

HECHOS Y SU FUNDAMENTACION EN LA SENTENCIA, UNA GARANTIA CONSTITUCIONAL

Luis Avilés Mellado*

I) Introducción; II) Hechos: presupuestos fácticos de la normas; III) Verosimilitud y probabilidad de los hechos; IV) Medios de prueba y hechos; V) Razonamiento inductivo y máximas de experiencia; VI) Hechos descriptivos y hechos valorativos; VII) La garantía constitucional de la fundamentación de la sentencia; VIII) Conclusión.

I. INTRODUCCION

En los últimos años y en forma progresiva los teóricos han prestado cada vez más atención a una cuestión de suyo angular en el derecho, el proceso de elaboración de las sentencias judiciales y en general de toda resolución judicial. En este proceso se han comenzado a dar ciertas reglas lógicas, racionales y obligatorias al momento de su construcción y no me refiero al estudio de la “moderna” ordalía de la prueba legal tasada, sino a la diferencia fundamental que existe entre la decisión del juzgador, frente a la motivación que de ella realiza, expresada naturalmente en la resolución, cuestión que los prácticos conocen probablemente desde el derecho romano.

Admitir esa realidad -que tomada la decisión comienza su construcción- nos permite desde un punto de vista epistemológico separar ambos procesos y así observar reglas objetivas que permitan dar una verdadera garantía de fundamentación de la decisión judicial, de manera que resguarde su control no sólo jurisdiccional, sino también público, control que cobra una mayor relevancia hoy en nuestro nuevo proceso penal: oral, público y contradictorio, *única estructura que garantiza la libre valoración de la prueba.*

Pues bien, al querer establecer esta garantía de fundamentación en la construcción de la motivación, las preguntas de cómo ingresan los hechos a la sentencia, cómo se razona sobre ellos y de qué manera se fijan, resultan de máxima trascendencia ya que si en su construcción no se observan pautas objetivas, se hará absolutamente ilusorio ejercer un control sobre la motivación de la decisión.

El presente trabajo apunta a dar algunas directrices a propósito del tratamiento que deben recibir los hechos en la sentencia (aquel pariente olvidado por el positivismo jurídico), en especial la sentencia penal, no obstante que refieran cuestiones generales aplicables en el derecho procesal. Se intentará mostrar las relaciones que presentan con los medios de prueba, las máximas de experiencia, para finalmente entender que la motivación de ellos -en cuanto integrantes de la sentencia- se ha erigido como una verdadera garantía constitucional.

* Relator de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago; Magister en Derecho Penal y Ciencias Penales Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España; Colaborador del Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Con lo anterior, pretendo eliminar aquel viejo tratamiento que han recibido los hechos, limitándolos a la simple constatación de un dato fáctico, para luego entrar al derecho de verdad —la interpretación jurídica a dar a las normas— olvidándose muchas veces como apunta Ferrajoli que: “El uso de palabras equívocas y de juicios de valor en la descripción de los hechos imputados y en la realización representa mas bien una técnica de vaciamiento de las garantía penales y procesales...”¹

II. HECHOS: PRESUPUESTOS FÁCTICOS DE LAS NORMAS

Tradicionalmente los hechos se han visto como algo dado en la realidad, una vez que se constatan el jurista debe entrar a analizar el derecho: ahí aparecen las normas, los principios y los valores, lo realmente importante. Así, lo trascendente es la construcción de conceptos jurídicos, su clasificación y subclasificación, la manera de cómo se interpretan y deben aplicar: la literalidad, sistematicidad, lo teleológico, etc., son los temas a tratar. Esta tajante división, que incluso aparece en los procesos formativos universitarios, trae como consecuencia que el tratamiento de los hechos en el ámbito jurídico resulte marginal; es más, cuando algo se avanza sobre ellos, rápidamente se dirige el estudio a la prueba y a la manera de valorarla.

Hecho y derecho guardan una íntima relación en todo procedimiento, ambos se van autodefiniendo progresivamente durante el transcurso del juicio, por lo que, cuando se persigue la determinación del hecho, se pretende establecer el presupuesto fáctico para la aplicación de una norma.

No es lo que se busca en este trabajo resaltar, pero resulta obvio que “la actividad mediante la que se instituye la correspondencia entre hecho y norma a los efectos de la decisión y se identifica el hecho jurídicamente relevante escapa al esquema silogístico, que no está bien fundado, pero sigue inspirando el sentido común de los juristas.”² En efecto, “el auténtico problema consiste en que el juez normalmente ha de decidir no un único silogismo, sino una compleja masa de hechos, contextualizables en una selva de disposiciones legales, principios, tópicos. Desde el plano meramente lógico, es obvio que la libertad creadora del juez se ejercerá mejor en el seno de la decisión de silogismos complejos –de entimemas.”³

Bajo esta premisa, la idea aproximativa consistente en que el objeto de prueba son los hechos, resulta verdadera y a su vez limitada, ya que no explica el total rendimiento que esa expresión debe encerrar.

Los hechos no ingresan al proceso como entidades naturales, no son hechos en sentido ontológico, pura porción de una realidad en bruto. En efecto, el juez no entra en contacto personal con los hechos, sino con proposiciones relativas a éstos, las que vienen siempre dadas en un determinado lenguaje que implica una carga de relativismo a explicitar y superar, como señala Andrés Ibáñez: “Esto es importante porque las mismas peculiaridades (ambigüedad, textura abierta, zonas de penumbra) que se predicen de los enunciados deónticos suelen encontrarse también presentes en los enunciados que se

¹ Ferrajoli, *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 125.

² Taruffo *La Prueba de los Hechos*, Trotta, Madrid, 2002, pág 99.

³ Ferreira da Cunha, “El Juez y la Creación Jurídica”, en *Revista del Poder Judicial*, N°49 (1998) pág.825-841, Ed. virtual del Consejo General del Poder Judicial, 2001. España

expresan en lenguaje observacional; por más que éstos hayan de tener normalmente como referente entidades connotadas por un menor nivel de abstracción.”⁴

Ésta es la primera advertencia que interesa mantener, los hechos siempre son apreciados por el juez a través de los medios de prueba, o más precisamente los elementos de prueba: testigos, víctima, imputado, etc., por lo que siempre se encuentran de alguna manera “contaminados”, y no sólo desde una perspectiva delincencial, como por ejemplo mentir en juicio, sino también –y las más de las veces será así–, porque los relatos que se reciben se encuentran cargados de emotividad con precomprensiones y prejuicios de lo que cada uno entiende como lo correcto e incluso lo justo.

A lo anterior, a esa mediación discursiva, se debe sumar la actividad interpretativa que el propio juzgador va realizando, llámese subjetiva, relativa, o de cualquier otro modo, pero bajo ningún concepto fría y aséptica. Este reconocimiento no puede significar que desde ahora deba comenzar a exigirse que los jueces fundamenten el *factum* de sus decisiones bajo ese *topoi* especial denominado “juicios de valor”, aquello, si a primera vista aseguraría una mayor garantía y finalmente control, no responde a ningún criterio objetivo-lógico, analíticamente sería imposible predicar la verdad o falsedad de un enunciado de esas características, carecería de todo contenido susceptible de acreditación o refutación, y ello es obvio, se trata en síntesis de un enunciado simplemente valorativo.

