad de la víctima, ello se hace asumiendo implícitamente en alguna medida que bajo ciertas circunstancias el menor sí puede dar un relato veraz. De lo contrario, no tendría ningún sentido preguntarse acerca de la credibilidad.

La literatura no indica que las múltiples dificultades de la declaración de estos menores anulen la capacidad de presentarse como un vehículo de transferencia de información fiable. En efecto, la ausencia de criterios de credibilidad del testimonio del menor no transforma su declaración, por ese solo hecho, en un relato ficticio (Rivera y Olea, 2007: 286; Castro, 2017: 140).

Parece ser que lo imprescindible, con independencia de la edad del menor, es que este cuente con una capacidad moral y cognitiva básica⁶⁴ para identificar mínimamente el significado del suceso ilícito como una conducta — al menos—, extraña, indebida o reprochable.

En efecto, en este tipo de casos probatorios complejos las técnicas que se utilizan para realizar las entrevistas incidirán notoriamente en la conclusión acerca de la fiabilidad del testimonio infantil (Lucero, 2011: 29). Precisamente es la complejidad de estos casos la que ha hecho surgir al interior de la psicología del testimonio métodos de valoración de la credibilidad de la declaración de los menores, como una forma de generar criterios más o menos estables extraídos de investigaciones empíricas.

La doctrina especializada recomienda realizar una pericia de credibilidad del testimonio del menor (Rodríguez, 2011: 157; Macurán, 2011: 136; Condemarín y Macurán, 2005: 47), aun cuando pueda cuestionarse

64 Myers, 1994: 85, señala que el niño debe ser capaz de observar y recordar eventos, debe entender la diferencia entre la verdad y falsedad, debe estar capacitado para apreciar el deber de decir la verdad en la corte.

la posible parcialidad de peritajes institucionales, la elección del objeto y metodología del peritaje, los efectos en la producción de sesgos derivados de la experiencia del perito, etcétera. En efecto, la jurisprudencia muchas veces ha desestimado la pericia —y, por tanto, absuelto—, por considerar que presentaba deficiencias metodológicas.⁶⁵ En otros casos, ha apreciado la credibilidad del menor con prescindencia de la evaluación técnica.⁶⁶ Los tribunales también han problematizado la posibilidad de la utilización de la vía recursiva para revisar la valoración de la credibilidad, en el marco de la problemática general abierta acerca de la obligatoriedad o no para el juez de las conclusiones de los dictámenes periciales (Duce, 2010: 49 y ss.; Vázquez, 2015: 140 y ss.). Como se ve, la utilización de la prueba pericial para valorar la credibilidad de un testigo-víctima es una cuestión con múltiples complejidades, más allá de las propias y generales de la utilización de la prueba pericial en juicio (Vázquez, 2015: 140 y ss.).

La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado al respecto:

Un primer aspecto que se ha sostenido en relación con las pruebas personales, es que estas declaraciones deben ajustarse a las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia, sin que puedan resultar fantásticas o increíbles, en atención al contexto situacional y dinámica de los acontecimientos a los que se refieren. En este sentido, se estima que ante la posibilidad de que el testimonio de la víctima no se ajuste a la realidad son de especial utilidad los informes u opiniones periciales psicológicas relativas al análisis de su testimonio y en este caso a la dinámica familiar en que se encontraban insertos [...]. Un segundo requisito importante, a la hora de valorar las declaraciones de los niños víctimas de abusos sexuales, se traduce en que este relato, debe haberse mantenido firme a lo largo de todo el proceso, lo que implica que sus dichos no se han de modificar sustancialmente, en las distintas ocasiones en las que se haya prestado su testimonio [...]. Finalmente, y como último requisito, la declaración debe ser corroborada, a lo menos, por un dato periférico o anexo de carácter objetivo que la reafirme.⁶⁷

65 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 13 de agosto de 2010, RIT 93-2010.

66 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, 28 de septiembre de 2020, RIT 26-2020.

67 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de diciembre de 2021, rol 4583-2021, considerando quinto.

Ha habido una profusa discusión acerca de la admisión de los peritajes de credibilidad realizados por psicólogos, entre otras razones, porque los peritos podrían llegar a ser meros *comentaristas* de las pruebas, atendida la elevada falta de fiabilidad de la psicología y porque, en definitiva, no se trataría de prueba ni útil ni necesaria, de momento que se invade el campo de valoración propio del juez o a jueza que en esta materia es *peritum peritorum* (Muñoz Sabaté, 2016: 86).

En primer lugar, la utilidad o necesidad de la prueba no puede ser evaluada solo respecto de la científicidad de la psicología, sino más bien en conexión con la prueba a que sirve de base; es decir, el testimonio del menor. Aunque las conclusiones de la psicología no satisfagan los criterios originarios Daubert como estándar de científicidad,⁶⁸ igualmente, bajo ciertas condiciones distintas a las de las ciencias «duras» pueden generar un conocimiento que presente una fiabilidad a todas luces mejor, frente a la búsqueda de la verdad, que la mera valoración del juez (Macurán, 2011: 136). Como señala Taruffo, precisaríamos de criterios Daubert para las ciencias no empíricas (Taruffo, 2008: 286). La utilidad de la pericia de credibilidad no es una cuestión de mayor o menor margen de error de sus conclusiones, sino más bien si, atendida sus falencias, facilita la labor del juez al valorar el testimonio de un menor. Planteada de esta manera, la respuesta es afirmativa. Entre otras razones, porque el testigo menor de edad víctima de abuso sexual responde mejor al rótulo de «caso complejo», como testigo vulnerable,⁶⁹ que no puede ser valorado o apreciado como cualquier otro, donde las generalizaciones o criterios de inferencia generales no son aplicables, sino más bien sus excepciones epistémicas.

Ahora, la judicialización de este tipo de casos en Chile implica la utilización de una pericia psicológica específica para determinar la credibilidad o no de la víctima.

En efecto, la metodología más usada para valorar la declaración del menor en Chile es la denominada Cavas-Inscrim (método Cavas), elaborada por el centro de asistencia a víctimas de atentados sexuales perteneciente a la unidad victimológica del Instituto de Criminología

68 Sobre la denominada trilogía Daubert y sus efectos respecto de los criterios de científicidad de la prueba pericial, véase Vázquez, 2015: 103 y ss.

69 Sobre los alcances de la noción «testigos vulnerables», véase Smith y Tiney, 2007: 1 y ss.

de la Policía de Investigaciones de Chile. El método Cavas constituye una elaboración nacional de acuerdo con la experiencia de este servicio (más de 10 mil casos) que es una evolución de las metodologías utilizadas en ámbito comparado; específicamente, del Criterial-Based Content Analysis desarrollado por Steller y Koehnken en 1989. Lo realmente característico del método Cavas es que, sin prescindir de los elementos desarrollados por la psicología, considera importante que el psicólogo que realice la pericia conozca con antelación del fenómeno de las agresiones sexuales como, asimismo, de aspectos criminológicos del ilícito provenientes del Derecho y la Criminalística. Actualmente el método Cavas es el más usado para valorar la credibilidad de los menores de edad víctimas de abuso sexual, especialmente cuando el Ministerio Público solicita la diligencia (Oficio 914/2015 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos sexuales).

La necesidad de la pericia de credibilidad, con todas sus falencias —por cierto—, puede situarse en las circunstancias especiales del declarante y el contexto traumático adverso que vive la víctima de estos delitos, donde la psicología puede decir algo relevante que dé mayores elementos para valorar la objetividad y condiciones de la declaración que lo que puede llegar a tener el juez con sus propias máximas de la experiencia. Los procedimientos existentes para evaluar la credibilidad de la víctima han mostrado una confiabilidad que oscila entre el 60% y 80% de acierto, lo que es superior al azar (Macurán, 2011: 136). Pese a los posibles conflictos que una pericia de credibilidad enfrente respecto de su falta de fiabilidad igualmente deja al juez o jueza en mejor posición epistémica para valorar casos complejos como el testimonio de un menor, por ejemplo, frente a la opción de recurrir únicamente a su experiencia y sentido común.

