

## **ESTÁNDAR JUDICIAL DE CONVICCIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO. MIRADA A PARTIR DEL REALISMO JURÍDICO Y DE LA DESCRIPCIÓN DE JEROME FRANK**

Joaquín Ignacio Nilo Valdebenito\*

RESUMEN: El sistema procesal penal pretende mejorar la calidad de la información con la que cuenta el juez para formar su juicio, sin embargo, esta afirmación aparece fuertemente cuestionada, en una perspectiva histórica, desde la mirada crítica de Jerome Frank, y en la actualidad se vincula a problemas jurídicos no menores asociados al estándar de convicción requeridos para la toma de decisiones de los Tribunales de Justicia.

PALABRAS CLAVE: Estándar de convicción; jueces; sistema procesal penal; realismo jurídico.

ABSTRACT: The criminal justice system seeks to improve the quality of the information made available to the judge to form his opinion, however, this affirmation appears strongly questioned, in a historical perspective, since the critical of Jerome Frank, and at present is linked to legal problems associated with the lower standard of belief required for decision-making of the Courts of Justice.

KEY WORDS: Standard of decision; judge; criminal justice; Legal realism.

### **Introducción**

Desde la década de los noventa del siglo pasado, Chile ha transitado por un camino de profundos cambios en sus diversos sistemas judiciales. El primero en reformarse fue el sistema procesal penal, y

---

\* Magíster en Derecho Penal Universidad de Talca, Campus Santiago. Doctor © en Derecho Universidad de Buenos Aires. Juez Oral en lo Penal, Rancagua, Chile. <jnilo@pjud.cl>, <jonilov@gmail.com>. Actualmente es Doctorando por la Universidad de Buenos Aires. En elaboración de Tesis Doctoral.

luego vino el nuevo procedimiento de Familia y finalmente la reforma al procedimiento Laboral.

A pesar de las diferencias en el derecho sustantivo de cada una de estas reformas procesales, ellas tienen un denominador común, cual es que se trata de sistemas procesales por audiencias, que en lo medular, importan la adopción de decisiones judiciales que deben ser tomadas personalmente por el juez, previa audiencia dirigida por él mismo, en la que ha presenciado de manera directa el debate de los litigantes (sus argumentos y prueba).<sup>1</sup> A estos procedimientos por audiencias se los ha denominado genéricamente como sistemas “orales” o procedimientos en los que prima el principio de la “inmediación”, el que garantiza la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales en el juicio con el fin de asegurar que la sentencia se funde en la prueba y en las alegaciones efectuadas en el curso de la audiencia, sin posibilidad alguna de mediación o delegación por parte del tribunal.<sup>2</sup>

Por ello, al establecerse el diseño según “audiencias orales”, el o los jueces reciben la información que será el sustento de su decisión del fondo de la *litis* y es por ello que se hace indispensable la regulación de la manera en que se debe producir y valorar la prueba (las reglas de la prueba), pues ellas son las que definen la forma en que la información podrá ser introducida, usada y valorada en el juicio.<sup>3</sup> Así, las reglas de la prueba facultan a los jueces para ponderarla de acuerdo a las reglas de la sana crítica y ello significa que tienen libertad para valorarla, teniendo como límite no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> MARÍN VERDUGO, Felipe. “Declaración de la parte como medio de prueba”. *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, 2010, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 126.

<sup>2</sup> HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 236.

<sup>3</sup> MARÍN VERDUGO, Felipe. *Revista Ius et Praxis*, *op. cit.*, p. 127.

<sup>4</sup> Véase en artículo 456 del Código del Trabajo; artículo 32 de la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia y artículo 297 del Código Procesal Penal. Para más detalle sobre el significado de “sana

Como parece evidente, uno de los principales avances ofrecido por el sistema por audiencias consiste en mejorar la calidad de la información con la que cuenta el juez para formar su juicio sobre los hechos debatidos; sin embargo, como se verá más adelante, esta afirmación aparece fuertemente cuestionada, en una perspectiva histórica, desde la mirada crítica de Jerome Frank, y en la actualidad se vincula a un problema jurídico no menor de nuestro sistema procesal penal, que se refiere al estándar de convicción en la toma de decisiones.

## 1. Perspectiva histórica

### 1.1. EL REALISMO JURÍDICO Y SU VISIÓN DE LA LABOR JURISDICCIONAL

Como punto de partida, y si fuéramos empujados a categorizar al realismo jurídico desde la particular visión que posee de la función del juez, diríamos que dicha corriente es por antonomasia escéptica ante las reglas, y aprecia que la magistratura crea el marco normativo para la solución de los conflictos a partir de su incognoscible mente, cuando acepta aquellos hechos que entiende se corresponden a la realidad histórica o derechamente, en una visión *in extremis* aquellos que caprichosamente evalúa como verdaderos.