Por muy loable que parezca a primera vista la necesidad de que se expresen en la sentencia esas “convicciones”, a nivel de la construcción-valoración de los hechos, impondrían la pesada carga de desvirtuarlas bajo fórmulas casi mágicas, como fue por el ejemplo lo que ocurrió en el clásico y triste derecho penal de autor.

Aunque parezca una redundancia no es posible demostrar valores. Sobre ellos cabe la argumentación, algo totalmente distinto, sin perjuicio que los argumentos que justifican valoraciones presentan sus propios y complejos problemas, como indica Wróblewski “refleja los dilemas filosóficos básicos de cualquier axiología.”⁵

Lo dicho no significa que los valores o los principios no concurren a los procesos de interpretación, nada más lejos a eso, éstos cumplen un importante rol en esa faceta jurídica. Lo que se intenta predicar, es que, en lo referente a los hechos, ellos no se pueden establecer en base a lo “bueno o lo malo” que se les considere (esto simplificando a grado extremo), por el contrario, deben liberarse de todo juicio valorativo en su inicial individualización.

Luego de estas explicaciones casi esquemáticas, estamos en condiciones de señalar que cuando decimos que “en juicio debemos probar los hechos” (por ejemplo, los contenidos en la acusación), lo que estamos diciendo es que las afirmaciones que se aportarán con los medios (elementos) de prueba en juicio, acreditarán la correspondencia

⁴ Andrés Ibáñez, “Acerca de la Motivación de los Hechos en La Sentencia Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 13 (1992), págs. 115-159, ed. virtual del Consejo General del Poder Judicial, 2001. España.

⁵ Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, reimpresión 2001, pág. 66. Si se acepta un punto de vista analítico el autor destaca varios tipos de justificación de juicios valorativos, esto es, de relativización instrumental, condicional y sistémico. Agrega también que, según una axiología no cognoscitiva, cada cadena de justificaciones de juicios valorativos tiene un límite, y este límite aparece como elección valorativa última no justificable dentro de un discurso dado. Estas razones axiológicas últimas pueden ser expuestas solamente, pero no justificadas.

entre los enunciados que se muestran al juez, con la realidad que ha acaecido. Por cierto, una vez que tales aserciones se acrediten y puedan encuadrarse dentro de los presupuestos fácticos de una norma, ello acarreará una determinada consecuencia jurídica.

En conclusión, la verdad o falsedad se predicará de esas aserciones fácticas y no de los hechos abstractos contenidos en la norma jurídica, porque “los hechos materiales existen o no existen, pero no tiene sentido decir de *ellos* que son verdaderos o falsos; sólo los enunciados fácticos pueden ser verdaderos, si se refieren a hechos materiales sucedidos, o falsos, si afirman hechos materiales no sucedidos. En consecuencia, la verdad del hecho es únicamente una fórmula elíptica para referirse a la verdad del enunciado que tiene por objeto un hecho.”⁶

III. VEROSIMILITUD Y PROBABILIDAD DE LOS HECHOS

Adelantábamos que para acreditar las correspondientes aserciones de los enunciados fácticos llevados al proceso, es obligación demostrarlas con los elementos de prueba.

Previo al tratamiento de los medios de prueba en relación con los hechos, me parece aconsejable despejar una nomenclatura que las más de las veces se presta a confusión. Ella está referida a las expresiones que comúnmente acompañan las justificaciones en el establecimiento de los hechos, que son la verosimilitud o la probabilidad en su acacimiento.

Cuando se presentan los hechos a juicio -naturalmente en el proceso penal ellos se contienen en la acusación- éstos pueden estimarse como verosímiles, pero ello no basta para darlos por establecidos en la sentencia. La verosimilitud “indica el grado de capacidad representativa de una descripción respecto de la realidad”,⁷ pero nada aporta al grado de conocimiento, ello lo hacen las pruebas y esto resulta importante, porque una sentencia debe descartar o aceptar hechos (aserciones) en base a las pruebas rendidas y no en función de la capacidad explicativa que tenga una narración, por muy coherente que ésta sea.

En ese sentido, la verosimilitud no es sino una aceptación por parte del juzgador de la capacidad explicativa que puede tener una determinada hipótesis, siempre sujeta a verificación o refutación. En otras palabras algo verosímil puede ser falso y algo no verosímil puede ser verdadero.⁸

Además de ser verosímiles los hechos contenidos en la acusación, para seguir con el ejemplo, también pueden resultar probables; pero nuevamente cabe una advertencia, si

⁶ Taruffo op. cit, pág 117.

⁷ Taruffo op. cit, pág 187.

⁸ No entro a analizar la cuestión de la verdad material versus la verdad formal o verdad sustancial versus la procesal y toda la discusión sobre aquel tema, sin perjuicio de expresar que me parece uno de los tantos falsos dilemas teóricos, encerrando más bien posturas ideológicas, de construcciones de relaciones de poder al interior del proceso penal, que una cuestión de índole estrictamente dogmática. Puede verse al respecto Ferrajoli, op. cit. págs. 51 y ss; también referencias en Horvitz Lennon y López Masle *Derecho Procesal Penal Chileno* tomo I, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, págs. 25 y ss.; Ferrer Beltrán, *Prueba y Verdad en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 68 y ss.; Tarruffo op. cit. págs. 21 y ss.

bien la probabilidad dota de un grado de confirmación a la hipótesis, lo que la hace distinta en su tratamiento a la verosimilitud que de ésta se tenga, en caso alguno resulta suficiente para construir toda una motivación, particularmente si es condenatoria penal. En principio se podría hablar de una prueba débil.

La cuestión que plantea esta temática es bajo qué grado de confirmación se da esta prueba débil. En todo caso, y lo reitero, creo que una probabilidad, en el sentido de repetición o frecuencia estadística, no puede sustentar una sentencia condenatoria penal, ya que el principio de presunción de inocencia y la carga de la prueba obligan a un plus mayor. En este sentido la libre valoración de la prueba encuentra nuevamente un límite en su construcción.

IV. MEDIOS DE PRUEBA Y HECHOS

Hemos señalado que para probar los enunciados fácticos se necesita de los medios (elementos) de prueba; ellos nos permitirán avanzar de nuestra verosímil hipótesis al establecimiento de cómo ocurrieron los hechos, en otras palabras, esas fuentes de información estarán encargadas de presentarnos los datos idóneos que permitan la verificación de nuestra hipótesis.

Es sabido que la referencia a los medios de prueba resulta genérica a la luz de lo dispuesto en el artículo 323 del Código Procesal Penal⁹, estableciéndose de este modo una regla jurídica amplísima a la hora de fijar los medios de prueba. Luego, en nuestro ordenamiento procesal penal, cualquier elemento que se lleve a juicio es válido y ninguno tiene *a priori* una mayor o menor relevancia, ello dependerá de cada caso en particular.

La llamada plena prueba hoy carece de sentido; cuando los conflictos llevados a juicio cada vez son más técnicos, más específicos, más originales, menos previstos por el legislador, no tiene sentido restringir el valor de los medios de prueba a una estratificación previa dada. Parece evidentemente un error que si la ley trabaja bajo cláusulas de cierre general, de pronto aparezca reducida la manera de probar aquella realidad que el propio legislador deja abierta.

