

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.
Polít. crim. Vol. 9, N° 18 (Diciembre 2014), Art. 4, pp. 400-427.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A4.pdf]

Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la “duda razonable”¹

Rodrigo Coloma Correa
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado
rcoloma@uahurtado.cl

Resumen

Este trabajo analiza las consecuencias normativas del voto de minoría que aduce la existencia de una duda razonable como argumento para absolver. El hilo conductor de la argumentación se construye a partir de dos textos académicos que afirman que el estándar de prueba para la condena en sede penal *exige/debiera exigir* que haya unanimidad de los jueces en cuanto a que los hechos se encuentran probados “más allá de toda duda razonable”. Las debilidades en una de las premisas en que se sustenta dicha argumentación llevan a concluir que para la superación del estándar de prueba penal es suficiente el voto de la mayoría del tribunal que afirma la inexistencia de dudas razonables. Sin embargo, la consideración de que cada juez que participa en un tribunal colegiado ocupa una posición *prima facie* equivalente, desde el punto de vista epistémico, provee de buenas razones para el aumento de exigencias deliberativas y de justificación en las sentencias cada vez que un juez minoritario invoque una duda razonable.

Palabras clave: Decisión judicial, Duda razonable, Estándar de prueba, Fundamentación de sentencias, Voto disidente.

Abstract

This paper analyzes the normative consequences of the minority vote arguing the existence of reasonable doubt in a case. The paper’s argument dialogues with two academic opinions, claiming that in order to convict, the standard of proof requires or should require unanimity on the proof of facts “beyond reasonable doubt”. One of the premises of such line of reasoning –the primacy of reasonable doubt– has weaknesses and it leads us to the conclusion that a majority vote affirming the absence of reasonable doubt is enough to reach the criminal standard of proof. However, it should be considered that each judge member in a collegiate court occupies *-prima facie-* an equivalent position, from an epistemic point of view. Therefore, there are good reasons for improving deliberative and justification requirements, in the substantiation of a judicial decision, whenever a minority judge claims that there is reasonable doubt in a given case.

Key words: Judicial decision, Reasonable doubt, Standard of proof, Statement of reasons in judicial decisions, Dissenting opinion.

¹ Este trabajo corresponde a resultados de proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1140986 “Conceptos fundamentales del Derecho Probatorio en Chile”.

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

“De acuerdo al paradigma tradicional, la historia es objetiva [...] En la actualidad este ideal se considera, en general, quimérico. Percibimos el mundo solo a través de una red de convenciones, esquemas y estereotipos, red que varía de una cultura a otra. En tal situación, nuestra comprensión de los conflictos se ve aumentada por la presentación de puntos de vista opuestos, más que por el intento de expresar un acuerdo [...] Nos hemos desplazado del ideal de la Voz de la Historia a la heteroglosia, definida como un conjunto de «voces diversas y opuestas».” Peter Burke²

Introducción³

De las propuestas que apuntan a esclarecer las implicaciones normativas del estándar de prueba del “más allá de toda duda razonable”⁴ (en adelante, “MADR”)⁵, una de las más radicales y, a la vez de más sencilla implementación, es aquella que supedita la condena del acusado al voto unánime de los miembros del tribunal de juicio oral. Se trata de una propuesta sencilla (desde un punto de vista práctico) pues reduce la aplicación del MADR a un ejercicio de contabilización de votos. Se trata, también, de una propuesta radical, ya que implica subvertir la regla de mayoría en la toma de decisiones de los tribunales colegiados.⁶

² BURKE, Peter, “Obertura: La nueva historia, su pasado y su futuro”, en: BURKE, Peter, *Formas de hacer historia*, 2ª ed., Madrid: Alianza, 2012, pp. 19 – 20.