Para Twining (2006: 76), el rol primario de la psicología forense aplicada y de las ciencias es proporcionar guías acerca de la confiabilidad de los diferentes tipos de prueba y desarrollar métodos y dispositivos que incrementen o aseguren la confiabilidad de la prueba. Lo anterior viene a corroborar la estrecha relación entre ambas disciplinas porque —como señalan algunos autores— la historia de las *rules of evidence* está profundamente involucrada con la psicología (Saks y Spellman, 2016: 1).⁷⁰

70 Una cuestión no menor que afecta a la relación entre el derecho probatorio y

La doctrina especializada recomienda realizar una pericia de credibilidad del testimonio del menor (Rodríguez, 2011: 157; Macurán, 2011: 136; Condemarín y Macurán, 2005: 47), aun cuando pueda cuestionarse la posible parcialidad de peritajes institucionales, la elección del objeto y metodología del peritaje, los efectos en la producción de sesgos derivados de la experiencia del perito, etcétera. Como se ve, la utilización de la prueba pericial para valorar la credibilidad de un testigo-víctima es una cuestión con múltiples complejidades, más allá de las propias y generales de la utilización de la prueba pericial en juicio (Vázquez, 2015: 140 y ss.).

condenas basadas en el testimonio de la víctima
en el caso de ausencia de consentimiento en el delito
de violación

El delito de violación es el atentado más grave en contra de la libertad sexual de una persona. La incorrección de la violación radica en que el violador cosifica a su víctima al tratarla como un mero depósito de valor de uso (Gardner, 2012: 37), en una actitud de claro menosprecio hacia su condición de persona. Sin embargo, ni la afectación a la libertad sexual ni la cosificación de la víctima se producen cuando el acceso carnal es consentido, aun cuando la víctima asienta sobre relaciones sexuales subóptimas (Gardner, 2012: 42). Por eso se afirma que el consentimiento torna en penalmente atípico el acceso carnal.

No obstante, el consentimiento, como concepto, es ambiguo (Tadros, 2006: 518). Ello, unido a sus efectos jurídicos, lleva a que la discusión judicial se focalice, principalmente, en la prueba de la concurrencia o ausencia del consentimiento. Cuando la víctima sea mayor de edad y mujer, la prueba de la falta de consentimiento trae aparejado el riesgo de utilización de antecedentes, argumentaciones o prejuicios que se refieran a la vida sexual de la mujer (Tadros, 2006: 516); en otras palabras, puede estarse utilizando en materia probatoria un tipo problemático de

la psicología es que hay que ser sumamente cuidadoso al aplicar el acervo conceptual de la segunda —de utilidad principalmente para perfilar ciertas generalizaciones— a la valoración probatoria, de forma que no se infrinja la falacia naturalista al interpretar cuestiones prescriptivas (derecho probatorio) sobre la base de cuestiones descriptivas (estudios empíricos de la psicología del testimonio, por ejemplo).

categorización social, a saber, los estereotipos, tanto descriptivos⁷¹ como normativos. Así, se emplea habitualmente en estos casos un perfil de acusado o víctima, que no es más que una generalización que sirve para adscribir a uno o más individuos que han sido incluidos al interior de una determinada categoría, la realización de ciertos comportamientos, aun sin contar de información específica acerca de su intervención en el caso (Coloma, 2010: 102). Lamentablemente no es una novedad constatar que en este tipo de casos puede llegar a tener importancia, por la vía de la aplicación de estereotipos de género, la forma de vestir de la mujer, su ocupación, su relación con el agresor o sus experiencias sexuales previas tanta para valorar la credibilidad como para realizar una investigación más acuciosa (Di Corleto, 2019: 299). Por ejemplo, en los crímenes de Ciudad Juárez en México, la doctrina ha dado cuenta que las autoridades a través de cómo se ha ejecutado la investigación en dichos casos ha perpetuado el estereotipo de que las mujeres pobres, jóvenes y migrantes son inferiores y están subordinadas a los hombres (Cook y Cusack, 2010: 167).

En efecto, específicamente puede estarse cometiendo en el caso de las mujeres una injusticia epistémica denominada injusticia testimonial que, por medio de los prejuicios, se lleva al oyente a otorgar a las palabras de un hablante un grado de credibilidad disminuido (Fricker, 2017: 41 y ss.). Lo anterior se vuelve especialmente relevante porque por medio de esta injusticia alguien resulta agraviado específicamente como sujeto de conocimiento. Es decir, se infravalora su testimonio por razones no epistémicas. Fricker (2017: 50) cita una serie de ejemplos históricos de prejuicios a todas luces relevantes para el contexto del juicio de credibilidad, como la idea de que las mujeres son irracionales, los negros inferiores a los blancos desde el punto de vista intelectual, las clases trabajadoras moralmente inferiores a las clases altas, los judíos taimados, los asiáticos ladinos, etcétera. Todos estos prejuicios pueden tener una importancia en el juicio de credibilidad generando, a su vez, una injusticia epistémica.

El posible déficit probatorio cualitativo en estos tipos de casos lleva a que en la práctica se esté aplicando una suerte de «presunción de consentimiento» de la mujer, sobre la base de aplicación de ciertos estereo-

71 Amossy y Herschberg (2001: 51), quienes vinculan la utilización de estereotipos con una función de cognición.

tipos o máximas de la experiencia. Por ejemplo, ni que la mujer se quede en el lugar en que ha sido violada o el hecho de tener contacto físico no violento con posterioridad al acceso son circunstancias que en sí mismas son indicativas de un consentimiento en el acto sexual que, en todo caso, ha de ser actual.

En Chile, por ejemplo, la jurisprudencia ha sostenido que «desde las máximas de la experiencia, complementarias, en cuanto a quien repele una agresión sexual empleando resistencia física, simultáneamente procede a pedir socorro». De igual modo, «desde la perspectiva de las máximas de la experiencia, se echa de menos una actitud física de resistencia de la denunciante».⁷²

Por ejemplo se ha afirmado por la jurisprudencia que quedarse en el lugar de la violación, desestimando «regresar de inmediato a su hogar — donde le esperaba el hombre con quien pensaba casarse en septiembre junto a su pequeño hijo— para ir con el joven ‘respetuoso y pasivo’ con quien había bailado» son «expresiones todas que crean dudas también razonables acerca de la previsión y posterior trascendencia de una real presión psicológica para someter a la ofendida, de esta precisa manera, al pleno arbitrio sexual del imputado».⁷³ La forma más adecuada para romper la aplicación de estos estereotipos de géneros es, precisamente, sobre la base de la confrontación de las bases epistémicas de estos criterios que, además de constituir criterios disvaliosos basados en contenidos morales (Fletcher, 1997: 154 y ss.) presentan una débil justificación desde el punto de vista de las inferencias probatorias. Y esto es lo que puede estar específicamente sucediendo en el caso de las mujeres que alguna violación versus la tesis del acceso carnal consentido de hechor.

Por su parte, la Corte de San Miguel ha señalado:

La Corte considera propicio dejar expresado que, en razón de la naturaleza de los delitos materia de la litis, así como las circunstancias — creadas o escogidas por el ejecutor— de clandestinidad y sigilo en que suelen perpetrarse, cobra especial importancia prestar atención a los criterios que son útiles a la evaluación de credibilidad de los relatos que

⁷² Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 15 de octubre de 2014, RIT 65-2014.