Dicho escenario, es consecuencia de que la legislación quede al debe, superada por la inercia social, de modo que se hace necesario que los jueces actúen para actualizar la normativa en cada caso presentado. Es cierto, que quien asume esta posición posee aversión a los dogmas y especialmente considera a la ley como el hábito con que el tirano encubre su tiranía del pasado, siendo por ello el legislador, siempre pasado y solo el juez, presente y futuro. De esta manera, se evita la

---

crítica”, ver GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho* N° 1, vol. 33, 2006; COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª edición, Editorial B de F, Montevideo, Uruguay, 2007, pp. 222 y ss.

intromisión del Estado administrador o legislador de la vida social y se impide la petrificación del derecho escrito.<sup>5</sup>

Es por lo anterior, que los realistas son los que más han sentido la necesidad de que la razón práctica prevalezca por sobre la razón pura, la experiencia más que las reglas abstractas, y el arte más que la ciencia.<sup>6</sup>

En fin, la misma apelación a la practicidad es la que hace Holmes al concebir al Derecho como una herramienta para responder a las necesidades sociales. Tan así resulta ser su postura, que comprende al derecho en términos reales y efectivos, tales como un “hombre malo” lo haría: tratando de predecir cuáles pueden ser las consecuencias que le acarrearía emprender un determinado curso de acción.<sup>7</sup>

Así, una teoría realista del derecho, puede muy bien tener el efecto de recalcar el hecho de que no existe, por decir así, un orden social por sí mismo, sino que necesita una acción constante y eficaz por parte de aquellos que son responsables de su conservación,<sup>8</sup> *es decir, de los jueces* (lo cursivo es mío).

## 1.2. PRISMA DEL REALISMO JURÍDICO SOBRE EL ROL DEL JUEZ EN LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

Prosiguiendo con la caracterización del Realismo Jurídico, sin duda que resulta relevante conocer la impronta que le da esta corriente al ejercicio de la función jurisdiccional por antonomasia, cual es la interpretación de la norma, e interesante resulta ligar esta actividad con el sentido y alcance que hemos de dar al artículo 340 inciso pri-

<sup>5</sup> Véase FUCITO, Felipe. “El carácter científico del conocimiento jurídico en el realismo norteamericano”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Asociación Argentina de Derecho Comparado, N° 18, año 1998, pp. 109 a 157. En página 6, Artículo cátedra del profesor Fucito, remitido en la asignatura Derecho y Sociedad, Programa Doctorado, Universidad de Buenos Aires, Abril 2013.

<sup>6</sup> FUCITO, Felipe. *Artículo Cátedra*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>7</sup> HOLMES, *La Senda del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 19.

<sup>8</sup> OLIVERCRONA, Karl, en Cabral de Moncada *et al. El Hecho del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1956, p. 226.

mero del Código Procesal Penal chileno [en adelante CPP],<sup>9</sup> que fija justamente el estándar de convicción de condena en nuestro sistema procesal penal.

Así, si hemos de adscribir a los realistas jurídicos dentro del plano de la disputa teórica sobre el rol del exégeta, se ha de concluir que ellos representan un extremo teórico de la disputa entre analíticos e históricos del siglo anterior. Así, si para los analíticos, “la interpretación es el proceso para averiguar la voluntad existente en el autor del precepto, proceso mecánico que descansa en la infalible lógica jurídica hasta el punto de considerar carente de importancia quien sea el intérprete y quién haga la interpretación, y la razón por la que tal intérprete esté llamado a hacerlo,<sup>10</sup> para los históricos, en cambio, la mirada más bien se orienta a que no basta con limitar la función interpretativa en torno a precisar cuál es el significado lingüístico –desde una perspectiva únicamente *descriptiva*– de una determinada disposición, sino que debe irse “más allá”, esto es, desentrañar el objeto de protección que se pretende con la ley. Entonces, para estos últimos, no bastará con limitar la *comprensión* de una norma a lo puramente literal, pues se estaría frente a una indagación hermenéutica incompleta.<sup>11</sup> De esta forma, para este grupo bien no cabe duda de que el punto de partida de todo examen interpretativo debe ser gramatical –por cuanto debemos remitirnos a los términos empleados en la ley– ello solo servirá para fijar el contexto en el que ha de moverse el intérprete. Empero, para “llenar de significado” no bastará con una referencia al lenguaje común, incluso tratándose de que aquellas expresiones en apariencia

<sup>9</sup> *Código Procesal Penal*, Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, Santiago, 2010, p. 173. Artículo 340 inciso primero: “*Convicción del tribunal*. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que los juzgare adquiriere, **más allá de toda duda razonable**, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible, objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

<sup>10</sup> FUCITO, Felipe. *Artículo Cátedra*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>11</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. *La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica* [artículo revisado en la página web <[www.academia.edu](http://www.academia.edu)> el día 19 de julio de 2013].

claras, ya que, como lo ha puesto de manifiesto la dogmática, en el lenguaje corriente frecuentemente se encuentran espacios semánticos “abiertos” que requieren de precisión, es decir, cuentan con una “estructura abierta” en las que existen esferas de imprecisión y ambigüedad.<sup>12</sup>

Por tanto, en esta dualidad puesta en evidencia, que tiene que ver según Pound, con una explicación de tinte sociológico, en que se vincula a la actividad creadora con periodos de crecimiento por desarrollo de nuevas instituciones o por absorción de elementos externos y la interpretación basada en el criterio de autoridad con periodos de rigidez y estabilidad,<sup>13</sup> surge el planteamiento particular y propio del Realismo Jurídico que va aún más allá, en que se hace exigible para autores como Holmes y el precitado Pound, que no se deduzca Derecho, a partir de meros principios abstractos, en el vacío, sino que se preste atención a los “horizontes del futuro”, a aquello que va a ser modificado o afectado por las resoluciones. A decir de Ihering, crítica y sarcásticamente refiere que “los juristas y jueces tienden a mirar más el *cielos de los conceptos* más que confrontar sus juicios con la realidad de lo cotidiano.<sup>14</sup>

En esencia, lo que ha de inferirse es que a la luz de la mirada del Realismo Jurídico, toda interpretación debe necesariamente contar con un examen *ex ante*, quizá probabilístico o a modo de hipótesis, acerca del cómo impactará la decisión del juez dependiendo de la forma, alcance o significado que le otorgue a una ley determinada que aplicará. Incluso, debe preferirse la experiencia en caso de conflicto con la “lógica” y optar por consideraciones de justicia y equidad para una adecuada decisión. Cardozo tiene la virtud de resumir el plan-

<sup>12</sup> HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, 1984, pp. 221 y ss.