³ Una versión preliminar de este texto fue presentada en un ciclo de charlas organizado por el Instituto de Ciencias Penales en el año 2013. En el caso concreto, se contó con el apoyo de la Corte de Apelaciones y del Colegio de Abogados de Valparaíso. Una versión más afinada del texto fue discutida en el Seminario de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral y en el Seminario 3 de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Agradezco especialmente las sugerencias que me fueron realizadas por Daniela Accatino, Claudio Agüero, Luis Avilés, Mariela Jorquera, Jorge Larroucau, Álvaro Núñez y Cristián Santibáñez. Asimismo, agradezco la tarea realizada por Victoria Martínez de revisión del borrador final. Las ideas que se expresan respecto al desacuerdo fueron gatilladas –en gran medida– como consecuencia de la asistencia del autor al Seminario “Epistemología Aplicada a la Argumentación y el Razonamiento” a cargo de Harvey Siegel y organizado por el Centro de Estudios de la Argumentación y el Razonamiento de la Universidad Diego Portales.

⁴ El art. 340 del Código Procesal Penal establece que “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.”

⁵ En rigor el MADR provoca no solo efectos en la fase de toma de decisiones por parte de un tribunal. Al MADR pueden también asociársele otros efectos en la fase de preparación del juicio y de rendición de pruebas, las que no serán analizadas aquí.

⁶ Ver art. 19 del Código Orgánico de Tribunales.

Hasta la fecha, la aludida propuesta –ya sea en sus vertientes de *lege lata* como de *lege ferenda*– ha carecido de impacto, tanto en las actuaciones de los tribunales de justicia como, en las del legislador. Aquello no es de extrañar pues, tal como está planteada, la propuesta descansa en algunos supuestos sumamente controvertibles. Sin embargo, es útil profundizar sobre ella ya que: i) su reconstrucción ayuda a visualizar asuntos relevantes, tales como las implicaciones del desacuerdo entre los jueces, como también el impacto de distintos modelos para tomar decisiones (agregación de preferencias) en tribunales colegiados; y ii) su reformulación –en términos más débiles– conduce a propuestas sobre nuevas formas de operar en los tribunales de justicia las que, de ser seguidas, pudiesen redundar en sentencias con mayores niveles de legitimación.

En lo que sigue, se identificarán las principales debilidades que afectan al argumento de que el voto disidente que aduce una duda razonable (en adelante, “DR”) representa un límite infranqueable para la condena del acusado. En las conclusiones se propondrá una lectura mucho menos radical de las implicaciones del desacuerdo en un tribunal colegiado, la cual –sin inhibir la condena por mayoría– reconoce relevancia al voto minoritario cuando éste es absolutorio.

1. La propuesta de Alfredo Etcheberry y las variantes sugeridas por Raúl Carnevali e Ignacio Castillo

La tensión (aparente) entre la regla de mayoría y la aplicación del MADR se transformó en un tema frecuente de discusión entre jueces y abogados, con ocasión de la publicación de una columna del penalista Alfredo Etcheberry en un periódico de circulación nacional.⁷ En ésta se criticó la condena a presidio perpetuo de los dos acusados en un crimen que remeció a la opinión pública chilena. Las razones esgrimidas por dicho autor para oponerse a la aludida decisión no referían a una defectuosa valoración de la prueba de parte de los jueces suscriptores del voto de mayoría, sino a la existencia de un voto disidente que daba cuenta de una DR.

La línea argumental ya la había anticipado Etcheberry⁸ en un texto más extenso publicado algunos años antes. Ésta, con ciertas licencias, admite reconstruirse mediante las siguientes seis tesis:

⁷ ETCHEBERRY, Alfredo, “¿Una duda razonable?”, *Diario El Mercurio* de 28 de enero de 2011. La sentencia a la que refiere fue dictada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en contra de María del Pilar Pérez López y José Mario Ruz Rodríguez por delitos de lesiones, homicidios, parricidio y robo con homicidio, RUC: 0801000636-9, RIT: 136-2010 de fecha 26 de febrero de 2011.