⁷³ Sala única del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Coihaique, de 29 de agosto de 2004. Este caso, además, cuenta con informe de admisibilidad por parte del la Comisión Interamericana de Derechos humanos 115/12.

sirven al establecimiento de aquellos. Se trata, entre otros parámetros, del análisis de la coherencia del relato —una incriminación sostenida o invariable en el tiempo, carente de contradicciones—; verosimilitud por la contextualización con detalles, principales o superfluos, del entorno en que ocurrieron —espacio-temporales o de otro tipo—; algún grado de corroboración en otro(s) antecedente(s) de la causa; y la ausencia de una ganancia secundaria a la imputación. Así, habida cuenta de que en los delitos sexuales con frecuencia la prueba predominante está constituida por la declaración de la persona ofendida, la convicción del juzgador puede igualmente alcanzarse y devenir en una decisión de condena si es que es revisada conforme a los criterios antes referidos y logra superar el estándar de la duda razonable normado en el artículo 340 del Código Procesal Penal. Pues bien, volviendo sobre lo expuesto en los motivos cuarto y quinto de esta resolución, en los que aparece reseñado el camino por el que discurrió el razonamiento del tribunal *a quo*, se hace manifiesto el recurso a pautas como las que se vienen comentando, las que aun cuando no se explicitan de un modo doctrinario, sí están visiblemente recogidas al relevarse la persistencia de las versiones de las denunciadas y su verosimilitud; la corroboración en circunstancias objetivas y subjetivas, principales, auxiliares o periféricas, extraídas de otros elementos de la prueba; y sin que se hubiese vislumbrado algún factor de ganancia secundaria.⁷⁴

La dificultad probatoria de este tipo de casos, y la inconveniente aplicación de estereotipos que perjudican a la mujer, ha llevado que la legislación inglesa, por ejemplo, recogiera en la sección 75, The Sexual Offences Act, 2003 reglas que configuran una presunción de «no consentimiento» en los casos que el autor haya realizado y le conste haber ejecutado un acto relevante con la concurrencia de cualquiera de las circunstancias especificadas en la subsección 2 de la sección 75. Esto es, a título ejemplar: fuerza, intimidación, privación de libertad, inconciencia, incapacidad física de la víctima, que cualquier persona haya suministrado a la víctima sin su consentimiento alguna sustancia que le haya hecho consentir en el acto. Por su parte, la sección 76 de The Sexual Offences Act contiene reglas referidas a presunciones concluyentes de no consentimiento en los casos de que la víctima haya ejecutado un acto relevante bajo engaño o inducida acerca de la identidad del autor ante lo

74 Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 19 de julio de 2021, rol 1723-2021, considerando décimosexto.

cual se presumirá: a) que la víctima no consintió en el acto pertinente y b) que el acusado no creía que la víctima hubiera dado su consentimiento al acto pertinente.

Desde el punto de vista probatorio una solución por la vía de presunciones de «no consentimiento» como las contenidas en el The Sexual Offences Act puede iluminar la discusión al respecto en Chile más allá de presentarse como una solución de *lege ferenda*. En primer lugar, por la posible base epistémica de dichas reglas que eventualmente podrían ser consideradas máximas de experiencia. En segundo lugar, porque la utilización de presunciones probatorias abre una serie de interrogantes acerca de qué estándar de prueba debe satisfacer su prueba en contrario; en este caso, el consentimiento (estándar de la duda razonable o prevalencia de la evidencia)

Los casos de prueba de ausencia de consentimiento en los casos de violación son importantes, especialmente, en lo que dice relación con la modalidad de intimidación de la violación, precisamente, porque la principal prueba de cargo será el testimonio de la víctima por falta de vestigios materiales de la fuerza física. Por otro lado, el sujeto pasivo es una persona adulta, que presenta, como fuente epistémica, consideraciones cognitivas y morales diversas a las que pueden observarse en el testimonio de menores de edad. Por ejemplo, es restrictiva la aceptación de peritajes de credibilidad de la mujer, precisamente por la falibilidad que en la materia (a diferencia que en el caso de menores) presentan los avances de la psicología del testimonio.

En otro sentido, la prueba de la ausencia de consentimiento, desde el punto de vista de los enunciados fácticos, puede ser considerado un hecho negativo con todas las complejidades probatorias lleva aparejado. En efecto, el testimonio de la víctima será importante para acreditar o no un elemento negativo del tipo.

En relación con la aplicación de la perspectiva de género en estos casos, esta no sirve por sí sola para dar por probados hechos como se ha ver de una manera bastante simplista por algunos litigantes. Dicha perspectiva, a mi parecer, nos ayuda a esclarecer, con mayor precisión, el contexto donde una determinada prueba tiene una significación epistémica que, de no mediar dicha perspectiva, arrojaría resultados erróneos.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rechazando un recurso de nulidad penal entablado por la defensa, ha señalado:

En consecuencia, los hechos establecidos no se basan en la perspectiva de género, sino que esta se usó para evaluar las calificaciones personales que hicieron algunas testigos verbalmente o por mensaje de texto respecto de la conducta de la víctima y la afirmación y teoría de la defensa, en orden a que medió consentimiento, tanto en los considerandos ya citados como en el duodécimo.⁷⁵

Di Corleto señala que en este caso la credibilidad de la víctima puede ser evaluada teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, integridad de la percepción, la memoria medida en su contexto, la coherencia interna de la narración, así como también los factores de presión internos o externos a los que pueda estar sometida la agredida. En todo caso —continúa la autora y concordamos con ella— el contenido del estudio sobre el testimonio de la víctima debe estar despojado de una mirada estereotipada (2019: 300).

Contrariamente a lo que se pudiera pensar, los diversos instrumentos internacionales que protegen los derechos de la mujer no son una fuente ni para otorgar un valor probatorio a ciertos medios de prueba ni para establecer estándares de prueba diferenciados en estos casos. Ni uno ni otro es aceptable desde el punto de vista de la racionalidad probatoria. De hecho, tampoco es la rebaja de exigencias probatorias en estos casos una buena estrategia para revertir la discriminación de género (Di Corleto, 2019: 304). Tanto una teoría racionalista de la prueba de corte epistemológico como un abordaje de la cuestión desde el punto de vista del derecho de igualdad, abogan por la erradicación de la utilización de estereotipos de género en la valoración probatoria. No se busca en estos casos generar una ventaja para la mujeres víctimas sino una obtención de una decisión justa basada en un procedimiento que no repela la posibilidad de que la declaración de la víctima sea creíble por un equívoco entendimiento de la corroboración —quizás— fomentado por una visión masculinizada de la justicia, que atribuya de entrada subestimaciones de la credibilidad de la mujer basadas en consideraciones de género.

Si somos coherentes y logramos una erradicación de sesgos y estereotipos de género respecto de la credibilidad de la mujer, veremos que normativamente, si ella satisface atributos de credibilidad basados en criterios epistémicos, no existe impedimento normativo ni epistémico

⁷⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, 15 de febrero de 2022, rol 25-2022, considerando cuarto.

alguno para la satisfacción del estándar de la duda razonable. Ninguna exigencia normativa que respete el principio de libertad probatorio puede establecer implícitamente condiciones de un sistema de prueba legal o tasada como la existencia de dos o más medios de prueba. Ahora, desde el punto de vista práctico, en una gran cantidad de casos no hablamos en puridad de «un testimonio único», pues generalmente estará acompañado de otras informaciones provenientes de otros medios de prueba o de la misma declaración. Por ello se dice que, aún en estos casos y dando cabida a una cierta versión amplia de la corroboración, no se pone en duda la presunción de inocencia al existir más de un antecedente (Di Corleto, 2019: 304).

Corroboración en un sentido amplio o presencia de informaciones convergentes

El proceso penal es un lugar donde se articula la protección de diversos intereses, todos socialmente valiosos. No se trata simplemente de una articulación de intereses bifronte, pues ya vimos que la víctima ocupa un estatus procesal bastante llamativo.

Ahora, la perspectiva de género en la valoración probatoria no puede ser entendida como una variable que implique una presunción de veracidad de la mujer o un principio pro mujer. Pero tampoco ello significa, como afirmaba anteriormente, que la perspectiva de género no ocupe ningún rol en la valoración probatoria; por el contrario. La perspectiva de género nos debe llevar a estar atentos para identificar la aplicación de sesgos y estereotipos de género, que suelen colarse a través de máximas de experiencia o narraciones de los hechos. Es decir, la aplicación de la perspectiva de género al razonamiento probatorio, en definitiva, refuerza o nos acerca de mejor medida a la verdad de los hechos cuando una mujer da su testimonio y a la vez es víctima.

Atendiendo a la garantía de la presunción de inocencia que se proyecta en el estándar de la duda razonable, es que gran parte de la doctrina y jurisprudencia tienden a aplicar el criterio de corroboración para fundar una condena basada en el testimonio de la víctima más allá de toda duda razonable.