Se trata de una discusión que a nivel de los hechos se ve tardíamente tratada, se sostiene, con bastante fundamento, la necesidad que la riqueza del caso particular debe ser rescatada, que la especialidad de los hechos en este caso obligan a un tratamiento distinto, haciéndose insuficiente la respuesta fría y categorial contenida en la norma general, más aún, de no conducirse de esa forma se obtendría una respuesta contraria a derecho. Es como si los hechos también le abrieran una puerta al juzgador para fijar la norma más justa para el caso concreto. Esta cuestión no resulta nueva en el derecho, aunque en otro ámbito, baste recordar el debate Hart – Dworkin sobre la creación de normas por parte de los jueces en los llamados casos difíciles.¹⁰

⁹ Artículo 323 inciso primero: “Medios de prueba no regulados expresamente. Podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, videgrabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe.”

¹⁰ Véase *La Decisión Judicial*, El debate Hart-Dworkin; estudio preliminar de César Rodríguez, Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 1997, Colombia.

Pero volviendo a nuestro tema, la forma de abordar el análisis de cada medio probatorio para establecer finalmente el *factum* en la sentencia, es tomarlo de manera individual y con posterioridad hacer una valoración conjunta de todos ellos, esto permitirá un mejor rendimiento a la hora de la construcción de la motivación.

Uno a uno, cada elemento de prueba que se presente debe ser analizado como si fuera el único. Se le debe identificar en cuanto fuente de prueba (testigo, documento, etc.) y la relación que mantiene con los hechos, luego la aptitud que tiene para entregar datos útiles, aquí aparecerán cuestiones como su estado de conservación, transcurso del tiempo y otros datos, por ejemplo la cuestión de la credibilidad de un testigo que declara sobre un hecho que dice haber presenciado; y finalmente la situación de poder ser valorados efectivamente dichos medios de prueba, como por ejemplo normas de prohibición de la prueba ilícita.

Sólo una vez que se concluya el análisis de cada medio de prueba en sí mismo y en relación con los demás, se estará en condiciones de apreciar si los hechos (enunciados o proposiciones fácticas) han sido suficientemente corroborados por datos empíricos que fueron debidamente llevados a juicio y con posibilidad de contrastación o refutación. En otras palabras “de forma natural el resultado de cada medio de prueba irá produciendo su efecto en la conciencia del juez, le aportará un grado de información, generando un estado de conocimiento abierto a la integración de nuevos datos procedentes de los restantes medios de prueba.”¹¹

Una conclusión -creo evidente- es que lo que se obtiene de esta actividad probatoria es un conocimiento probable y no una certeza única y excluyente, amén de todas las dificultades que se detectan. Por ello la motivación resulta necesaria para dar concreción y realidad al respeto y cumplimiento de un debido proceso legal, demostrándose que ya no es suficiente la oralidad, publicidad y contradictoriedad.

Al juez se le exige dar razón acabada, lógica y racional de cada una de las inferencias que haya ido estableciendo sobre cómo acaecieron los hechos, esas inferencias deben ser lógicas y racionales, expresadas de manera clara y desprovistas de todo “juicio de valor”, y si bien no existen reglas específicas y detalladas en la materia, no es difícil concluir que mientras mayor sea la cadena de inferencia, menor será la posibilidad de obtener una inducción probatoria realmente fuerte. “Esta función de la racionalidad puede explicarse esencialmente de dos formas: ex ante, en la medida en que el juez controle el fundamento de su propio razonamiento sobre las pruebas desarrollándolo mediante criterios racionales o, en todo caso, dando cada paso, además del razonamiento completo, sobre la base de esos criterios. Ex post, en la medida en que la validez del razonamiento del juez puede ser verificada posteriormente por otros sujetos, mediante los mismos criterios, a través del control sobre la motivación del juicio de hecho.”¹²

Siguiendo a Jordi Ferrer, la manera de evitar la arbitrariedad es entender que el enunciado “Está probado que p” (sea p cualquier hecho) como sinónimo de “Hay elementos de juicio suficientes a favor de p”, que lo diferencia sustancialmente con aquel que refiere al enunciado que lo asimila a “El juez ha establecido que p”, ya que poner el

¹¹ Andrés Ibáñez, “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 32 (2000) págs. 9-34, Ed. virtual del Consejo General del Poder Judicial, 2001. España.

¹² Taruffo op. cit, pág 422.

acento en los elementos del juicio, más que en la “íntima convicción del sentenciador”, hace realmente posible el control de la motivación de la decisión que se escritura finalmente en la sentencia judicial.

Por lo anterior, “son muchos los casos en los que, de hecho, los jueces dictan sentencia en contra de sus creencias, no sólo debido a la aplicación de las premisas normativas, sino también en la determinación de las premisas fácticas del razonamiento (Larenz, 1960, págs. 302 y 303). No es difícil imaginar, en ese sentido, que un juez o un jurado puedan tener la convicción (creencia) de que A ha realizado la acción por la que es acusado del delito Y, pero considerar que a la luz de los elementos probatorios aportados al proceso deben estimar la aplicación del principio de presunción de inocencia.”¹³

Se puede apreciar de manera indudable que la obligación de motivar, para que alcance su máximo rendimiento, debe ser anterior a la actividad decisoria. Ello se logra naturalmente cuando los jueces que conocen el caso no han estado en contacto previo con la prueba. Sin perjuicio de lo anterior, cabe añadir como presupuesto necesario y concurrente la facultad de poder contradecir todo medio de prueba que presenten las partes y que ella se ejerza de manera inmediata, modelo que precisamente contempla nuestro Código Procesal Penal.

Si llegado el caso, tanto la hipótesis de la acusación como la hipótesis de la defensa se sostienen con sus medios de prueba llevados a juicio, debe estimarse preferible esta última. Ello porque como anota la doctrina: “para ser aceptada como verdadera, la hipótesis acusatoria no sólo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por ninguna contraprueba, sino que también debe prevalecer sobre todas las posibles hipótesis en conflicto con ella... Cuando no resulten refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio *indubio pro reo*, contra la primera. Este principio equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella”¹⁴.

Siguiendo un esquema analítico, la defensa, frente a la acusación, no está obligada a establecer que “está probado que no-p”, sólo le basta indicar que “no está probado que p” y ello porque no se le puede compeler a llevar su propia teoría del caso al juicio, sólo le basta refutar la que el acusador -Ministerio Público en nuestro caso- le presente.

V. RAZONAMIENTO INDUCTIVO Y MÁXIMAS DE EXPERIENCIA

Hace un momento anotábamos la necesidad de criterios racionales al momento de valorar los medios de prueba, así por ejemplo, no caben métodos que sean calificados como irracionales por la cultura jurídica común, siempre se exigirá la utilización adecuada de todos los datos empíricos disponibles, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que la valoración de la prueba siempre supondrá un razonamiento complejo, quisiera detenerme en la especialidad que tiene ese razonamiento y cómo entran a tallar en él lo que la doctrina y nuestro Código Procesal

¹³ Ferrer, op. cit., pág. 93.