<sup>13</sup> POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Ed. Ariel, Barcelona, 1950, p. 168.

<sup>14</sup> IHERING, *Jurisprudencia en broma y en serio*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, sobre la base de la edición de EJE, Buenos Aires, 1974.

teamiento central del Realismo Jurídico en el rol del juez al adoptar su decisión al expresar la siguiente frase:

*“Yo veo un amplio y poco preciso conglomerado de principios, reglas, costumbres, usos y pautas morales, listos para ser incorporados en una decisión según cierto proceso de selección que practicará un juez. Si tales elementos tienen la fuerza suficiente como para justificar, con razonable certeza, la predicción de que hallarán el respaldo del tribunal en caso de que su autoridad sea controvertida, entonces digo que los mismos son derecho”.*<sup>15</sup>

A la anterior visión del rol del juez, debe agregarse el trabajo de Jerome Frank, que en su obra *Courts on Trial*, se encarga de enunciar las problemáticas principales –incluso casuísticas– que se dan en el ejercicio jurisdiccional de la ponderación de prueba, lo que se vincula por cierto al establecimiento de un estándar de decisión, tema que no concierne.

## 2. Jerome Frank. *Courts on trial*: esbozo de su planteamiento

Vista *supra* la mirada del Realismo Jurídico sobre la interpretación judicial, nos adentraremos al tema fino de este análisis que posee en la descarnada caracterización de Jerome Frank su punto de inicio.

### 2.1. ROL DEL ABOGADO

Para este autor resulta ser el abogado litigante quien tiene la misión de convencer a los jueces de que el punto de vista que presenta y que sirve su cliente es absolutamente válido.<sup>16</sup> En efecto, releva la función del abogado al punto de hacerlo responsable por sus errores en materia

<sup>15</sup> CARDOZO, Benjamin, *Selected Writings. With a Foreword by Edwin W. Patterson*, Fallon Publications, N.Y., 1947, p.18.

<sup>16</sup> FUCITO, Felipe. *Artículo Cátedra, op. cit.*, p. 16.

procesal de la pérdida de los derechos sustanciales, de modo tal que si los primeros no se ejercen bien, los segundos no se tienen.<sup>17</sup>

## 2.2. DE LA COMPROBACIÓN JUDICIAL A PARTIR DE LOS DICHOS DE TESTIGOS

El problema central para Frank estriba en la disociación insalvable que se produce cuando la comprobación judicial de lo que se da por asentado no se aviene con los “hechos reales”, porque según su parecer, el Tribunal ha concluido la existencia de los supuestos fácticos que afirma, en la manera de reaccionar que ha tenido ante las declaraciones de los testigos, que a su vez —con frecuencia— son falibles en su observación directa de los hechos cuando sucedieron, sin contar con el factor anexo, de la manera en que prestan su testimonio o exponen lo que recuerdan. En conclusión, su preocupación por los errores, malas percepciones, mala fe o malos recuerdos de los testigos es permanente en su obra *Courts on Trial*.<sup>18</sup>

## 2.3. LA PERCEPCIÓN DE LOS JUECES Y SU CAPACIDAD DE FILTRAJE

En otro punto, es la misma aprensión que manifiesta en el caso anterior este autor, la que observa al enfrentar la capacidad de percepción de los jueces dentro del proceso de valoración de la prueba.

En efecto, Frank aprecia al juez como filtro de las subjetividades de los demás o las objetividades presuntas, y aduce que sus propias “reacciones” derivan de todos los elementos de su personalidad, que incluyen no solo su “fondo cultural, sus actitudes económicas, sociales y políticas, sino también las ocultas, impenetrables reacciones de

---

<sup>17</sup> FRANK, Jerome, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Atehneum. N.Y., 1963, p. 104.

<sup>18</sup> FRANK, Jerome, *Courts on Trial*, *op. cit.*, p. 14.



su carácter, sus inconscientes inclinaciones a favor o en contra de los testigos (por ejemplo, una reacción de más o de menos frente a las mujeres, a las mujeres solteras, los hombres pelirrojos o morenos, los hombres impacientes, los católicos, los judíos, los polacos o los irlandeses). Asume que el proceso judicial de “descubrimiento” de los hechos es el resultado de las reacciones subjetivas del juez ante las reacciones subjetivas de los testigos al describir lo que dicen haber observado.<sup>19</sup>

### 3. Problemas denunciados por Jerome Frank en *Courts on trial* y su vinculación al ámbito de la convicción necesaria para condenar del inciso primero del artículo 340 del CPP<sup>20</sup>

El proceso descrito precedentemente por Frank, podría generar en un sistema procesal como el nuestro, un fenómeno de impredecibilidad en las decisiones, por cuanto muchas veces se hace mérito de la “convicción subjetiva del tribunal”,<sup>21</sup> la que por lo demás resulta ser en algunos ámbitos legislativos, el estándar normativo elegido y que se hace exigible para condenar.