Por ejemplo, en los casos aludidos, Ramírez (2019: 122) señala el testimonio de la víctima es insuficiente por sí solo para fundar la condena, siendo necesario completar el medio de prueba con información prove-

niente de otras fuentes. Pareciere que nunca podría ser posible despejar la duda razonable cuando solo tenemos el testimonio y de la víctima que señala que hubo violación y el testimonio del autor que indica que el acceso carnal fue consentido sin otras pruebas que corroboren los dichos de la víctima. Y ello presenta una correlación con la potencia normativa del principio de presunción de inocencia que queda subsistente cuando no se ha logrado despejar las debilidades de la prueba de la acusación. Ramírez señala que cuando los tribunales admiten la condena basada en el testimonio de la víctima, cuando este no es corroborado, con ello se produce un impacto a la baja en la calidad epistemológica del proceso (Ramírez, 2019: 155).

Según el mismo autor, la corroboración considera la fiabilidad del testimonio desde una óptica externa, tomando los datos objetivos verificables que le prestan apoyo (Ramírez, 2019: 158). En los casos de testimonios únicos, pudiéndose solo controlar la coherencia interna del relato, no es posible verificar la falsedad de dicho relato, por lo que acabaríamos recurriendo a un juicio subjetivo de credibilidad sobre la persona del testigo. Así, siguiendo al mismo autor, la corroboración introduce un conveniente elemento de prevención de la arbitrariedad y del error judicial en la apreciación de las pruebas al anclar esta última en el terreno de lo objetivable y, por tanto, de lo controlable (Ramírez, 2019: 159).

Ahora, nuestro ordenamiento jurídico, a mi modo de ver, impide tomar una postura contraria *ab initio* al rechazar las condenas basadas en el testimonio de la víctima por falta de credibilidad. Ya explicaré las razones epistémicas. En este sentido, desde el punto de vista de motivación, las y los jueces deben explicitar y dar razones acerca de la falta de fiabilidad del testimonio, en concreto y desde una perspectiva atomista, pues así lo exige el Código Procesal Penal. Así lo ha advertido, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Chillán:

Como se advierte en la sentencia recurrida la señora jueza *a quo* efectivamente incurrió en una valoración insuficiente de la prueba de cargo, pues aseveró que la única prueba directa existente en el proceso es la declaración de la víctima, en tanto que la declaración de los funcionarios aprehensores no tuvo la fuerza suficiente para acreditar el hecho imputado —al acusado—, pues los carabineros intervinieron después de ocurrido el hecho tomando el procedimiento de rigor. Lo cierto es que en el proceso de valoración de la prueba recién descrita la señora magistrada

no señaló en la forma establecida por la ley y con la rigurosidad exigible, las razones que la llevaron a concluir la insuficiencia de la prueba de cargo, todo ello al tenor de lo dispuesto en el artículo 342 letra c) en relación al 297 ambos del Código Procesal Penal, toda vez que si bien indicó los medios de prueba aportados por la Fiscalía y además señaló, que ellos no tenían aptitud suficiente, para tener por acreditado el hecho materia de la acusación y la participación en él del imputado, más allá de toda duda razonable, no explicitó los fundamentos de su decisión con la acuciosidad exigida legalmente o en los términos del artículo 297 del Código Procesal Penal; la fundamentación probatoria contenida en el fallo no resulta extremadamente sucinta sino que aparece realizada sin satisfacer las exigencias dispuestas por el legislador. Conforme con lo que se ha venido razonando, la Corte es de criterio que efectivamente la sentencia impugnada se extendió infringiendo lo dispuesto en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal en relación con el 297 del mismo código, por lo que corresponde estimar concurrente la causal de nulidad esbozada con carácter principal, contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, por cuanto no contiene una valoración completa de los medios de prueba aportados por el persecutor. En atención a lo dicho se omitirá pronunciamiento con relación a la causal subsidiaria invocada por la recurrente, por inoficioso.⁷⁶

Para mí, puede ser complejo situar la solución de la problemática en el ámbito de la aplicación del criterio de la corroboración. En primer lugar, porque con él se pierde la fisonomía de los casos cuya complejidad precisamente está en la escasez probatoria donde la corroboración planteada en los términos de Ramírez no se da en todos los casos. De hecho, como veíamos en apartados precedentes, la máxima «mientras más pruebas es mejor» también puede ser epistémicamente cuestionada. En efecto, la corroboración en estos términos tampoco nos blinda del todo de los posibles errores, de momento que la víctima y un testigo pueden ponerse de acuerdo y generar una «corroboración» de una mentira. En otro sentido, cuando entrar en juego dos o más medios de prueba el examen de credibilidad de los medios de prueba se duplica, por lo que la debilidad de uno puede impactar en el valor probatorio del medio de prueba originario. Es decir, es palabras más sencillas, con dos o más medios de prueba en casos tan complejos de como estos se duplican los

⁷⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, 01 de octubre de 2021, rol 291-2021, considerandos séptimo y octavo.

riesgos de cometer errores en la valoración de la credibilidad del medio de prueba.

Los problemas del criterio de corroboración no son solo atribuibles a dicha formulación conceptual, sino también a sus presupuestos o condiciones que parecen ser asumidos: la existencia de dos medios de prueba. Lo que quiero decir es que el concepto de corroboración como criterio aplicable a estos casos es ambiguo, precisamente porque no existe claridad en cómo se articula con la noción medio y/o fuente de prueba. Si en el juicio declara Inés afirmando que Pedro la violó y, a su vez, este señala que fue un acceso carnal consentido, donde la fuerza empleada es compatible con la relación sexual, y también en el mismo juicio declaran los policías Fernando y Juan quienes tomaron declaración a la víctima en el lugar de los hechos luego de apersonar a petición de la misma víctima, ¿puede considerarse el testimonio de Inés corroborado? Ahora, en el mismo caso, supongamos que solo tenemos el testimonio de Inés y el dictamen de un perito psicólogo que señala que Inés presenta sintomatología postraumática compatible con una agresión sexual. ¿Se halla el testimonio de Inés corroborado atendido que el dictamen psicológico se basa en los mismos dichos de la víctima?

Todo esto cuestionamientos hacen dudar que el criterio de la corroboración sea adecuado en cuanto exigencia de dos o más medios de prueba que apoyen o corroboren lo que dice la víctima. La pregunta que debiésemos hacernos es si es posible que el hecho sucediere pese a que solo contemos con el testimonio de la víctima no corroborado. A mi juicio la respuesta es positiva y, en un caso como este, debiésemos poder condenar más allá de toda duda razonable. Es decir, la presunción de inocencia del imputado no puede transformarse, en su contracara, en una presunción de falsedad de los dichos de la víctima, quien puede prestar un testimonio creíble como cualquier otro. Las posibles presunciones de ánimo ganancial o de voluntad de condena responden, en su mayoría de casos, a la aplicación de sesgos y estereotipos en contra de la víctima. Es posible pensar en situaciones donde a la víctima le importa que se reconozca el hecho, pero no así la condena efectiva del imputado. De otro lado, la exigencia de corroboración en un sentido estricto atenta contra la libertad de apreciación de los medios de prueba y acerca la cuestión a las derogadas reglas de prueba legal en el ámbito penal.

Creo que más que fijarnos en testimonios corroborados por otros medios de prueba debiésemos pensar en la presencia de informaciones

convergentes, aún cuando ellas deriven de un mismo medio de prueba. La psicología ha avanzado un montón en estos casos y, en muchas ocasiones, elementos del mismo relato dan cuenta de que solo una persona que haya sufrido el hecho puede conocer de ellos. Por ejemplo, la sintomatología postraumática puede ser una información convergente con la declaración de la víctima, o la develación tardía de un abuso sexual sufrido en la infancia. Lo mismo puede afirmar de ciertos «detalles» presentes en la narración de la víctima que solo tienen sentido de ser registrados en la memoria para una persona con las características de la víctima que se haya expuesto al delito como víctima.