¹⁴ Ferrajoli, op. cit., pág. 151.

Penal reconocen como las máximas de experiencia, todo por cierto para dar por establecido un hecho.

Bajo esta línea resulta importante resaltar que el modelo que se impone no es de aquellos retórico-persuasivos o narrativos-semánticos de corte suasorio, probablemente ello podría sostenerse desde el punto de vista del litigante que presenta su teoría del caso, aunque también resultaría discutible el considerarlo de manera exclusiva y suficiente.

Por el contrario, desde el punto de vista del sentenciador, éste no puede convencer –si es que esa es su obligación realmente- en la construcción de la sentencia por únicas cuestiones de plausibilidad o palabras semejantes. Debe convencer porque razona y demuestra cada una de sus inferencias, las que deben estar conectadas lógicamente. Así, la argumentación que debe realizar el juez siempre será una actividad racional, lo que se contrapone naturalmente al hecho de recurrir a técnicas suasorias, ya que en ellas lo único que podría percibirse serían tácticas expositivas.

La actividad racional del juez en la construcción de la motivación obliga a razonamientos probatorios o demostrativos, dejando fuera la retórica, en cuanto se entienda que ella estudia los medios de argumentación para obtener la adhesión de otra persona sin recurrir a la lógica formal.

Sin perjuicio de lo anterior, también se anota que “cabe una visión menos pragmática (en el sentido de centrada en los usuarios del lenguaje) de la retórica, que distinguiera tan estrictamente como fuera posible lo que podríamos llamar su plano argumental del plano meramente expositivo. La retórica argumental no sería en tal caso independiente de la lógica, recuperando cierto carácter demostrativo, y la retórica expositiva podría centrarse en las meras técnicas de persuasión.”¹⁵

Establecido que argumentar es razonar, corresponde preguntarse qué modelo debemos escoger y dentro de ese modelo cómo ingresan las máximas de experiencia. Evidentemente debe ser el razonamiento inductivo, porque su contrapunto, esto es, el deductivo, siempre supone una ley que tiene el carácter de valor universal, y si estamos frente a conocimientos probables es difícil encontrar leyes de valor universal en que se puedan afirmar proposiciones y, por cierto, si las hay, no todas se darían en una misma sentencia.

Por lo anterior y sin entrar a discurrir en el tipo de razonamiento, parece obvio que en la construcción de los hechos se reconozca la necesaria naturaleza inferencial del paso de una proposición a otra, como nos señala Andrés Ibáñez “juicio de inferencia es anfibológico, puesto que podría designar lo mismo a la argumentación deductiva que a la inductiva, para significar algo tan impreciso e incluso tautológico como juicio de razonamiento. Por ello, quizá sería lo más sencillo hablar simplemente de inferencia inductiva, porque cumple con la función descriptiva a que aspira todo acto de denotación; y porque no sugiere, como no debe sugerir, diferencia alguna de método de operar, por razón de su objeto.”¹⁶

¹⁵ Capella, *Elementos de análisis jurídico*, Trotta, Madrid, 2º Ed., 2001, pág. 17.

¹⁶ Andrés Ibáñez, “Acerca de la Motivación de los Hechos en La Sentencia Penal”, en *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, N° 13, “La sentencia penal”, 1992. Ed. virtual del Consejo General del Poder Judicial, 2001. España.

Precisamente es aquí donde entran las máximas de experiencia, que responden al esquema de la inducción generalizadora, que también produce conocimiento probable, porque aunque resulte de una obviedad palmaria, la máxima de experiencia no es una ley de modo universal, sino el fruto de una constatación de que ciertos fenómenos se producen de manera regular. Por ello, aquellas que gozan de un alto grado de elaboración y consenso no requerirán prueba, en cambio otras sí podrán llegar a tener esa obligación porque cuentan, por ejemplo, con escasos datos empíricos.

Las máximas de experiencia son aquello que une la cadena inferencial del razonamiento probatorio para ir asentando los hechos que se tienen por probados, en otras palabras, el juez siempre irá incluyendo en sus premisas explicativas estas generalizaciones empíricas (máximas). Como anota Foschini, “percibido el hecho fuente de prueba, éste permanecerá absolutamente carente de significado y mudo, a los fines de la prueba, si no estuviera referido a experiencia y, más precisamente, subsumido en una máxima de experiencia, porque sólo de ese modo resulta posible obtener el convencimiento acerca de la verdad del hecho diverso que es objeto de prueba.”¹⁷

Pero volviendo a esa permanente exigencia de racionalidad en la construcción de los eslabones inferenciales, las máximas de experiencia también deben responder a un criterio de esa índole para su invocación y aplicación, que podría formularse así: “por un lado, tienen que utilizarse únicamente las máximas sobre las que se disponga de un amplio consenso en la cultura media del lugar y del momento en el que se formulan la decisión, resultando por ello aceptables como criterios de inferencia; por otro lado, la inferencia tiene que tomar en cuenta la naturaleza específica de la máxima que se utiliza, de modo que, por ejemplo, no se pueden efectuar inferencias ciertas sobre máximas no generales, ni inferencias cognoscitivas mediante máximas que expresen únicamente valoraciones.”¹⁸

Este quehacer cognoscitivo del juez frente al establecimiento de los hechos a través de sus inferencias judiciales -que trae necesariamente como resultado este conocimiento probable- explica la regla de cierre que tienen todos los modernos sistemas procesales (y sociedades realmente democráticas), que es el principio de la presunción de inocencia, que se plasma al exigir a la parte acusadora probar los hechos en que funda su imputación, sin que sea menester que el imputado demuestre su inocencia.

Inferencias inductivas, conocimiento probable como resultado de la actividad probatoria, todas características que nos ponen en un estado distinto a la hora de mirar los hechos, obligan a reconocer un cierto grado de incertidumbre irreductible.

Para minimizar aquel grado de incertidumbre, es necesario contar con datos empíricos absolutamente identificables, impidiendo así que bajo falsas descripciones de hechos se incluyan juicios de valor subjetivos no demostrables o refutables. La garantía de obtención de este especial conocimiento se encuentra “en la propia calidad y rigor con que se haya producido la adquisición de datos que están en la base de sucesivas inferencias y, asimismo, en el rigor con que éstas se hayan efectuado por quien realiza el

¹⁷ Citado por, Andrés Ibáñez, “Acercas de la Motivación de los Hechos en La Sentencia Penal”, en *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, N° 13, “La sentencia penal”, 1992. Ed. virtual del Consejo General del Poder Judicial, 2001. España.

¹⁸ Taruffo op. cit., pág 424.

enjuiciamiento. Este rigor no puede presumirse, y, desde luego, ni la Constitución ni la ley lo hacen. Y tampoco podría asegurarse su obtención de manera mecánica.”¹⁹

VI. HECHOS DESCRIPTIVOS Y HECHOS VALORATIVOS

Hace un momento señalamos que frente a los hechos siempre es necesario contar con datos empíricos que permitan su establecimiento y así evitar pseudo valoraciones que ingresen por contrabando al establecimiento del *factum*. Pero en verdad las cosas se hacen más abiertas y complejas cuando estamos en presencia de los llamados hechos valorativos, esto es, cuando la norma se define no sólo con términos fácticos o descriptivos, sino además con términos valorativos, como por ejemplo: “provocación suficiente”, “necesidad racional de medio empleado”, y tantos otros.