#### 3.1. MIRADA AL ÉNFASIS QUE POSEE NUESTRO SISTEMA PROCESAL PENAL CON RELACIÓN A LA PRUEBA

En Chile, la prueba del juicio criminal debe alcanzar para despejar en la mente del juzgador toda duda razonable acerca de los términos de la acusación presentada en contra del imputado, no siendo el juicio penal el escenario de contienda en la que la decisión implique un pronunciamiento sobre cuál de las dos versiones es la “mejor”, sino que es un método para determinar con certeza la existencia del delito y la participación del acusado, de modo que si ello no se logra debe

<sup>19</sup> FRANK, Jerome, *La influencia del derecho europeo continental en el Common Law*, Bosch, Barcelona, 1957, p. 34.

<sup>20</sup> Véase cita N° 9, inciso del artículo mencionado.

<sup>21</sup> FUCITO, Felipe. *Artículo Cátedra*, op. cit., p. 19.

absolverse, aun incluso si no se encuentran probados los enunciados fácticos que demostrarían la inocencia del acusado.<sup>22</sup>

En el anterior sentido, Allen expresa que “*El objetivo de un juicio criminal no es elegir entre las historias de las partes. Antes bien, es determinar si la única explicación plausible del evento en cuestión es o no que el acusado es culpable en los términos que ha sido acusado*”.<sup>23</sup> Este nivel exigible a la decisión se entronca con las aprensiones que muestra Frank *supra*, y que en escala normativa –judicial tiene salida a través de la aceptación del margen de error en la decisión y criterios de razonabilidad de la duda.

### 3.2. Margen de error y duda razonable

En Chile el régimen procesal penal acusatorio que nos rige, permite una valoración libre de la prueba, pero que no puede contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, como se expresa en el inciso primero del artículo 297 del CPP.<sup>24</sup> Es esta última exigencia la que pretende eliminar o disminuir el efecto de los influjos señalados por Frank, y que necesariamente lleva a la discusión central sobre el nivel de tolerancia del error permitido y la certeza que se puede alcanzar en una decisión.

En efecto, nuestro proceso penal tiene como idea fuerza la protección del imputado en la etapa de investigación, y es por ello que se restringe severamente la posibilidad de la confesión y de la necesidad de que el sistema tome decisiones sobre la base de pruebas menos confiables. Surge la cuestión de cuál será el margen de error que el sistema

<sup>22</sup> HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>23</sup> ALLEN, Ronald J. *A Reconceptualization of Civil Trial*, 66 B.U.L. Rev. 401, 436 (1986), citado por Horvitz/ López, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, *op. cit.*, p. 155.

<sup>24</sup> *Código Procesal Penal*, Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago, 2010, p. 158. Artículo 297 inciso primero: *Valoración de la prueba*. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

estará dispuesto a tolerar, cuando la realidad indica que en general no se contará con pruebas indubitadas, que permitan la reconstrucción completa y cierta de lo ocurrido, de forma que hemos de abocarnos a la cuestión de cuánta certeza será necesaria para poder decidir una condena.<sup>25</sup>

### 3.3. ¿CUÁNTAS DUDAS Y ERRORES ESTAMOS DISPUESTOS A TOLERAR EN CADA CASO?

Sin duda que la respuesta a la pregunta tiene una base insoslayable, cual es que no existen pruebas indubitadas, de forma que, la existencia de duda o error resulta ser un factor socialmente aceptable, dada la necesidad de hacer aplicable la ley penal, en un entorno con restricciones de información que provienen del respeto de la autonomía individual.<sup>26</sup>

Sin embargo, aquí nos enfrentamos a una primera cuestión, sobre cuál es la intensidad del respeto o preeminencia de las garantías individuales *versus* las herramientas de persecución que se utilizarán para combatir una criminalidad organizada o a gran escala, pues claramente no serán del mismo calibre que las que se utilicen para casos propios de delincuencia común y ello sin duda impactará en el estándar al que será posible arribar con la decisión.

### 3.4. FILTRO DE ESTÁNDAR DE LA DUDA RAZONABLE, SEGÚN EL “TIPO” DE DERECHO PENAL EN QUE NOS SITUEMOS

Para definir un estándar sin duda que la visión que se tenga del Derecho Penal Moderno tendrá incidencia. En efecto, al menos teóricamente existen dos bloques de ilicitudes marcados; el primero, un De-

<sup>25</sup> DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián. *Proceso Penal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 496.

<sup>26</sup> *Ibídem*.

recho Penal de la cárcel, en el que habrán de mantenerse los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales, y por otro lado, una segunda velocidad, referida a los casos en que por no tratarse ya de cárcel, y al referirse a penas pecuniarias o privativas de derecho, estos principios podrían experimentar una flexibilización.<sup>27</sup> Se agrega una tercera velocidad del Derecho Penal, a partir de la propuesta del autor español Jesús-María Silva Sánchez o, el también llamado *Derecho Penal del Enemigo* de Günther Jakobs<sup>28</sup> que se caracteriza como aquel en que existe una amplia relativización de las garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales, en que se regulan fenómenos de delincuencia patrimonial profesional, delincuencia sexual violenta, criminalidad organizada y terrorismo que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado, y que con sus categorías se acaban extendiendo más allá del campo de la regulación inicial.<sup>29</sup>

Así, parece ser que para los ámbitos en que por la misma estructura procedimental existe una evidente disminución en las garantías individuales dentro de la persecución penal, se produciría una relativización de los derechos individuales versus los ejercidos por el aparato punitivo, en que los filtros de selectividad de información y el aseguramiento de su calidad se verían mermados, dando con ello pie a abrir las puertas de aceptación de márgenes de duda mayores

---

<sup>27</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Editorial Civitas, 2001, p. 163.