Creo que el concepto de informaciones convergentes es mucho más preciso que el de corroboración y, además, es completamente compatible con la verdad de los hechos y la evitación de impunidad de muchos de estos casos de escasez probatoria. Pero claro, es un concepto complejo que amerita un mayor desarrollo.

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado:

En atención a los cuestionamientos de la defensa, en relación a la suficiencia de la prueba, cabe precisar, que la declaración de la víctima pareció creíble y su relato plausible en cuanto al haber vivenciado múltiples agresiones en la esfera de la sexualidad. En este orden de ideas, para que lo declarado por la única persona que sufrió los hechos ilícitos soporte una sentencia condenatoria, es menester que como ocurre en la especie, el testimonio ofrezca garantía de conocimiento y veracidad tal que sea capaz de convencer con sus dichos, tal convencimiento se logra en este caso ya que se hizo evidente que la víctima, entrega un testimonio coherente e hilvanado que sometido al tamiz de la sana crítica o persuasión racional ofrece al Tribunal credibilidad, porque con elocuencia describió los hechos y señaló al autor de la agresión. La anterior evaluación de la declaración del ofendida, elimina cualquiera de los cuestionamientos que trató de introducir la defensa, en tanto aquí no hay ninguna señal que permita colegir su carácter de inverosímil, porque tampoco se expuso, con criterio razonado y perceptible que la testigo se haya inventado una historia para perjudicar intereses ajenos, ni la existencia de ganancias para la víctima derivadas de la imputación. *Por otro lado no debe perderse de vista, que la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de*

intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia de su relato con la verdad de lo acontecido, en aras de arribar al estado de certeza, en relación a lo cual cabe reiterar una vez más que la víctima entregó un relato claro, y no se advierte en ella ninguna alteración de sus facultades que le hubiere impedido prestar debida atención al momento del suceso, por el contrario la *coherencia y verosimilitud de su relato* unido a la ausencia de interés deliberado en perjudicar al procesado, han resultado plenamente convincentes para el tribunal. Por lo visto esa situación que señala la defensa, ya fue ponderada y valorada por el tribunal *a quo*, lo que hace descartar que con esa situación se pudiere configurar la causal de nulidad en cuestión.⁷⁷

⁷⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de febrero de 2022, rol 5238-2021, considerando octavo. Las cursivas son nuestras.

Referencias

- Abel Lluch, Xavier (2015). *Las reglas de la sana crítica*. Madrid: La ley.
- Accatino, Daniela (2014). «Atomismo y holismo en la justificación probatoria». *Isonomía*, (40): 17-59.
- Aísa, Diego (1997). *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*. Zaragoza: Prensa Universitaria de Zaragoza.
- Aguayo, Pablo (2011). «La teoría de la abducción de Pierce: lógica, metodología e instinto». *Ideas y Valores*, 60 (145): 33-53.
- Alvarado, Agustina (2014). «El control de la resolución motivada que autoriza una interceptación telefónica en Chile y duración de la medida». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 43: 421-464
- Allen, Ronald (1986). «Reconceptualization of civil trials». *Boston University Law Review*, 66 (3): 401-438
- . (1994). «Factual Ambiguity and Theory of Evidence». *Northwestern University Law Review*, 88 (2): 604-640.
- Allen, Ronald y Michael Pardo (2007). «The problematic value of mathematical models of evidence». *Journal of Legal Studies*, 36 (1): 107-140.
- Amossy, Ruth y Anne Herschberg (2001). *Estereotipos y clichés*. Traducción de Lelia Gándara. Buenos Aires: Eudeba.
- Anderson, Terence, David Schum y William Twining (2015). *Análisis de la prueba*. Traducción de Flavia Carbonell y Claudio Agüero, Madrid: Marcial Pons.
- Andrés, Perfecto (1992). «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal». *Doxa*, 12: 257-299.
- . (2015). *Tercero en discordia*. Madrid: Trotta.
- Araya Novoa, Marcela (2020). «Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal». *Revista de Estudios de la Justicia*, 32: 35-69.
- Armenta, Teresa (2011). *La prueba ilícita*. 2º edición. Madrid: Marcial Pons.

- . (2013). *Lecciones de Derecho procesal penal*. 7ª edición. Madrid: Marcial Pons.
- . (2019). *Lecciones de derecho procesal civil*, 12º edición. Madrid: Marcial Pons.
- Artieta, Isabel y María José González (2009). «El razonamiento probabilístico». En María José González Labra, *Introducción a la psicología del pensamiento*. 6º edición. Madrid: Trotta.
- Atienza, Manuel (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Barsalou, Lawrence (1993). «Structure, Flexibility and Linguistic Vagary in Concepts: Manifestations of a Compositional System of Perceptual System». En Alan Collins, Susan Gathercole, Martin Conway y Peter Morris (editores), *Theories of memory*. London: Lawrence Erlbaum.
- Beltrán, Ramón (2021). «Las máximas de la experiencia y su reconstrucción conceptual y argumentativa en sede jurisdiccional». *Ius et praxis*, 27 (2), 136-155.
- Benfeld, Johan (2013). «Los orígenes del concepto de sana crítica». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 35: 569-585. DOI: [10.4067/S0716-54552013000100018](https://doi.org/10.4067/S0716-54552013000100018)
- Benfeld, Johan (2018). «La sana crítica y el olvido de las reglas de la sana crítica». *Revista de Derecho* (Valdivia), 31 (1): 301-325. DOI: [10.4067/S0718-09502018000100303](https://doi.org/10.4067/S0718-09502018000100303).
- Bentham, Jeremy (1843). *The work of Jeremy Bentham*. Vol.VI. Londres: Marshall & Co.
- . (2001). *Tratado de las pruebas judiciales*. Traducción de Manuel Osorio. Granada: Comares.
- Bex, Floris (2011). *Arguments, Stories and Criminal Evidence*. Nueva York: Springer.
- Binder, Alberto (1999). *Introducción al Derecho procesal penal*. 2º edición. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Bibas, Stephanos (2012). *The Machinery of Criminal Justice*. Nueva York: Oxford University Press.
- Bonet, José (2019). *Litigación y teoría de la prueba*. Madrid: Tecnos.
- Bordalí, Andrés (2011). «La acción penal y la víctima en el derecho chileno». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 37: 513-545.
- Burgess-Jackson, Keith. (1986). «An epistemic approach to legal relevance». *Saint Mary's Law Journal*, 18 (2): 463-480.

- Bravo-Hurtado, Pablo (2013). «Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: Hacia la facilidad probatoria en Chile». *Revista Chilena de Derecho privado*, 21: 13-46.
- Cafferata Nores, José (1998). *La prueba en el proceso penal*, 3ª edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Calamandrei, Piero (1962). *Derecho procesal civil. Estudios sobre el proceso civil*. Tomo 3. Traducción por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Calamandrei, Piero (1933). «Para la definición del hecho notorio». *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, 4: 557 -590.
- Carnap, Rudolf (1962): *Logical foundations of probability*. Londres: The University of Chicago Press.
- Carretero, Mario y Mikel Asensio (2010). «Introducción». En Mario Carretero y Mikel Asensio (coordinadores), *Psicología del pensamiento. Teorías y prácticas*. 2ª edición. Madrid: Alianza.
- Carretero, Mario (2010). «El desarrollo del razonamiento y el pensamiento formal». En Mario Carretero y Mikel Asensio (coordinadores), *Psicología del pensamiento. Teorías y prácticas*. 2ª edición. Madrid: Alianza.
- Carreras, Jorge (1962). «Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones». En Jorge Carreras y Miguel Fenech, *Estudios de derecho procesal*. Barcelona: Bosch.
- Carocca, Alex (2000). «Etapa intermedia o de preparación del juicio oral en el nuevo proceso penal chileno». En Alex Carocca y otros, *Nuevo proceso penal*. Santiago: Conosur.
- Castro, Javier (2006). *Introducción al Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Lexis Nexis.
- Castro, Ivonne (2017). *Pericia psicológica en la detección del maltrato infantil*. Santiago: Hammurabi.
- . (2019). *Manual del sistema de justicia penal*. 3ª edición. Santiago: Librotecnia.
- Ceacero, Jacinto y María José González Labra (2009). «El razonamiento analógico como solución de problemas» En María José González Labra, *Introducción a la psicología del pensamiento*. 6ª edición. Madrid: Trotta.
- Cohen, L. Jonathan (1986). «The role of evidential weight in criminal proof». *Boston University Law Review*, 66: 635-649.