Lo que resulta complejo es que el hecho se contextualiza a propósito de su valoración y si de los valores, como asentamos, no se puede predicar su verdad o falsedad o al menos su confirmación o refutación en el juicio, la pregunta inmediata es qué es lo que se prueba, sobre todo si como dice Ferrajoli las proposiciones que presuponen un juicio de valor no son aptas para la verdad o falsedad, así nos señala que: “existen también, sin embargo, términos no sólo vagos sino también valorativos –como bueno, malo, feo, obsceno, púdico, fútil, peligroso y similares- cuya extensión es además de indeterminada también indeterminable, dado que no connotan propiedades o características objetivas sino que expresan más bien las actitudes y las valoraciones subjetivas de quien las pronuncia. Las proposiciones en las que aparecen no son por eso verificables ni refutables, al no tener ningún valor de verdad (o denotación) y al ser todo lo más argumentables con referencia a otros valores.”²⁰

Con todo, podemos afirmar que frente a los hechos valorativos, en realidad estamos en presencia de una estructura compleja de la norma, que puede dividirse en una parte descriptiva y otra valorativa, la que puede contener a su vez conceptos valorativos, densos o ligeros.

Cuando estamos frente a enunciados que contienen conceptos valorativos densos, como por ejemplo “la vida del Presidente Z es un ejemplo de sencillez, servicio y trabajo”, es fácil encontrar una parte descriptiva, la que naturalmente será objeto de confrontación y refutación para predicar su veracidad.

Por el contrario, frente a enunciados que contengan conceptos valorativos ligeros, como por ejemplo “X es buen actor”, lo “buen” resulta de extrema vaguedad a la hora de establecer ese hecho, ya que su propia construcción no cuenta con fuertes elementos descriptivos.

Esta indeterminación del hecho, que por cierto puede llegar a niveles extremos, “no implica que el hecho no deba ser individualizado y determinado, sino únicamente que su individualización es mediata, compleja, a menudo incierta y en todo caso dependiente de elecciones de distinta naturaleza que realizan las partes y, especialmente, el juez en cada

¹⁹ Andrés Ibáñez, “Carpintería de la sentencia Penal (en material de “hechos””, en *Revista del Poder Judicial*, N° 49, primer trimestre, 1998. Ed. virtual del Consejo General del Poder Judicial, 2001. España..

²⁰ Ferrajoli op. cit., pág 120.

caso concreto.”²¹ Con todo, parece claro que las técnicas probatorias que sirven para los hechos materiales (también llamados descriptivos) deben ser adaptadas.

Aquí puede resultar caótico estructurar reglas férreas y aplicables a todo evento. Admitida la importancia de la realidad del caso concreto, es indudable que se requerirá un camino largo para llegar a construir estas reglas, será necesario trabajar a través de grupos de casos en que se establezcan criterios generales -nuevas máximas quizás-, que permitirán ir estructurando criterios fiables y con cierto grado de certeza para los operadores del sistema jurídico, otorgando pautas y modelos acerca de lo que se estime como hecho a probar y la forma de hacerlo.

Lo importante radica en asumir que en esta construcción de los hechos valorativos la amplitud del juez resulta enorme. No es positivo ni ventajoso negar esa realidad y seguir conectados a un positivismo ciego y a ultranza. Lo metodológicamente correcto es tomar esa realidad, evidenciarla para permitir la existencia de un control cierto y real, tanto interno como externo, en la manera que se edifica la motivación para tener por acreditado los hechos.

En todo caso no puede admitirse que se pierda el punto de partida de la necesaria inferencia judicial para dar por establecidos los hechos. Un camino fácil y tentador sería por ejemplo dar una definición de estos conceptos valorativos contenidos en los enunciados normativos y luego desarrollar unos hechos probados y finalmente concluir que se encuadran en la definición. Ello no es admisible, por cuanto se parte de una línea errada, se trabaja en base a definiciones que jamás podrían constituirse en premisa de algún razonamiento, ya que “las definiciones, a diferencia de los enunciados asertivos, no son verdaderas, ni falsas; y, a diferencia de los enunciados prescriptivos, tampoco son eficaces o ineficaces. Las definiciones son sólo convenciones introducidas para simplificar los restantes enunciados, asertivos o prescriptivos, contenidos en el mismo documento que ellas.”²²

Admitido el espacio de discrecionalidad que tiene el juez al momento de establecer estos “hechos valorativos”, la pregunta obligada es qué hacer para evitar la arbitrariedad.

Parece evidente que la lógica tradicional aristotélica, de todo o nada, ya no tiene capacidad de rendimiento cuando nos enfrentamos a estos hechos imprecisos, que por lo demás llevan aparejados términos vagos. Se hace imposible predicar es “p o bien no p”, una cosa es o de lo contrario no es. Ahora estamos en presencia de cuestiones “borrosas”, donde la gradualidad obliga a matices, en que de 0 a 1 pueden existir múltiples posibilidades. Aquí es donde se ha abierto un nuevo campo de investigación en el Derecho, es la teoría de los conjuntos borrosos, *fuzzy set*, la *lógica fuzzy* o lógica borrosa en su traducción²³ —también llamada por algunos *lógica viva*— que en los últimos años ha ido penetrando el pensamiento jurídico (inicialmente tiene su origen en la matemáticas, aunque también hoy se aplica a campos de diagnóstico en la medicina, la informática y muchos otros).

²¹ Taruffo op. cit., pág 138.

²² Hernández Marín, *Interpretación, Subsunción y Aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág 12.

²³ B. Kosko, *Fuzzy thinking: The new science of fuzzy logic*, Hyperion, Nueva York, 1993, *El Pensamiento Borroso*, Grijalbo, Barcelona, 1995.

Esta nueva línea de pensamiento pretende la posibilidad de construir procedimientos racionales que tengan por objeto conceptos vagos, ello se observa no como algo subjetivo o irracional, sino como una cuestión de suyo ordinaria dentro del lenguaje, “se trata, pues de una teoría del *razonamiento inexacta o aproximada*, que encuentra su base en la posibilidad de formular inferencias entre proposiciones fundadas en nociones vagas o conceptos imprecisos.”²⁴ De lo que se trata es que estos conceptos indeterminados, por ejemplo “alto”, no pueden calificarse en base a una medida única, sino que se requiere una escala, una magnitud y si bien la vaguedad no se elimina, no existe factor que impida una argumentación racional. Ahora bien, el plus se da en cuanto deben buscarse límites o un marco a esa escala.