⁸ ETCHEBERRY, Alfredo, “Consideraciones sobre el criterio de condena en el código procesal penal”, en: RODRÍGUEZ, Luis (Coord.), *Delito Pena y Proceso. Libro Homenaje a la Memoria del Profesor Tito Solari*, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso - Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 659-678. Una aproximación diferente respecto de las implicaciones del MADR puede verse, por ejemplo, en ACCATINO, Daniela, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho PUCV*, XXXVII (2011), pp. 483-511, pp. 499 y ss.; FUENTES, Claudio, “El manejo de la incertidumbre judicial: La construcción de la duda razonable en el sistema procesal penal”, en: FUENTES, Claudio (Coord.), *Diez años de la reforma procesal penal en Chile*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, pp. 500-555; REYES, Sebastián, “Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno”, *Revista de Derecho* Universidad Austral de Chile, Vol. XXV, n° 2 (2012), pp. 229-247.

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

- i. Tesis de la fundamentación como límite a la libre valoración: En el proceso penal los jueces deben fundamentar sus decisiones, lo cual constituye un límite a la libertad de valoración de la prueba. En palabras de Etcheberry: “A pesar de la rotunda afirmación sobre la libertad de apreciación de los medios de prueba que hace el art. 297 del Código Procesal Penal, este mismo artículo y el 342, letra c), obligan al tribunal a analizar en la sentencia toda la prueba...”⁹
- ii. Tesis del control intersubjetivo de la DR. La calificación de las dudas planteadas por uno o más de los juzgadores debe realizarse *desde fuera* de la subjetividad de quien aduzca tenerlas. No basta que el juez –incluso si es sincero– invoque tener una DR para entender que aquella efectivamente existe. En palabras de Etcheberry:

“[...] siendo la duda un fenómeno [...] íntimo de cada persona, al agregarse que para absolver la duda debe ser razonable, ello obliga a calificar la duda, y a calificarla desde fuera del sujeto, por otras personas y con criterios que pueden ser diferentes.”¹⁰
- iii. Tesis de las fuentes del control intersubjetivo de la duda razonable. Aquí hay dos opciones interpretativas¹¹ frente a los planteamientos de Etcheberry:
 - a. El cumplimiento del MADR exige la inexistencia de dudas que contradigan los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En palabras de Etcheberry: “Si la duda no contraría ninguno de esos criterios [principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados], debería ser tenida por razonable.”¹²
 - b. El cumplimiento del MADR exige que quienes invoquen dudas razonables den razones de su existencia.¹³ En palabras de Etcheberry:

“«Una duda razonable es una por la cual puede darse una razón» (*State v. Jefferson*, 43 La Ann 995, 10 So. 199). Ese estándar es inaplicable en el sistema anglosajón, e incluso en el francés, en que los jurados no dan ni pueden, ni deben dar razón de sus conclusiones; sin embargo, es perfectamente aplicable en el sistema nuestro, en que los jueces (unánimes o divididos) deben justificar y razonar sus conclusiones, de hecho y de derecho.”¹⁴

⁹ ETCHEBERRY, “Consideraciones”, cit. nota n° 8, p. 662.

¹⁰ ETCHEBERRY, “Consideraciones”, cit. nota n° 8, p. 672.

¹¹ Las opciones no son necesariamente disyuntivas, sino que pueden también entenderse como complementarias. Así, la opción b) puede operar en aquellos espacios argumentativos que no se encuentran cubiertos por los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Esto, por cierto, constituiría una tercera opción a las ya indicadas. No será tenida en cuenta en esta reconstrucción, ya que excede claramente a la propuesta de Etcheberry. Cfr. COLOMA, Rodrigo; AGÜERO, Claudio, “Lógica, ciencia y experiencia”, *Revista Chilena de Derecho* (en prensa).

¹² ETCHEBERRY, “Consideraciones”, cit. nota n° 8, p. 678. Cfr. COLOMA, Rodrigo, “Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en: COLOMA, Rodrigo (ed.), *La prueba en el nuevo proceso penal*, Santiago: LexisNexis, 2003, pp. 5-34, pp. 26 y ss.