- Coloma, Rodrigo (2012). «¿Realmente importa la sana crítica?», *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3): 753-781.
- Condemarín, Patricia y Greter Macurán (2005). *Peritajes psicológicos sobre los delitos sexuales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- . (2000). *Procedimiento pena*. Tomo 2. Traducción de Jorge Guerro. Bogotá: Temis.
- . (2006). *Procedura penal*. 8° edición. Milano: Giuffrè.
- Corral, Nilda y Mikel Asensio (2010). «Modelos mentales: una aproximación semántica al razonamiento» en Mario Carretero y Mikel Asensio (coordinadores), *Psicología del pensamiento. Teorías y prácticas*. 2° edición Madrid: Alianza.
- Cortés-Monroy, Jorge (2018). «La valoración negativa como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral». *Ius et Praxis*, 24 (1): 661-692.
- Couture, Eduardo (2021). *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4° edición. Buenos Aires: B de F.
- Cook, Rebecca y Simone Cusack (2010). *Gender Stereotyping*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.
- Chávez, Nicolle (2018). «Entrevista Nancy Yáñez sobre el caso Gabriela Blas». *Anuario de Derechos Humanos*, 14: 211-221.
- Cheng, Patricia W. y Keith J. Holyoak (1985). «Pragmatic reasoning schemas». *Cognitive Psychology*, 17 (4): 391-416.
- Clermont, Kevin (1987). «Procedure's Magical Number Three: Psychological Bases for Standards of Decision». *Cornell Law Faculty Publications*, 266: 1.115-1.156.
- . (2019). «Staying faithful to the standards of proof». *Cornell Law Review*, 104 (6): 1.457-1.512.
- . (2015). *El derecho probatorio a la deriva*. Traducción de Joan Picó. Madrid: Marcial Pons.
- Denbeaux, Mark y D. Michael Risinger (2003). «Kumho Tire and Expert Reliability: How the Question You Ask Gives the Answer You Get». *Seton Hall Law Review*, 34 (1): 15-75.
- Devis Echandía, Hernando (1970). *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo 1. Buenos Aires: Víctor de Zavalía editor.
- Diges, Margarita (2016). *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*. Madrid: Trotta.
- Di Corleto, Julieta (2019). «Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género». En

- Julieta Di Corleto (Compiladora), *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.
- Duce, Mauricio (2010). «Admisibilidad de la prueba pericial en juicio orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional». En Daniela Accatino, (coordinadora), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago: Legalpublishing.
- Duce, Mauricio (2017). *La prueba pericial*. Buenos Aires: Didot.
- Dwyer, Déirdre (2008). *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Einstein, Albert (1936). «Physics and reality». *Journal of the Franklin Institute*, 221 (3): 349-382.
- Ellison, Louise (2002). *The Adversarial Process and the Vulnerable Witness*. Oxford: Oxford University Press.
- Estes, William (1994). *Classification and Cognition*. Oxford: Oxford University Press).
- Fernández, Mercedes (2007). «La valoración de las prueba personales y el estándar de la duda razonable». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 15: 1-15.
- Ferrajoli, Luigi (2011). *Derecho y Razón*. Traducción de Andrés Perfecto y otros. 10° edición castellana. Madrid: Trotta.
- Ferrer, Jordi (2005). *Prueba y verdad en el Derecho*. 2° edición. Madrid: Marcial Pons.
- . (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- . (2010). «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana». En Daniela Accatino (coordinadora), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago: Legalpublishing.
- . (2019). «La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario». En Jordi Nieva, Jordi Ferrer y Leandro Giannini, *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Finkelstein, Michael y William Fairley (1970). «A bayesian approach to identification evidence». *Harvard Law Review*, 83 (3): 489-517.
- Fletcher, George (1997). *Las víctimas ante el jurado*. Traducción Juan Molina y Antonio Muñoz. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fletcher, George y Steve Sheppard (2005). *American law in a global context*. Oxford: Oxford University Press.
- Fricker, Miranda (2017). *Injusticia Epistémica*. Traducción de Ricardo García Pérez. Barcelona: Herder.

- Gardner, John (2012). *Ofensas y defensa*. Traducción de Laura Manríquez y José Milton Paralta. Madrid: Marcial Pons.
- Gabucio, Fernando (2005). «Las múltiples dimensiones del pensar», en: Fernando Gabucio (coordinador), *Psicología del pensamiento*. Barcelona: UOC.
- García Amado, Juan (2014). «Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en el derecho». En Juan García Amado y Pablo Bonorino (coordinadores) *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho*. Granada: Comares.
- Gardner, Thomas y Terry Anderson (2013). *Criminal Evidence*. Wadsworth: Cengage Learning.
- Garzón, Adela (1994). «La sala de justicia y los jurados. Perspectiva psicológica». *Boletín de Psicología*, (44): 27-56.
- Garnham, Alan y Jane Oakhill (1996). *Manual de psicología del pensamiento*. Barcelona: Paidós.
- Gascón, Marina (2010). *Los hechos en el derecho*. 3º edición. Madrid: Marcial Pons.
- . (2013). «Prueba científica. Un mapa de retos» en Carmen Vázquez (editora) *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons)
- . (2014). «¿Lógica del descubrimiento para la prueba?», en Juan García Amado y Pablo Bonorino (coordinadores) *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho*. Granada: Comares.
- Gilligan, Carol (1982). *In a different voice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Giannini, Humberto (2005). *Breve historia de la filosofía*. Santiago: Catalonia.
- Gimeno Sendra, Vicente (2008). *Manual de Derecho procesal penal*. Madrid: Colex.
- Goldschmidt, James (1936). *Derecho procesal civil*. Traducción de Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Editorial Labor.
- González, Joel (2006). «La fundamentación de las sentencias y la sana crítica», *Revista Chilena de Derecho*, 33 (1): 93-107.
- González Labra, María José (2009). *Introducción a la psicología del pensamiento*, 6º edición. Madrid: Trotta.
- González Lagier, Daniel (2003). *Hechos y argumentos II. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*. *Jueces para la democracia*, (47): 35-51.

- González Lagier, Daniel (2013). *Questio facti*. México D.F: Fontamara.
- . (2014). «Presunción de inocencia y objetividad». En Juan García Amado y Pablo Bonorino (coordinadores) *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho*. Granada: Comares.
- Goodman, Gail y Rebecca Reed (1986). «Age differences in eyewitness testimony». *Law and Human Behavior*, (10): 317-332.
- Göbel, Klaus (2013). *Strafprozess. 8 Auflage*. Múnich: C.H. Beck.
- Guzmán Brito, Alejandro (2017). *La fijación y la codificación del derecho en occidente*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Haack, Susan (1999). «Defending science-within reason». *Principia*, 3 (2): 187-211.
- . (2003). «Truth, truth, “Truth”, and “Truths in the Law”». *Harvard Journal of Law and Public Policy*, (26):17-21.
- . (2004). «Epistemology legalized: or, Truth, Justice, and the american way» *The American Journal of Jurisprudence*, (49): 43-62.
- . (2008a). «Of Truth, in Science and in Law» *Brooklyn Law Review*, 73 (3): 985-1008.
- . (2008b). «Proving causation: The holism of Warrant and the Atomism of Daubert». *Journal of Health and Biomedical Law*, 4 (2): 253-289.
- . (2010). «Federal Philosophy of science: A deconstruction and a reconstruction» *New York University Journal of Law and Liberty*, 5 (2): 394-435.
- . (2014). «Trial and error: two confusions in Daubert». En Susan Haack, *Evidence matters*. Nueva York: Cambridge University Press.
- . (2020a). «Epistemología juridificada: o la verdad, la justicia y la forma estadounidense». En Susan Haack, *Filosofía del derecho y de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- . (2020b). «Prueba y error: La filosofía de la ciencia de la Corte Suprema estadounidense». En Susan Haack, *Filosofía del derecho y de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Hand, Learned (1901). «Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony». *Harvard Law Review*, (15): 40-58.
- Hart, Herbert L.A (1961). *El concepto de Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hernández, Héctor (2010). «Pertinencia como garantía: prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba». En Daniela