Debe recalarse que este modelo no sólo resulta aplicable a los hechos, sino también a la selección de los medios de prueba y su análisis, como por ejemplo, cuando el testigo dice “el sujeto era más o menos alto y de contextura media”, se agrega por favor aclare, y responde “más o menos 1,75 metros y de unos 80 kilos”, nadie diría que si el imputado mide 1,70 y pesa 74 kilos que no ha descrito una posible característica. En palabras de Taruffo: “en algunos aspectos la teoría examinada es una teorización —con elevados niveles de formalización— de ese dato, importantísimo en todos los sectores en los que se usa el lenguaje ordinario para llevar a cabo el razonamiento que se funda en buena medida en nociones de sentido común.”²⁵

La lógica borrosa nos indica que aquí ya no vale A o no A, puede que algo de A en un momento, un poco de no-A en otro sean igualmente válidos, (se advierte a simple vista como calza con la mecánica de lo que otros denominan las características del caso concreto). Así la lógica borrosa, como lógica argumentativa, sometida a parámetros también de racionalidad -nadie discute esa propiedad obligatoria que debe poseer- puede servir como una importante guía en la construcción de estos hechos valorativos, no sólo porque éstos no vienen dados de manera ontológica, características común a los hechos, sino también porque a nivel del lenguaje vienen expresados en términos abiertos o imprecisos si se quiere.²⁶

Desde el momento que reconocemos que existen parámetros racionales, si bien la libertad del juez es mayor al momento de la fijación de los hechos, ella no resulta absoluta y podrá fácilmente descubrirse cuando aquél pretenda sustituir el sentido común jurídico de una regla borrosa por su propio y personal sentido común, que ya no es el lógico borroso de la norma, sino el ideológico de sus personales creencias y sentimientos.

El raciocinio basado en casos -búsqueda de pertenencias de elementos a conjuntos borrosos- busca utilizar el conocimiento específico de experiencias previas y situaciones concretas, más que el dominio general del problema. La solución se busca en el grado de similitud, según la diferencia entre los dos casos. Por ello tiene mucho de cierto que ningún caso es exactamente igual a otro, pero nada impide que ellos se agrupen para lograr soluciones coherentes y no crear decisiones asistémicas, ya que si bien ningún caso es igual a otro, no existen sólo casos distintos en el derecho. Probablemente en el *common law* se puede observar la afinidad entre el sentido común de la sociedad y el

²⁴ Taruffo, op. cit., pág. 232, Cf. Negoita, *Expert System and Fuzzy System*, Menlo Park, California, 1985.

²⁵ Taruffo, op. cit., pág. 233.

²⁶ Como se podrá apreciar, existe un notorio parentesco con la llamada textura abierta en las normas. Véase H. L. A. Hart *El Concepto de Derecho*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, traducción Genaro R. Carrió, reimpresión 1998, págs. 155 y ss.

sentido común encerrado en sus normas que, en gran parte, son fruto de reglas sociales borrosas convertidas en derecho consuetudinario y que, a su vez, es judicializado a través del precedente.

Con todo, hay que advertir “que la reducción de la vaguedad consistente en definir una escala de valores o un orden de magnitudes es esencialmente convencional. Como ya se ha mencionado, a menudo se trata de establecer la escala sobre la que un objeto determinado sitúa su valoración: esto permite precisar el significado y el alcance de esa valoración, pero ésta permanece vinculada al contexto identificado por quien la formula.”²⁷

VII. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

La obligación de fundamentación de las decisiones judiciales puede encontrarse desde el derecho romano, pero su construcción como principio es de data moderna. Es a partir del pensamiento liberal ilustrado, que culmina con la Revolución Francesa, donde alcanza el grado de normatividad. Uno de los ejemplos más concretos se ve en la Constitución Napoleónica y en las claras sanciones de nulidad que se contemplaban en las leyes procesales napoleónicas al infringir esta obligación. Sin perjuicio de lo anterior, es a partir de los Estados Constitucionales de Derecho que el principio alcanza un altísimo grado de tecnificación y enriquecimiento, dando paso al ingreso de toda una nueva concepción del rol del juez.

Ferrajoli extrae numerosas consecuencias de su modelo garantista, basado en el despliegue de la fuerza de las constituciones en los Estados de Derecho, que las resume en el sentido que “el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de la leyes y demás disposiciones. Programa además sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: *a)* en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; *b)* en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; *c)* en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; *d)* por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto.”²⁸

Resulta obvio que para el presente trabajo lo que nos interesa es el plano de la teoría de la interpretación, y, en especial, la redefinición del papel del juez a la hora de la aplicación de la ley.

²⁷ Taruffo, op. cit., pág. 235.

²⁸ Ferrajoli, *Derechos y Garantías La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2º ed. 2001, pág. 20.

El garantismo penal (sigo la terminología de Ferrajoli) se presenta en una de sus facetas más importante como el respeto y sometimiento del juez tanto al derecho penal, como al derecho procesal penal y al derecho constitucional, no sólo en cuanto expresión de normas escritas (al estilo paleopositivista como él lo denomina), sino también a sus principios, a la luz de los cuales deben interpretarse todo el entramado normativo. Así, el juez no sólo se limita a revisar el simple tenor literal de las palabras de la ley -que siempre se supone o cree claro-, debe también establecer y corroborar que aquélla es conforme a la Constitución y sus principios.

Muchas visiones apocalípticas han querido verse en estas expresiones; una suerte de apertura y entrega al arbitrio (ni siquiera discrecionalidad) del juez, de profundizar un control difuso de la Constitución, y otras cuestiones de igual índole. Pero cuando se ocupa la Constitución para imponer obligaciones al juez, aunque no exista una norma literalísima y fielmente redactada al tenor del diccionario, muchos de aquellos defensores de la seguridad jurídica no tienen objeción alguna para reconocerla, los mismos que también, de buen grado, reconocen que en todos los ordenamientos jurídicos sus operadores están dispuestos a aceptar que en casos difíciles las normas puedan ser derrotadas por cuestiones de principios (generales del derecho, para seguir apegados de alguna manera a las normas si se las entiende así). Aunque sería bueno que se revisara cómo el entramado reticular normativo cada vez es más expresión de concreción de la actividad de la administración que fruto de la legislatura. Luego, aquella parte de mi propio gobierno que entrego a los legisladores, realmente como ciudadano también se la entregué a un funcionario administrativo, que dicho sea de paso, al igual que los jueces, no son elegidos por escrutinio popular en nuestro sistema.

Pues bien, yo presento una obligación constitucional “sin texto expreso” para el hermeneuta final del tramo operativo del discurso procesal, la obligación constitucional de fundamentar la sentencia como resguardo de un debido proceso legal, enunciado que se encuadra dentro del artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política de la República.²⁹

Lo anterior no tiene nada de original ya que nuestros tribunales han ido estableciendo desde hace años esa sana doctrina, simplemente y a modo de ejemplo, transcribo uno de los muchos fallos donde la Excelentísima Corte Suprema da un reconocimiento explícito a la garantía constitucional de la fundamentación de las sentencias como concreción del debido proceso legal: “[...] la nueva legislación procesal penal ha sido especialmente exigente en orden a imponer a los jueces que conocen y resuelven en definitiva en juicio oral un trabajo de elaboración particularmente meticuloso y cuidadoso en la elaboración de las sentencias. La preocupación esencial de toda sentencia penal de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieran por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297. Esta norma, si bien es cierto ha facultado a los tribunales para apreciar la prueba con libertad (en abierta y franca discrepancia con el sistema tasado del sistema inquisitivo), lo ha hecho en el bien entendido que los tribunales no pueden en

²⁹ Artículo 19 N°3 CPR: “La Constitución asegura a todas las personas:

N° 3.- La igual protección de la Ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

modo alguno, como primera limitante, contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y luego exige que para hacer esa valoración el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con señalamiento de los medios de prueba, único o plural, por los cuales se dieren por probados cada uno de los hechos y circunstancias atinentes a la litis...