¹³ Esta tesis se encuentra estrechamente relacionada con la primera de las tesis mencionadas. La fundamentación de las sentencias sirve tanto para delimitar la discrecionalidad del juez, como para controlar la decisión de presentar una duda como razonable.

¹⁴ ETCHEBERRY, “Consideraciones”, cit. nota n° 8, p. 677.

- iv. Tesis de la primacía de la DR. Si un juez mediante un voto de minoría declara dudar razonablemente solo caben dos opciones: a) efectivamente existe una DR; b) el juez comete prevaricación o bien, actúa de manera irracional. En palabras de Etcheberry:

“[...] si el fallo condenatorio se pronuncia solo por mayoría de votos [...] y el voto minoritario debe ser obligatoriamente fundamentado, ello es una clara muestra de que ha existido una duda razonable, a menos que califiquemos al miembro de la minoría como un juez irracional o como un juez prevaricante.”¹⁵

- v. Tesis de la unanimidad como mecanismo para evitar errores en la calificación de una duda como no razonable. Condenar a pesar de la razonabilidad de la duda planteada por el juez minoritario implica dejar de aplicar el MADR. En consecuencia, tomarse en serio el MADR implica que la sentencia de condena debe ser suscrita por la unanimidad de los miembros del tribunal. En palabras de Etcheberry:

“[...] si la condena exige una convicción más allá de toda duda razonable, el hecho de que uno de los miembros del tribunal no comparta el veredicto condenatorio y lo expresa así razonadamente, no se ha alcanzado el nivel de exigencia establecido por la propia ley: hay lugar para una duda razonable para condenar.”¹⁶

- vi. Tesis de que la condena por mayoría implica una modificación del significado del MADR. Lo único que permitiría eludir la inconsistencia de admitir la condena sin que se alcance la unanimidad de los jueces es considerar a la culpabilidad como probabilística, lo que implica renunciar a la aplicación del MADR. En palabras de Etcheberry: “El admitir un fallo mayoritario no unánime para condenar, significa la adopción del criterio de culpabilidad probabilístico, expresamente rechazado en los países que han adoptado el criterio de la duda razonable.”¹⁷

El problema de la propuesta de Etcheberry debe ser radicado en la tesis número 4, razón por la cual es en ella que se centrará la mayor parte del análisis que se hará a continuación.

Raúl Carnevali e Ignacio Castillo abordan también el tema yendo aún más lejos en sus apreciaciones acerca de la imposibilidad de sentencias condenatorias cuando un voto disidente expresa una DR. Ellos consideran que dicho voto resulta suficiente para bloquear la condena del acusado sin necesidad de cambios normativos.¹⁸ Lo señalado, sin embargo, es solo en apariencia, ya que hay buenas razones para considerar que la pregunta que tratan

¹⁵ ETCHEBERRY, “Consideraciones”, cit. nota n° 8, p. 677.

¹⁶ ETCHEBERRY, “Consideraciones”, cit. nota n° 8, p. 678.

¹⁷ ETCHEBERRY, “Consideraciones”, cit. nota n° 8, p. 677. Lo que Etcheberry pareciera entender como criterio probabilístico correspondería a un estándar de prueba menos exigente que el MADR. Según éste bastaría con que la hipótesis de la realización del hecho y de la participación sea mejor (o más probable) que la de la no realización o de la falta de participación, para que se entiendan probados los hechos y la participación del acusado.

¹⁸ Dicen ellos: “Por lo anterior, somos del parecer que no es necesaria una reforma, pues de *lege lata*, atendido lo dispuesto en el Art. 340, se puede desprender la exigencia de la unanimidad para condenar, dado que la propia ley establece el estándar y sobre qué debe recaer la convicción del tribunal.” CARNEVALI, Raúl; CASTILLO, Ignacio, “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, *Ius et Praxis*, Año 17, n° 2 (2011), pp. 77-118, p. 109.