<sup>28</sup> EN JAKOBS, Günther, "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del enemigo", en: Jakobs, Günther; Cancio, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, pp. 19-64, quien expresa que, en el Derecho penal del Enemigo la función de la pena es la eliminación del peligro y, además, plantea que quien se conduce de modo desviado, no puede ofrecer garantía de un comportamiento personal y por ello no puede ser tratado como ciudadano sino como enemigo. Cfr., además, a MUÑOZ, Francisco, *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, pp. 11-89; AMBOS, Kai, *Derecho penal del enemigo*, Cuaderno de conferencias y artículos N° 41, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 7-58.

<sup>29</sup> CANCIO, Manuel "Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación", en Faraldo, Patricia (Dir.), *Derecho Penal de Excepción, Terrorismo e Inmigración*, Valencia Tirant lo Blanch, 2007, p. 169.

para condenar con consecuentes tasas más altas de error. Es debido a lo anterior, que resulta aun más criticable que estos criterios alcancen campos propios de la delincuencia común.

### 3.5. CLÁUSULA DE LA DUDA RAZONABLE

La denominada cláusula de duda razonable, trata de poner en evidencia en primer lugar, que no se podía seguir funcionando sobre la base de una noción de certeza absoluta, como era lo propio de los sistemas procesales inquisitivos y, en segundo término, procura establecer un estándar que permita discriminar entre los niveles de duda, es decir, sobre el margen de error que resulta razonable aceptar para una decisión condenatoria.<sup>30</sup>

Así, la cláusula antes aludida nos pone en el escenario del conjunto de dudas posibles generadas por la falta de pruebas ciertas y pretende decirnos que hay dudas aceptables, es decir, con las cuales podemos condenar, en tanto que hay otras que no son aceptables para el sistema y, por lo tanto, conducen a la absolución.<sup>31</sup>

## 4. La duda razonable como reconocimiento normativo del campo discrecional que tiene el juez

### 4.1. DOS MIRADAS DESDE EL REALISMO JURÍDICO

En el ejercicio de toma de decisión del juez, Holmes plantea que es absolutamente criticable que un magistrado pueda decir que jamás dicta sentencia sin estar absolutamente seguro de haber dado la solución exacta, porque de esta manera es posible criticar la disidencia judicial en los tribunales colegiados e inferir, que la mayoría o la minoría, se han equivocado en la suma y que deberían haber hecho las

<sup>30</sup> DUCE/ RIEGO. *Proceso Penal, ob. cit.*, p. 496.

<sup>31</sup> DUCE/ RIEGO. *Proceso Penal, ob. cit.*, p. 497.

cosas con más atención y detenimiento, situación que aparece frente a los justiciables como impresentable.<sup>32</sup>

Pues bien, no se acepta desde esta postura la existencia de soluciones que admitan marco a dudas y desde dicho escenario miramos el planteamiento que Frank plantea en su *Courts on Trial*. En el caso de Jerome Frank, su obra es demostrativa del intento por desvirtuar la certeza presunta del juicio del juez, y del proceso como explicitación o aplicación segura y objetiva de normas generales materiales o procesales. Para él, quien conoce la prueba dispone de un amplio poder discrecional cuando las declaraciones de los testigos están en contradicción,<sup>33</sup> al elegir la más digna de confianza. Los argumentos en favor de describir el mundo del derecho como caótico e impredecible se suman en su obra,<sup>34</sup> y hacen sostener que las leyes en definitiva dicen lo que los jueces afirman que dicen.

Esta última posición apelativa al desorden e inseguridad, tienen en la casuística nacional expresión concreta desde los diferentes énfasis o miradas con que pueden enfocarse las decisiones judiciales, aunque como se verá más adelante, existe un límite para tal ejercicio, o como dice Frank, toda resolución está orientada por el “saber de los juristas” y el “sentido común jurídico de los jueces”, *desechándose los disparates, las declaraciones en las que el testigo expresa situaciones imposibles o muy difíciles de creer*,<sup>35</sup> lo anterior, derechamente como ejecución de la función de valoración de prueba.

---

<sup>32</sup> FUCITO, Felipe. *Artículo Cátedra*, op. cit., p. 9.

<sup>33</sup> FRANK, Jerome, *Courts on Trial*, op. cit., p. 37.

<sup>34</sup> FUCITO, Felipe. *Artículo Cátedra*, op. cit., p. 20.

<sup>35</sup> En FUCITO, Felipe. *Artículo Cátedra*, op. cit., p. 19, en referencia a la postura de Frank.

#### 4.2. ALGUNOS PROBLEMAS PROPIOS DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, ESENCIALMENTE LA TESTIMONIAL

Como primer punto, los jueces al ponderar la prueba y arribar a una resolución, han realizado una serie de operaciones en las que incluso han influido sus ocultas inclinaciones y además, en segundo término, en el mismo proceso de valoración de la prueba testimonial y en la misma deposición, se tiende inconscientemente a ajustar la versión para favorecer a la parte que se quiere que gane, o finalmente, se puede creer por el testigo que dicha narración sea cierta, “aunque difiera de la que creían originalmente, que tampoco sabemos si es la versión verdadera”.<sup>36</sup>

Incluso la labor de ponderación del juez se puede extender a los testigos expertos, también llamados peritos, lo que significa, agregar incertidumbres o vaguedades de su propia ciencia, con lo cual el problema se torna general e irresoluble, si ha de agregarse todo ello la subjetividad última de la judicatura.