De todo lo relacionado resulta claro que el nuevo proceso penal obliga a los jueces, en la sentencia definitiva que dicten, a indicar todos y cada uno de los medios probatorios atinentes a fijar los hechos y circunstancias propuestos por los intervinientes, expresar sus contenidos y en base a ellos razonar conforme a las normas de la dialéctica a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir uno del otro o para darle preeminencia o si resultan coincidentes, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad para apreciarla y llegaron a dar por acreditados los hechos y circunstancias que serán inamovibles posteriormente.

Esta invocada libertad que la ley reconoce a los jueces para “pesar” toda la prueba no puede merecer reproche alguno si la sentencia pone en forma clara y expresa en evidencia que no se han quebrantado las limitantes que ella misma ha impuesto, se recuerda: que la forma de apreciar la prueba con libertad no contradiga los principios de la lógica, de las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, lo que importa, dicho de otro modo, que se respeten las normas del silogismo; los principios, vivencias, proposiciones y enseñanzas adquiridas por los jueces durante su vivir y ejercicio de la función judicial, como también los conocimientos que científicamente resulten prevalentes conforme se desprenda de quienes los dominan o manejan.

Y estas exigencias no están desprovistas del correspondiente respaldo constitucional. En efecto, por una parte el inciso 5° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, declara que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y el artículo 73 de la misma veda la intervención de los demás órganos superiores del Estado a revisar los *fundamentos o contenidos* de las resoluciones que emanen de los tribunales establecidos por la ley.

Por tanto, las señaladas normas reglamentan la forma de cómo los jueces deben dar por acreditado los hechos y si no son respetadas permiten la anulación correspondiente. No hay en ello, consiguientemente, un control del tribunal *ad quem* sobre los hechos, sino sobre cómo llegaron a ellos los jueces del tribunal oral.” (Considerando tercero, sentencia en recurso de nulidad Excm. Corte Suprema de ingreso Rol N° 964 de 12 de mayo de 2003)

De las múltiples consecuencias que se pueden extraer de la sentencia transcrita, una me parece de la mayor relevancia, que no puede existir de parte del tribunal superior (el que revisa el recurso de nulidad) un control sobre la forma en que se ha valorado la prueba por el tribunal oral. No puede inmiscuirse para cambiar las razones por las cuales se dio más valor a un medio de prueba que a otro para tener por acreditado o establecido un hecho. Pero en lo que sí puede indagar y resolver, amparado por la garantía constitucional del artículo 19 N°3 inciso 5, es que las conclusiones que se vayan extrayendo de cada medio de prueba valorado para dar por establecido los hechos respeten los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos

científicamente afianzados, de suerte que las inferencias lógicas en el establecimiento del *factum* de la sentencia responda a todos los elementos llevados a juicio.

Por cierto, las infracciones a este nivel siempre deben ser de una entidad tal que no deje duda alguna que no se ha respetado este *standard* mínimo anotado.

En efecto, los tres conceptos contenidos en el artículo 297³⁰ del Código Procesal Penal, que limitan la libre valoración de la prueba, teóricamente pueden ser violados, pero no resulta aventurado creer que bajo el modelo sistemático y teleológico del nuevo proceso penal ello resultará excepcional.

Lo anterior supone tener claro lo que representan las máximas de experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y la lógica. En este punto sólo me gustaría clarificar uno de ellos, el de la lógica –naturalmente el de las máximas de experiencia ya ha sido tocado y los conocimientos científicos no parecen representar problemas generales-, la que necesariamente está referida a una lógica formal, como señala la doctrina, “Debe anotarse que los enunciados de la lógica son verdaderos, independiente de cualquier mundo posible, por lo que deben ser diferenciados de algunas afirmaciones corrientes en el lenguaje ordinario que usan la palabra lógica(o) para referirse a comportamientos razonables, por ejemplo “si Pedro fue visto por Josefa cuando entró a la oficina de Luis, no es lógico que haya matado a este último por cuanto sería fácilmente descubierto y dada su relación de socios le resultaba muy fácil reunirse con él sin que nadie más los viera.”³¹

Éste es el equilibrio necesario de la regla indicada, así se podrá impedir que bajo pseudo fórmulas de supuestas infracciones a las reglas de la lógica, las máximas de experiencia o conocimientos científicamente aceptados, se realicen nuevas valoraciones y lo que es más peligroso, se proceda a fijar nuevamente los hechos al conocer de los recursos de nulidad.

Lo anterior obedece a una razón evidente y que la propia Corte Suprema ya ha establecido jurisprudencialmente: “Que, para una acertada resolución de este recurso, ha de tenerse en cuenta que uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se erige el sistema introducido en nuestro ordenamiento por el Código Procesal Penal es el de la inmediatez. De conformidad con este último, la determinación de los hechos a los cuales se aplicará el derecho se confía al tribunal de Juicio Oral el cual, para establecerlos, tiene que estarse a las pruebas que le han sido rendidas directamente y de las que ha impuesto inmediatamente. Por eso, a las Cortes de Apelaciones, o a esta Corte Suprema, conociendo del recurso de nulidad a que se refieren los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, les está vedado alterar los hechos que fueron fijados en la sentencia del Tribunal Oral. Si no fuera así, resultaría que magistrados que no han tenido acceso personal y directo a las pruebas producidas durante el Juicio Oral estarían modificando hechos de los que sólo toman conocimiento mediato. Con ello se arruinaría

³⁰ Artículo 297: “*Valoración de la prueba*. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.”

³¹ Coloma Correa y otros, *La Prueba en el nuevo Proceso Penal Oral*, LexisNexis, Santiago, 2003, pág. 24. El mismo autor da un excelente ejemplo para entender la regla: no sería aceptable predicar que Valentina es mayor que Rodrigo si ellos se sustenta en el siguiente razonamiento “se encuentra probado que Rodrigo es mayor que Joaquín y que Joaquín es mayor que Valentina, entonces se puede concluir que Valentina es mayor que Rodrigo”.

lo que ha sido uno de los propósitos básicos del legislador al construir el nuevo sistema procesal. (Fallo CS Recurso de queja de 10 de julio de 2002).