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

de resolver no es exactamente la misma que la de Etcheberry. Lo que a ellos, en último término, les preocuparía sería la inconsistencia que se produce entre la regla de la mayoría para la toma de decisiones y el MADR, cuando el voto de minoría (y no de mayoría) está en lo correcto al afirmar que existe una DR.¹⁹

2. ¿Por qué no hay inconsistencias entre condenar por mayoría y aplicar el MADR?

Las tesis centrales de Alfredo Etcheberry pueden ser articuladas de distintas maneras, si de lo que se trata es de representar un argumento completo y no la simple adición de múltiples tesis aisladas entre sí. Con el fin de no desdibujar aquello que él sostiene –y, a la vez, presentar lo que podría ser una reconstrucción que potencia sus posibles virtudes explicativas– identificaré una parte que podríamos llamar epistémico-conceptual y otra, que llamaremos normativo-procedimental.

A. *Sub-argumento epistémico-conceptual* (“lo que es de lege lata”). Esta parte del argumento escudriña las propiedades que debieran ser satisfechas por una duda, a los efectos de que su concurrencia impida sostener que el MADR es aplicado. Para lograr dicha armonización se prescindirá de las tesis 5 y 6.

“Si uno cualquiera de los jueces de un tribunal colegiado –que no comete prevaricación ni actúa irracionalmente– absuelve al acusado invocando una DR y en su voto explicita las razones para dudar, no contraviniendo en su argumentación los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, es necesario concluir que en el caso concreto existe una duda DR”.²⁰

¹⁹ Esta reconstrucción, por cierto, puede ser discutible ya que los autores no la plantean abiertamente. Hay fragmentos desde los cuales –en mi opinión– puede ser extraída esta interpretación. Así, por ejemplo, dicen ellos: “En términos sencillos, y según se fundamentará, un voto disidente respecto de la *quaestio facti*, motivado y razonado –y por lo mismo no subjetivo– conforme las exigencias de nuestro proceso penal, en virtud del cual uno de los jueces del tribunal ha considerado que existe una duda razonable de que realmente se hubiere cometido el hecho punible y que en él hubiere correspondido al acusado participación culpable, debe ser suficiente para absolver al imputado.” (p. 83). Más adelante sostienen: “En cambio, como hemos dicho insistentemente, lo que debería ocurrir es que habiendo un voto de minoría –adecuadamente motivado y objetivamente razonado– aquel debería impedir la condena.” (p. 111). En contra de esta forma de comprensión podría argüirse algunos pasajes del texto, tales como: “Si la posición expresada por el voto particular también es verosímil y razonable, ello significa, ya sea que el fiscal no pudo probar los hechos de la acusación o que la tesis planteada por la defensa introdujo dudas que pueden ser calificadas de razonables.” (p. 107) Aun cuando los esfuerzos de justificación se refieren a los asuntos planteados por Etcheberry, es dudoso que constituya el núcleo del problema abordado, entre otras cosas porque gran parte del esfuerzo argumentativo apunta a que es posible entender que la verdad perseguida en el proceso obedece a la concepción de ésta entendida como verdad como correspondencia y, por tanto que se espera contar con una explicación –para estos efectos, la del disidente– que debiera ser superior a sus rivales.

²⁰ Desde una perspectiva conceptual la DR sería para Etcheberry una duda (no profundiza respecto a ¿qué es una duda?) que admite ser evaluada por terceros (tesis 2), como razonable en virtud de que ofrece razones para dudar (tesis 3b). A su vez, desde una perspectiva epistémica, es posible distinguir una DR respecto de una que no lo es porque la sentencia es fundamentada (tesis 1) por un juez que no actúa irracionalmente ni incurre en prevaricación (tesis 4), no contraviniendo los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, ni los conocimientos científicamente afianzados (tesis 3a).

B. *Sub-argumento normativo-procedimental* (“lo que es de lege ferenda”). Etcheberry es cauto al no hacer derivar del argumento epistémico-conceptual la absolución automática del acusado, pues entiende que las decisiones de un tribunal colegiado se toman por mayoría de los miembros del tribunal. Podría entenderse, entonces, que hay una antinomia entre el MADR y la norma que estipula que las decisiones se toman por mayoría. Etcheberry (implícitamente) se inclinaría porque la antinomia sea resuelta privilegiando la regla de la mayoría, pues indica que la exigencia de la unanimidad es un asunto de *lege ferenda*.²¹ Para la construcción de esta segunda parte del argumento se *invisibilizan* las tesis 1 a 4.