Entonces, la conclusión anterior surge de considerar a la magistratura como encargada de encontrar los hechos, siendo ella humanamente falible y por tanto la comprobación dependerá sin duda de reacciones subjetivas, esencialmente falibles, junto a declaraciones testimoniales que generan subjetividad por ellas mismas –independiente de la del juez– lo que “produce una combinación inmanejable de subjetividades”.<sup>37</sup>

Es por lo anterior, que a decir de Frank, no deberíamos considerar que la regla de derecho pueda ser el único elemento que hemos de aplicar, pues muchas veces ella solo representa un factor de entre varios elementos que coadyuvan en la toma de una decisión, como son, los prejuicios que a menudo intervienen como factores decisivos. En

<sup>36</sup> FRANK, Jerome, *Courts on Trial*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>37</sup> FUCITO, Felipe. *Artículo Cátedra*, *op. cit.*, p. 18.

definitiva, existirá una aplicación de las preferencias inescrutables del tribunal, y este factor debe tenerse presente, si queremos hacer una descripción escrupulosa sobre lo que sucede”.<sup>38</sup>

#### 4.3. DOS CASOS EN LA JURISPRUDENCIA QUE DESDE UNA PREMISA SÍMIL LLEVAN A SOLUCIONES DIVERSAS

Veamos algunos ejemplos jurisprudenciales que nos pueden ayudar a constatar en la casuística de hoy lo que Jerome Frank nos anunciaba años atrás.

En el RIT N° 93-2013, RUC 1200756433-1 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, Chile, en sentencia de fecha 7 de junio de 2013, con respecto a la configuración de dos delitos de abuso sexual impropio, cometido en perjuicio de la menor de iniciales A.J., se expresa que

*“Ellos [los hechos] se han acreditado a partir del relato de la menor A, en la audiencia de juicio, ocasión en la que señaló que había sido violada por su primo, cuando vivía tanto en XXXX como en el sector de XXXXX, oportunidades en las que el acusado se bajaba los pantalones y le introducía el pene en su vagina. Además, el acusado le tocaba el cuerpo, la vagina, el trasero y los senos. Agregó que el agresor en dichas oportunidades le decía que no contara nada y a cambio que le regalaría cosas, como fue el auto que le entregó. Preciso que en su casa de XXXX, los episodios abusivos “también ocurrieron” [lo que hace inferir que en XXXX fueron anteriores] y especificó que en el primer sitio nombrado fueron tres las ocasiones”.*

El caso presentado releva la decisión jurisdiccional de dar por comprobados los sucesos abusivos en el ámbito sexual con el solo relato de una víctima, y con ello se da por cubierto el estándar de convicción necesario para condenar, incluso ante la presencia de una versión denegatoria de los hechos de parte del acusado.

<sup>38</sup> FRANK, Jerome, *Courts on Trial*, ob. cit., p. 41.



Por otra parte, existen casos en que los jueces han de resolver en un sentido diverso. En efecto, en el RIT N° 149-2013, RUC N° 1200992604-4, de fecha 19 de julio de 2013, el mismo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, resuelve en un caso por delito de amenazas, lo siguiente:

*“Respecto a la versión otorgada por la víctima, es cierto que su relato ha impresionado como creíble y veraz, en cuanto a que el día de los hechos el imputado fue hasta su domicilio, y desde afuera le habría gritado palabras groseras y amenazado, ello en razón de la proximidad del vencimiento de la medida cautelar de prohibición que pesaba sobre él.*

*Sin embargo, esta sola declaración, que no se encuentra amparada por ninguna otra prueba, resultó del todo insuficiente para obtener un fallo condenatorio. En efecto, la declaración del acusado, que también impresionó como veraz y creíble, en cuanto a que el día 4 de octubre del año pasado, se encontraba en compañía de sus familiares, preparando la romería al cementerio por el cumpleaños de su hermano fallecido, y llegó a su casa cerca de la 7:30 a 8:00 de la noche y que se mantuvo en ese lugar hasta el otro día resultó apoyada por dos las declaraciones de las testigos presenciales, en este caso, su madre y cuñada, quienes compartieron con él durante la hora de los hechos imputados, posiciones que no tuvieron discrepancias o inconsistencias que restaran su fiabilidad”.*

¿Por qué en el primer caso presentado, la condena ha sido el resultado de dar crédito a un solo testimonio y en el caso del delito de amenazas no ha sido suficiente, cuando se trata de ofendidas que a decir del propio Tribunal, son creíbles y no hay objeciones en sus narraciones?

Si ensayamos una primera respuesta, alguien podrá decir, que no todos los casos son iguales, y que las diferencias podrán encontrarse en detalles que hagan decidir la prevalencia de un testimonio por sobre los de la otra parte, lo que inclinará la balanza para adoptar la decisión. Sin embargo, en los razonamientos presentados, lo que se quiere destacar es que, en uno y otro caso, se parte de la base de que el testimonio principal de incriminación de ambas víctimas no posee

reparos importantes de ninguna especie, de forma que no siempre será la valoración de un relato por su mérito *per se* el que hará la diferencia. Incluso, la preponderancia valorativa dada a factores ajenos a los testimonios de incriminación principal, podrá disfrazar cuestiones propias de la decisión ya adoptada, pues solo así se entenderán los énfasis y relevancias distintos que se da por el Tribunal según el caso que se juzga.