La oralidad, publicidad, contradicción e intermediación aseguran presupuestos básicos para tener un verdadero debate con todas las garantías dentro del desarrollo del procedimiento, pero éste no culmina en los alegatos de clausura, sino que se extiende hasta la dictación de la sentencia. Entonces, qué garantías tiene el imputado a esas alturas, y la respuesta resulta automática, la motivación de la decisión, de suerte que comprenda las razones por las cuales se le condena. En consecuencia, la decisión explicitada (que incluye los hechos) “ha de reunir también las condiciones precisas de transparencia argumental en la justificación para hacer frente con eficacia a lecturas nutridas de legítima desconfianza. El fallo podrá o no convencer, pero, idealmente –y es la decisión en la que apunta el modelo constitucional- deberá haber sido bien y suficientemente explicado.”³²

La manera de motivar es amplísima y sólo como líneas generales, quiero resaltar uno de los tantos fallos del Tribunal Constitucional Español, quien ha vinculado la motivación de las sentencias al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, exigiendo siempre una motivación fáctica, inferida a partir de la prueba practicada y una valoración jurídica de los hechos declarados probados. Expone: “centrada así la cuestión objeto de debate, el análisis de la queja referida a la presunción de inocencia de la recurrente debe partir de la reiterada doctrina de este Tribunal acerca del contenido de este derecho fundamental y los límites de la jurisdicción de amparo cuando ante ella se alega su violación. Con palabras de la STC 120/1999, de 28 de junio, debemos reiterar que “... ni el art. 24.2 CE cuestiona la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, ni compete en amparo a este Tribunal evaluar la actividad probatoria con arreglo a criterios de calidad u oportunidad. La protección del derecho a la presunción de inocencia comporta, según hemos dicho, ‘en primer lugar ... la supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación del derecho de defensa ... en segundo lugar ... comprobar, cuando así se nos solicite, que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada ... en tercer y último lugar ... supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante’ (STC 189/1998, FJ 2; STC 220/1998, FJ 3).” Por tanto, “sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”.

En consecuencia, hemos destacado recientemente (STC 5/2000, de 17 de enero, FJ 2) la relevancia constitucional de la motivación del relato fáctico de las sentencias penales, pues, en efecto, su total ausencia “afecta al derecho a la presunción de inocencia [SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 7; 175/1985, de 17 de diciembre, FJ 5; 107/1989, de 8 de junio, FJ 2; 229/1988, de 1 de diciembre, FJ 2; 220/1998, de 16 de

³² Andrés Ibáñez, “Carpintería de la sentencia Penal (en material de “hechos””, en *Revista del poder judicial*, Nº 49, primer trimestre 1998. Ed. virtual del Consejo General del Poder Judicial, 2001. España.

noviembre, FJ 3; 91/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 111/1999, de 14 de junio, FJ 2, 120/1999, de 28 de junio, FJ 3], por cuanto la explicitación de la prueba que puede sustentar los hechos declarados probados y, consecuentemente, la condena penal, constituye un factor relevante no sólo de la posibilidad efectiva de revisar la apreciación de la prueba por un tribunal superior que tenga atribuidas funciones al efecto, sino también de que este Tribunal pueda efectuar un control sobre la existencia o inexistencia de prueba de cargo; es decir, un control de la virtualidad incriminatoria de las pruebas practicadas, que exige la razonabilidad y mínima consistencia de las inferencias o deducciones realizadas por los tribunales ordinarios para considerar acreditados los hechos incriminadores del finalmente condenado." De manera que el derecho a no ser condenado si no es en virtud de prueba de cargo —presunción de inocencia— y el derecho a la libertad personal, comprometido en toda sentencia penal y específicamente restringido al condenarse a pena privativa de libertad "avalan la necesidad de fortalecer el deber de exteriorizar los fundamentos de las decisiones judiciales hasta el punto de hacer imprescindible, en este caso, también una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica". Dicho de otro modo, con palabras de la STC 139/2000, de 29 de mayo, "los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia" (FJ 4, STC 249/2000, de 30 de octubre de 2000).

El motivar fundando en razones objetivables, intersubjetivamente válidas, excluye la arbitrariedad por definición. Puede que el juez sea libre frente al legislador en la valoración de la prueba, pero no lo es según lo demostrado en juicio y de los criterios de racionalidad que operan en la cultura jurídica dentro de la cual se enmarca el proceso. Por ello tiene tanta razón Wróblewski cuando distingue dos niveles de justificación, el interno, referido a la relación de coherencia entre las premisas que construyen la sentencia y el externo que mira la forma de asegurar la racionalidad probatoria al establecer las premisas del *factum*.

En resumen, con la motivación se permite no sólo el control a que tiene derecho el imputado, tanto en la interpretación del derecho como en el establecimiento de los hechos, sino el control de la sociedad toda.

VIII. CONCLUSIÓN

Se ha dicho con razón que la función judicial "no es solamente cognoscitiva sino también, en alguna medida, potestativa, a causa de la discrecionalidad que siempre interviene en la interpretación de la ley, en la valoración de las pruebas, en la connotación del hecho y en la determinación de la medida de la pena."³³ Este diagnóstico nos obliga a pensar en estructuras que nos permitan evitar que esa discrecionalidad se transforme en arbitrariedad.

En esa línea se encuadra la construcción —elevada a nivel de garantía constitucional— que la decisión siempre debe justificarse, no sólo porque estructuralmente lo que se obtiene de la actividad probatoria acerca de la demostración de

³³ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, op. cit., pág 547.

los enunciados fácticos (los hechos) siempre es un conocimiento probable, y que, por lo demás, “ninguna proposición descriptiva es apta *a priori* para captar y agotar el hecho y ni siquiera se puede sostener que éste pueda ser descrito *completamente* por una serie, incluso extensa, de proposiciones”³⁴, sino también, debido a que es la única manera de entender que la jurisdicción se ejercita de manera legítima, lo contrario no sólo implicaría un actuar políticamente ilegítimo, sería algo mucho peor, un residuo de absolutismo.

A mi entender, cada vez que los jueces fundamentan sus sentencias crean un derecho más enriquecido, que permite ampliar el accionar social, dando señales claras de las expectativas recíprocas que se esperan al interior de la sociedad.

El ejercicio de templanza y prudencia que implica la correcta motivación de la decisión se encuentra en el lugar más angular del derecho, ya que lo modela y lo hace operativo en nuestra sociedad -pretendida cada vez más plural, tolerante y democrática- al imponer los mínimos necesarios que aseguren la convivencia de las personas. En otras palabras: “Lo natural del derecho consiste en estar íntimamente compenetrado con la sociedad, es decir, estar en el centro de la *físis* de ésta, ser estructuralmente partícipe de ésta. No es el instrumento coercitivo del soberano o el espacio para vuelos teóricos de un doctrinario; puede también serlo, puede convertirse en ello, pero *en primer lugar* es algo más y es algo diferente. Pertenece al ser de una sociedad, condición necesaria para que esa sociedad viva y continúe viviendo como sociedad, para que no se transforme en un conglomerado de hombres en perenne pugna entre ellos.”³⁵

A medida que por las resoluciones judiciales se vaya explicitando esta idea fuerza, quizás se comprenda mejor el riesgo que significa entender el Derecho como un refrendador de mayorías. Sólo cabe señalar que al ir concretándose lo ya dicho, traerá como consecuencia necesaria estructuras de poder realmente paritarias.³⁶

Si se observa detenidamente, quizás la libre valoración de la prueba -camino que permite adecuadamente demostrar lo anterior- haya eliminado y proscrito lo que anunciábamos al comienzo, la moderna ordalía de la prueba legal tasada, con el único objeto, o al menos uno de sus principales, de comenzar a tratar los hechos en serio.

³⁴ Taruffo, op. cit., pág. 93.

³⁵ Grossi, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 45.

³⁶ Véase Mirjan R. Damaska, *Las caras de la Justicia y el poder del Estado Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.