- Accatino (coordinadora), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago: Legalpublishing.
- Hess, Burkhard y Othmar Jauernig (2015). *Manual de derecho procesal civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Ho, Hock Lai (2008). *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hohfeld, Wesley Newcomb (1913). «Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning». *Yale Law Journal*, 23 (1): 16-59.
- Hohfeld, Wenseley (1923). *Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*. New Haven CT: Yale University Press.
- Hopp, Cecilia (2019): «Buena madre, buena esposa, buena mujer: abstracciones y estereotipos en la imputación penal». En Julieta Di Corleto (Compiladora) *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.
- Horvitz, María Inés y Julián López (2004). *Derecho procesal penal chileno*, Tomo 2. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Igartua, Juan (1995). *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- . (2003). *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . (2013). *La «sucinta explicación» en el veredicto del jurado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Iacobello, Francesco (1997). *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè.
- Inhelder, Barbel y Jean Piaget (1996). *De la lógica del niño a la lógica del adolescente*. Traducción de María Cevasco. Barcelona: Paidós.
- Ingram, Jefferson (2012). *Criminal Evidence*, 11ª Edición. Waltham: Elsevier.
- Jackson, John (1996). «Analysing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence». *Oxford Journal of Legal Studies*. 16 (2): 309-328.
- Jackson, John y Sarah Summer (2012). *The Internationalizations of Criminal evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jauchen, Eduardo (2006). *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Jiménez, Florencio (1994). «Psicología y Derecho: Posibilidades y realidades». En Francisco Labrador (director). *Aportaciones de la Psicología al ámbito jurídico, Cuadernos de Derecho judicial*. Madrid: Consejo General del poder judicial.

- Jiménez, Cristina y Alonso C. Martín (2006). «Valoración del testimonio en abuso sexual infantil». *Cuadernos de medicina forense*, 12 (43-44): 83-102.
- Jiménez, Carmelo (2009) «La utilidad de las máximas de la experiencia en la Apelación penal». *La Ley penal*, 64: 3.
- Johnson-Laird, Philip (1987). *Mental Models*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Johnson-Laird, Philip (1994). «Mental models and probabilistic thinking». *Cognition*, 50 (1-3): 189-209.
- Kaplan, John (1967). «Decision Theory and the Factfinding Process». *Stanford Law Review*. (20): 1.065-1.093.
- Keane, Mark (1990) «Incremental analogizing: Theory and model». En Kenneth J. Gilhooly, M.T.G. Keane, Robert H. Logie, y G. Erdos. (editores), *Lines of thinking*, Vol.1. Nueva York: John Wiley & sons.
- Kühne, Hans-Heiner (2015). *Strafprozessrecht. 9. Ausflage*. Heilderberg: C.F. Müller.
- Landsman, Stephan (1990). «From Gilbert to Bentham: The reconceptualization of evidence theory». *Wayne Law Review* 36 (3): 1.149-1.186.
- Laudan, Larry (2006). *Truth, Error, and Criminal Law*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Laudan, Larry (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Traducción de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons.
- Larroucau, Jorge (2012). «Hacia un estándar de prueba civil». *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3): 783-808.
- Larrauri, Elena (1994). «Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal». *Jueces para la democracia*, 23: 22-23.
- . (2008). *Mujeres y sistema penal*. Montevideo: B de F.Lipton, Peter (1998). «The epistemology of testimony». *Studies in the History and Philosophy of Science*, 29 (1): 1-31.
- Lucero, Inés (2011). *El testimonio de niños en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Maccormick, Neil (2009). *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press.
- . (2007). *Institutions of law an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Mackinnon, Catherine (1983). «Feminism, Marxism, method and the state: toward feminist jurisprudence». *Signs*, 8 (2): 635-58.

- Macurán, Greter (2011). *La prueba pericial psicológica en los delitos de abuso sexual infantil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Maturana, Cristian y Raúl Montero (2010). *Derecho procesal penal*, Tomo 2. Santiago: Legal Publishing.
- Maturana, Javier (2014). *Sana crítica*. Santiago: Thomson Reuters.
- Matus, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2017). *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maier, Julio (1996). *Derecho procesal penal*. 2º edición. Tomo 3. Buenos Aires: Del Puerto.
- May, Richard (1999). *Criminal evidence*. Londres: Sweet & Maxwell.
- Myers, John (1994). «Adjudication of child sexual abuse cases». *Future Child* 4 (2): 84-101.
- Marín, Felipe (2010). «La declaración de la parte como medio de prueba». *Ius et Praxis* 16 (1): 125-170
- Manzanero, Antonio (2010). *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Pirámide.
- Manzanero, Antonio y José Luis González (2013). *Avances en psicología del testimonio*. Santiago: Ediciones jurídicas de Santiago.
- Mazzoni, Giuliana (2010). ¿Se puede creer a un testigo? Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta.
- Mittermaier, Karl J.A. (2002). *Pruebas en materia criminal*. Vol. 3. Estado de México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Montero, Juan (1997). *Principios del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- . (2005). *La prueba en el proceso civil*. 4º edición. Navarra: Aranzadi.
- . (2010). *Derecho jurisdiccional*. 10º edición. Tomo 3. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Munday, Roderick (2010). *Cross and Tapper on Evidence*. 13º Edición. Oxford: Oxford University Press.
- Muñoz Sabaté, Lluís (1967). *Técnica probatoria*. Barcelona: Praxis.
- . (1980). «Métodos y elementos para una psicología jurídica». En Muñoz Sabaté, Lluís, Ramón Bayés y Frederic Munné, *Introducción a la psicología jurídica*. México: Trilla.
- . (2016). *La prueba de indicios en el proceso judicial*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Murphy, Peter (2010). «No free lunch, no free proof». *Journal of International Criminal Justice*, 8 (2): 539-574.

- Murphy, Gregory y Douglas Medin (1985). «The Role of Theories in Conceptual Coherence». *Psychological Review*, 92 (3): 289-316.
- Murphy, Erin (2007). «The New Forensics: Criminal Justice, False Certainty, and the Second Generation of Scientific Evidence». *California Law Review* (95): 721-797.
- Murphy, Erin (2008). «Inferences, Arguments, and second generation forensic evidence». *Hasting Law Journal* (59): 1047-1076.
- Ndreu, Dije (2006). «Keeping bad science out of the courtroom: why post-daubert courts are correct in excluding opinions based on animal studies from birth defects cases». *Golden Gate University Law Review*, (36): 459-488.
- Nemeth, Charles (2001). *Law & Evidence*. Nueva Jersey: Prentice Hall.
- Nieva, Jordi (2007). *Enjuiciamiento prima facie*. Barcelona: Atelier.
- . (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- . (2012). *Fundamentos de Derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer, B de F.
- . (2019). «La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida». En Jordi Nieva, Jordi Ferrer, Leandro Giannini, *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Páez, Andrés (2013). «Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia». En Carmen Vázquez (editora), *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.
- Palomo, Diego (2013). «Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?». *Ius et Praxis*. 19 (2): 447-464.
- . (2014). «La fase de prueba». En Andrés Bordalí, Gonzalo Cortez y Diego Palomo, *Proceso civil*. 2º edición. Santiago: Legal Publishing.
- Parra, Jairo (2007). *Manual de derecho probatorio*. 16º edición. Bogotá: Librería ediciones del profesional.
- Pardo, Michael y Roland Allen (2008). «Juridical proof and the best explanations». *Law and Philosophy*, 27 (3): 223-268.
- Peraita, Herminia (2009). «Conceptos y categorización». En María José Gonzalez Labra, *Introducción a la psicología del pensamiento*. 6º edición. Madrid: Trotta.
- Peters, Karl (1985). *Strafprozess*. 4 Auflage. Heilderberg: C.F, Müller Juristischer Verlag.
- Pierce, Charles Sanders (1970). *Deducción, inducción e hipótesis*. Buenos Aires: Aguilar.