Así, en los casos jurisprudenciales presentados, desde el punto de vista objetivo, lo único que hace la diferencia es que en los delitos de abuso sexual, el Tribunal en la propia declaración del acusado ha descubierto una inconsistencia que ha tenido como relevante y en dicho escenario ha preferido la tesis oficial que ha evaluado sin objeciones. Por su parte, en el delito de amenazas, estas contradicciones e inconsistencias no se han evidenciado y ante dos versiones contrapuestas, que ni la una supera a la otra, la plausibilidad de ambas posiciones hace fundar la duda razonable porque la tesis de descargo tiene viabilidad.

Todo lo anterior, iría de maravillas, salvo que se enfocara el fundamento de la decisión de condena en el delito de abusos sexuales en un elemento que no es menor: el primero, en el principio básico de que el acusado no está obligado a declarar y así lo expresa el artículo 93 letra g) del CPP,<sup>39</sup> por lo que tenemos una actuación realizada por el imputado a la cual no está obligado y que decide –dado su tenor– finalmente, su propia condena. Y en segundo lugar, vinculado a lo anterior, el principio implícito en el inciso final del artículo 340 del CPP<sup>40</sup> que nos lleva a pensar, que es justo el factor que hace la diferencia en su contra, lo dicho por él en la audiencia. Desde el anterior

<sup>39</sup> *Código Procesal Penal*, Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, Santiago, 2010, p. 77. Artículo 93: *Derechos y garantías del imputado*. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes. En especial tendrá derecho a: g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.

<sup>40</sup> *Código Procesal Penal*, Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, Santiago, 2010, p. 173. Artículo 340 inciso final: No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

punto de vista, impresiona que el fundamento adoptado no diste de aquel basamento que da pie a la absolucón en el otro caso, sobre todo si se considera corrientes jurisprudenciales actuales de nuestros tribunales superiores para los que no bastará el único testimonio de una víctima.<sup>41</sup>

#### 4.4.  SON LAS PREFERENCIAS INESCRUTABLES DEL TRIBUNAL LAS QUE HAN INFLUIDO AL MOMENTO DE ADOPTAR UNA DECISIÓN EN LOS CASOS ANTES PRESENTADOS?

Por cierto que podríamos responder afirmativamente a la pregunta a nivel de hipótesis, y plantear que los jueces participantes en los casos presentados llevan prejuicios al valorar juicios en que deponen víctimas menores de edad versus aquellos en lo hacen personas adultas [porque en el fondo piensan que “los menores mienten menos que los adultos”] o derechamente, porque el nivel de duda razonable que est n dispuestos a tolerar es de margen mayor para delitos más graves o de penas más gravosas [Véase *supra* 3.4], o poseen mayor nivel de aceptabilidad de ocurrencias de error en condenas en aquellos delitos de mayor ocurrencia y connotación social,<sup>42</sup> ello dada su personal

---

<sup>41</sup> Fuente: SIAG, Poder Judicial Chile, Consultado el 29/07/2013. Rol N  233-2007, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, de 10 de julio de 2007. “QUINTO: Que entonces la lógica no puede admitir que un caso que se torna así de dudoso sea resuelto en favor de la condena con *la desnuda afirmación del sujeto que invoca el hecho no como tercero ajeno, sino como interesado y parte*. Si admitiéramos tal cosa, el juicio oral estará de más. Ya sabemos que el querellante incrimina al acusado; por algo se querella”; “Y aún en esos casos es altamente debatible que el solo dicho de quien no es tercero imparcial y ni aun tercero simplemente, o tan siquiera víctima no activa como sostenedor de la acción, sino que es el propio querellante de la causa, pueda constituir prueba. Porque por definición la prueba es un medio con el que las partes demuestran los dichos en que basan sus pretensiones, y no el conjunto de esos mismos dichos. O, en otros términos, el dicho de una parte en un juicio produce prueba solo en contra y nunca en favor de sus propias pretensiones”; y agrega: “Cuando la palabra de alguien, dicha en favor de su propio interés procesal, es puesta en duda por un hecho que torna excepcional la versión que entrega, *la lógica no permite que la realidad del suceso se imponga como probada sobre la sola base de esa misma declaración, porque entonces se pasa por sobre la duda sin rozarla siquiera o, lo que en lógica es lo mismo, se quiere o dice superar esa duda, que recae sobre la versión del denunciante, con la misma versión dubitada*”.

<sup>42</sup> GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR. División Seguridad Ciudadana. Informe

visión, sobre el rol jurisdiccional, por considerar que en los casos indicados se hace necesario oponer el efecto simbólico del Derecho Penal, para así mantener su eficacia preventiva, a decir de Luhmann, que es aquello que representa la función del proceso judicial, que es la “especificación de las insatisfacciones” y la “disgregación y absorción de las protestas”.<sup>43</sup>

Es decir, en términos de cláusula de duda razonable [visto *supra* 3.5], los criterios de aceptación de duda se ampliarían en estos casos de delitos mayores y se limitarían haciendo exigible un estándar mayor de prueba para delitos de menor entidad. Esto llevaría a un modo distinto de enfrentar la prueba y de razonar en base a ella, como sería lo ocurrido en los casos presentados de delitos de abusos sexuales *versus* uno de amenazas, pero sin duda que el planteamiento solo quiere evidenciar que aun con cláusula de duda razonable, es posible encontrar en la casuística valoraciones que inicialmente aparecen similares [víctimas absolutamente creíbles] pero que terminan en soluciones distintas.