“Es consistente con el MADR que se absuelva al acusado si uno o más de los miembros de un tribunal colegiado que vota(n) fundadamente aduce(n) una DR acerca de la realización del hecho y/o de la participación que el acusado ha tenido en éste”.²²

La formulación del MADR por parte del legislador no ha resultado lo suficientemente eficaz a los efectos de influir en los tribunales de justicia para que actúen de una manera acorde a las expectativas que, al respecto, habría tenido el legislador y, tal vez, la cultura jurídica.²³ La falta de *densidad semántica* que se advierte en su escueta formulación hace necesario que se propongan distintos significados desde la dogmática y/o desde la jurisprudencia, con miras a que dicho estándar de prueba (en adelante, “EdP”) goce de *presión normativa*. Etcheberry no se conforma con esta falta de operatividad y crítica, además, la afirmación del legislador en cuanto que el aludido EdP constituye una *noción decantada*. La imprecisión de la disposición normativa es ilustrada por este autor reconstruyendo parcialmente una diversidad de significados tanto en el medio nacional, como en el extranjero.²⁴

La clave en Etcheberry para enfrentar el problema de ineficacia del MADR –en un sistema como el nuestro en que los adjudicadores son jueces y no jurados y que, además, motivan sus decisiones– pasa por rechazar la opción de que el tribunal se escabulla en su subjetividad para darlo por superado en un caso concreto. De esta manera, asigna un papel esencial a la fundamentación de la sentencia. Esto diferencia el MADR incorporado en nuestro sistema de adjudicación respecto al mismo EdP en sistemas en los que participan jurados.

Carnevali y Castillo desarrollan de manera más profunda esta idea, abogando por una lectura fuertemente diferenciada del MADR, según si se opera en un sistema de jurados en que no se justifica la decisión (solo se comunica), o en uno como el nuestro en que los jueces fundamentan sus decisiones.²⁵ Para ellos la exigencia de unanimidad en el sistema de

²¹ Al respecto debe llamarse la atención acerca de que no se hace cargo de por qué habría de preferírsela, es decir no se sabe si por aplicación del criterio de la especialidad u otro.

²² La estructura completa de las seis tesis de Etcheberry sería: Si T1 + T2 + T3 + T4 hay una DR, entonces debe ser T5. En caso contrario, ocurriría T6.

²³ Por supuesto lo que aquí se sostiene debe ser leído con precaución (supone una intencionalidad compartida del legislador, una deferencia hacia la cultura jurídica, etc.). Baste, entonces, considerar, que las cosas no han cambiado mucho a consecuencia de la inclusión del MADR en el proceso penal.

²⁴ ETCHEBERRY, “Consideraciones”, cit. nota n° 8, pp. 671 y ss.

²⁵ CARNEVALI/CASTILLO, “El estándar de convicción”, cit. nota n° 18, pp. 103 y ss.

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

jurados correspondería a un asunto que podría ser contingente, en cambio en el nuestro sería una exigencia necesaria. El argumento se sostiene en que para ellos la decisión del jurado debe verse “desde el prisma de las decisiones democráticas y su valor político y social, pero no desde la epistemología.”²⁶ A contrario, en nuestro sistema –afirman ellos– hay una pretensión fuerte de búsqueda de la verdad y de la mano de ello, con la epistemología.²⁷

La estructura de dicho planteamiento no merece *prima facie* objeciones importantes en cuanto a su consistencia interna, pero sí la selección de las premisas. Aun cuando haya diferencias innegables entre los dos modelos, no puede desconocerse que sus compromisos –ya sea con valores democráticos o epistémicos– son preferentes y de ninguna manera, absolutos. La deliberación que es llevada a cabo por el jurado cuenta con un componente epistémico no menor al exigir la búsqueda de acuerdos por la vía de plantear, corregir y refutar argumentos. A contrario, hay una serie de aspectos de nuestro proceso penal que suponen *abdikaciones epistémicas* en aras del resguardo de otros valores (respeto de derechos fundamentales, disminución de costes, rapidez en la decisión, etc.). Según se verá más adelante, la deliberación que suele presentarse como muy *identitaria* de los sistemas de jurados, constituye una variable a la que no se le ha sacado partido en sistemas de jueces profesionales.