- Pollard, Paul (1982). «Human reasoning: Some possible effects of availability». *Cognition*, 12 (1): 65-96.
- Popper, Karl (1982). *Quantum theory and the schism in physics*. London: Hutchinson.
- . (1985). «Natural selection and its scientific status». En David Miller (editor) *Popper selections*. Princeton: Princeton University Press.
- . (2002). *The Logic of Scientific Discovery*. Londres: Routledge.
- . (1972). «Conjetural knowledge». En Karl Popper, *Objective Knowledge*. Oxford: Clarendon Press.
- Posner, Richard (2011). *Cómo deciden los jueces*. Traducción de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons.
- Ragués I Vallés, Ramón (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Ramos Lira, Luciana (2002). «Reflexiones para la comprensión de la salud mental de la mujer maltratada por su pareja íntima». *La ventana*, 2: (16): 130-181.
- Ramírez, José (2019). *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- . (2020). «Testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género». *Quaestio facti*, 1: 201-246.
- Redmayne, Mike (2002). «The relevance of bad character». *The Cambridge Law Journal*, 61 (3): 684-714.
- Rivera, Javiera y Carolina Olea (2007). «Peritajes en víctimas de abuso sexual infantil» *Cuadernos de neuropsicología*, 1 (3): 284-295.
- Rodríguez, Lida (2011). «Hacia una comprensión contemporánea del abuso sexual infantil: Un diálogo necesario entre la Psicología y el Derecho». *Cultura, educación, sociedad*, 2 (1): 149-162.
- Romero Arias, Esteban (1985). *La presunción de inocencia: estudio de algunas de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*. Pamplona: Aranzadi.
- Romero, Aurelia (2000). *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*. Madrid: Cívitas.
- Roxin, Claus (2000). *Derecho procesal penal*. Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: del Puerto.
- Roberts, Paul y Adrian Zuckerman (2010). *Criminal evidence*. Oxford: Oxford University Press.
- Saks, Michael y Spellman, Barbara (2016). *The psychological foundations of Evidence Law*. Nueva York: New York University Press.

- Sancinetti, Marcelo (2013). «Testigo único y principio de la duda». *Indret*, 3: 1-22.
- Schade, Burkhard (2013). «La declaración de niños menores de edad (preescolares) como testigos en caso de supuesto abuso sexual». *Política Criminal*, 8 (16): 600-611.
- Schauer, Frederick (2006). *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Schum, David (1994). *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. Evanston: Northwestern University Press.
- Seelmann, Kurt (2013). «Paradojas de la orientación hacia la víctima en el derecho penal». En Kurt Seelmann, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Sentis Melendo, Santiago (1979). *La prueba*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa América.
- Serra Domínguez, Manuel (1963). *Normas de presunción en el Código civil y ley de arrendamiento urbanos*. Barcelona: Ediciones nauta.
- Silva Melero, Valentin (1963). *La prueba procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Simon, Dan (1999). «A psychological model of judicial decision making». *Rutgers*. (30): 1-142.
- . (2004). «A third view of the black box: Cognitive Coherence in legal decision making», *University of Chicago Law Review* (71): 511-586.
- Soria, Miguel Ángel (1998). *Psicología y práctica jurídica*. Barcelona: Ariel.
- Smart, Carol (1989). *Feminism and the power of Law*. Londres: Routledge.
- Smith, Linda y Diana Heise (1992). «Perceptual Similarity and Conceptual Structure». En Barbara Burns (editora), *Percepts, Concepts and Categories. The Representation and Processing of information. Advances in Psychology 93*. Amsterdam: Elsevier.
- Smith, Kevin y Steve Tilney (2007). *Vulnerable adult and child witnesses* Oxford: Oxford University Press.
- Stein, Friedrich (1999). *El conocimiento privado del juez*. 2º edición. Traducción de Andrés de la Oliva. Bogotá: Temis.
- Stein, Alex (2005). *Foundations of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Stein, Alex (2013): «Con la prueba libre». *Revista de Derecho (Valdivia)*, 36 (2): 245-261.

- Tadros, Víctor (2006): «Rape without consent» *Oxford Journal of legal studies* 26 (3): 515-543.
- Taruffo, Michele (2008): *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer. Madrid: Marcial Pons.
- . (2009a). *La prueba de los hechos*. 3º edición. Traducción de Jordi Ferrer. Madrid: Trotta.
- . (2009b). «Consideraciones sobre las máximas de experiencia». En Michele Taruffo, *Páginas sobre justicia civil*. Traducción de Maximiliano Amburo. Madrid: Marcial Pons.
- . (2010). *Simply la verdad*. Traducción de Daniela Accatino. Madrid: Marcial Pons.
- . (2011). *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova, Madrid: Trotta.
- . (2019). «Casi una introducción». En Jordi Nieva, Jordi Ferrer y Leandro Giannini, *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Tawshunsky, Alan (1983). «Admissibility of Mathematical Evidence in Criminal Trials». *American Criminological Law Review*, 21 (1): 55-79.
- Todorov, Tzvetan (2017). *El espíritu de la Ilustración*. Traducción de Noemí Sobregués. Barcelona: Galaxia Gutemberg.
- Tribe, Lawrence (1972). «Trail by Mathematics: precision and ritual in the legal process». *Harvard Law Review*, 84 (6): 1.329-1.393.
- Thayer, James (1898). *A Preliminary Treatise on Evidence at the common law* Boston: Little, Brown and Company.
- Twining, William (1997). «Freedom of Proof and the Reform of Criminal Evidence». *Israel Law Review*. 31 (1-3): 439-463.
- Twining, William (2006). *Rethinking evidence*, 2º edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- Twining, William (1985). *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*. London: Weidenfeld & Nicolson.
- Tversky, Amos y Kahneman, Daniel (1974). «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases». *Science, New Series*, 185 (4.157): 1.124-1.131.
- Ubertis, Giulio (1995). *La prova penale: profili giuridici ed epistemologic*. Turín: Utet.
- Ubertis, Giulio (2017). *Elementos de Epistemología del proceso judicial*. Traducción de Perfecto Andrés. Madrid: Trotta.
- Valenzuela, Jonatan (2017). *Hechos, pena y proceso*. Santiago: Rubicón.

- Vázquez Sotelo, José Luis (1984). *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*. Barcelona: Bosch.
- Vázquez, Carmen (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons.
- Vera Sánchez, Juan Sebastián (2015). «Algunas variables político-criminales del proceso penal». *Estudios penales y Criminológicos*, (35): 1-57.
- . (2021a). «El principio de inclusión de la prueba relevante en el código procesal penal chileno». *Revista Chilena de Derecho*, 48 (1): 81-106.
- . (2021b). «Probabilidad lógica y prueba penal en Chile: ¿influencia de la cultura del common law?». *Derecho PUCP*, (87): 65-103.
- Vilajosana, Josep (2015). *Las razones de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Voltaire, François-Marie (1995). *Diccionario Filosófico*. Tomo 2. Ana Martínez Arancón (Editora). Madrid: Temas de hoy).
- Walton, Douglas y Chris Reed, (2008). «Evaluating Corroborative Evidence». *Argumentation*, 22 (4): 531-553.
- Walton, Douglas (2014). *Burden of proof, presumption and argumentation*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Walker, Leonore (2009). *The battered woman syndrome*, 3ª edición. Nueva York: Springer.
- Wigmore, John Henry (1937). *The Science of judicial proof, as given by logic, psychology, and general experience, and illustrated in judicial trials*. 3ª edición. Boston: Little, Brown.
- Woodfield, Andrew (1991). «Rationality in Children: the first step». *Trans/Form/Ação*, (14): 53-72.
- Zapata, María (2004). *La prueba ilícita*. Santiago: Lexisnexis.

Valoración probatoria: exigencias legales, jurisprudenciales y doctrinales
de Juan Sebastián Vera Sánchez



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes



Como parte del equipo de Tipográfica,
trabajaron en este libro: Daniela Rogel,
Constanza Valenzuela y Marco Antonio Coloma