#### 4.5. LAS PREFERENCIAS INESCRUTABLES DEL TRIBUNAL SE SUPEDITAN A UNA CONCEPCIÓN RACIONAL Y JUSTIFICADA DE LA LIBRE VALORACIÓN

Sin duda que los factores mencionados *supra* en el punto 4.4, podrían estar presentes e influir en la decisión, aunque sin embargo, ello no haría tolerable de aceptar —a partir de la abolición de un sistema

---

Nacional. Denuncias y Detenciones por Delitos de Mayor Connotación Social y Violencia Intrafamiliar. Desde el año 1999 el Gobierno desarrolla y actualiza periódicamente un Sistema Nacional de Información Delictual, que está orientado al seguimiento y monitoreo de la delincuencia y la criminalidad. Verbigracia en el año 2004, el país registra una tasa de denuncias por delitos de mayor connotación social de 2.554, 9 casos cada 100 mil habitantes, cuya distribución porcentual de las denuncias de esta categoría de ilicitudes a nivel nacional se divide en: robos con fuerza (38,0%), hurtos (23,4%), lesiones (21,7%), robo con intimidación (7,2%), robo por sorpresa (4,6%), robo con violencia (4,5%), violación (0,6%) y homicidio (0,6%). Análisis Anual 2004 y Cuarto trimestre 2004, p. 8 [[http://www.seguridadpublica.gov.cl/filesapp/01\\_Informe\\_NACIONAL\\_anual\\_2004](http://www.seguridadpublica.gov.cl/filesapp/01_Informe_NACIONAL_anual_2004), consultado el 20 julio de 2009].

<sup>43</sup> HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, ob. cit., pp. 124-125.

de prueba legal o tasada— que este no se sustituyera sino por principios racionales generalmente aceptados.<sup>44</sup>

Por tanto, la libre convicción no puede volverse sinónima de discrecionalidad incontrolada y de subjetivismo irracional, en virtud de lo cual el juez se pronuncia acerca de los hechos sobre la base de criterios que no se pueden conocer ni racionalizar. La única forma de evitar este peligro es el desarrollo de una concepción racional y justificada de la libre valoración de la prueba, en la que la libertad del juez esté orientada a alcanzar una determinación tendencialmente verdadera de los hechos del caso, utilizando criterios racionales para ello y de modo controlable por las partes.<sup>45</sup>

Es decir, la ausencia de reglas condicionantes de la convicción no significa carencia absoluta de reglas. La libre convicción exige fundamentación o motivación de la decisión,<sup>46</sup> esto es, la expresión de los motivos por los cuales se decide de una u otra manera, y, con ello, la mención de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica.

Así, la valoración crítica de los elementos de prueba debe ser *racional*, aspecto que implica demandar el respeto a las leyes del pensamiento (lógicas) y de la experiencia (leyes de la ciencia natural), y que sea completa, en el doble sentido de fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de no omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados,<sup>47</sup> exigencias con la cuales se pretende lograr que

<sup>44</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, Trotta, 2002, pp. 396 y ss.

<sup>45</sup> HORVITZ/ LÓPEZ, *Derecho Procesal...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 333.

<sup>46</sup> *Código Procesal Penal*, Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, Santiago, 2010, p. 56. Artículo 36: *Fundamentación*. [Inciso 1°] Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas.

[Inciso 2°] La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación.

<sup>47</sup> En Chile constituye motivo absoluto de nulidad, y por tanto, el juicio y sentencia serán siempre anulados, cuando, “en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en

la decisión se baste a sí misma, como explicación de las conclusiones del tribunal (exigencia interna).<sup>48</sup>

## 5. Idea final

164

En conclusión, la racionalidad sobre la que debe fundarse la decisión constituye el mecanismo con que el justiciable hace exigible un marco mínimo de respeto a sus derechos fundamentales, con el fin de que la decisión adoptada por el tribunal cumpla con estándares mínimos y explique el porqué se adopta una decisión u otra, aunque la historia de vida del juez o sus preferencias inescrutables no se verbalicen estando sin duda omnipresentes.

Por tanto, es perfectamente posible respetar lo antes planteado y que mi decisión lleve incluida las denominadas “preferencias inescrutables del juez”, sin que ello con lleve la pérdida de la imparcialidad, que es esencial porque la más mínima pérdida de la misma, va a condicionar un resultado probatorio, de manera que el juez podría comenzar a no creer sistemáticamente a los testigos de una parte, simplemente porque durante el juicio ya piensa que esta parte no tiene razón o bien se incomodó con ella en una vista.<sup>49</sup> La anterior postura es inaceptable y no tiene que ver con el filtraje de la subjetividad que hace el juez dentro del ejercicio propio y normal de la valoración de prueba.



---

el artículo 342, letras c), d) o e)” [artículo 374 letra e) del CPP]. CÓDIGO PROCESAL PENAL, Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, Santiago, 2010, p. 174. Artículo 342. *Contenido de la sentencia*. La sentencia definitiva contendrá: c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo a los dispuesto en el artículo 297 [*supra* pie de página N° 25].

<sup>48</sup> MAIER, Julio Bernardo. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I Fundamentos, Editores Del Puerto, 3ª reimpresión, Buenos Aires, 2004, p. 871.

<sup>49</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Proceso y Derecho. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 165.