2.1. Sobre hechos y distinciones entre lo correcto y lo incorrecto

La distinción más/menos precisa entre respuestas correctas e incorrectas constituye una aspiración propia de todo sistema (explicativo o normativo) con pretensiones de autonomía. El sistema jurídico no es una excepción. Con el trazado de dicha línea divisoria se hacen concesiones a una intuición potente, en cuanto a que si carecemos de alguna manera legitimada de distinguir entre lo correcto y lo incorrecto, los sistemas normativos²⁸ fracasarán estrepitosamente en su función de guiar comportamientos.²⁹

Como se sabe, un sistema jurídico como el chileno supone una intensa participación del legislador, de los jueces y de los juristas en la determinación de lo que es correcto e incorrecto, desde un punto de vista normativo. El legislador es el principal responsable de la construcción de disposiciones normativas (fuentes del derecho). Por su parte, los jueces y juristas desempeñan una tarea esencial en la determinación del significado de dichas

²⁶ CARNEVALI/CASTILLO, “El estándar de convicción”, cit. nota n° 18, p. 104.

²⁷ Según se verá en los apartados siguientes, la exigencia de unanimidad no constituye una garantía epistémica en cuanto a que no existe una DR en un caso concreto.

²⁸ Esto, ciertamente también es aplicable a los sistemas explicativos, ya que nada explicarán si no disponen de mecanismos que diferencien entre explicaciones correctas e incorrectas (no todo puede valer)

²⁹ Bernard Williams, por ejemplo, señala que el escepticismo radical que desconfía de todo es escasamente inquietante. Así, el escepticismo es mucho más punzante e interesante cuando apunta a algunos puntos más específicos de la producción de conocimientos. WILLIAMS, Bernard, “La filosofía y el entendimiento de la ignorancia”, en: WILLIAMS, Bernard, *La filosofía como una disciplina humanística*, México: Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 193 – 194.

disposiciones (interpretación). Esto lleva a que la determinación de lo correcto e incorrecto sea un asunto que corresponde resolver *desde dentro* del sistema jurídico.³⁰

En el caso de los hechos probados, el asunto es bastante distinto. Las pruebas situadas en la base de los hechos probados no son un producto que se genera *desde dentro* del sistema jurídico,³¹ ni tampoco las inferencias que se realizan corresponden a prácticas desarrolladas de manera exclusiva por jueces y/o abogados.³² Lo expresado no significa, sin embargo, que el resultado (hechos probados) venga prefigurado *desde fuera*, sin incidencia de lo que el mismo sistema jurídico ha establecido. Exigir una legitimación exclusivamente extra-sistémica implica reducir enormemente el ámbito de influencia del sistema judicial. Esto es así ya que la producción del conocimiento: i) no se encuentra socialmente centralizada,³³ ii) no está comprometida con la permanencia de los saberes en el tiempo (lo que haría tambalear la definitividad de las decisiones) y iii) ha internalizado el riesgo (¡ojalá bajo!) de que las teorías o métodos arrojen conclusiones erróneas en casos concretos. Fuera del espacio de lo jurídico, hay lugar para posiciones divergentes, como también para la modificación de creencias (o suspensión de éstas) e incluso, para adoptar creencias en situaciones de incertidumbre.

La defensa de una distinción fuerte entre lo correcto e incorrecto –si se le toma en serio– impacta en que la imposición de cargas u otorgamiento de beneficios de parte del sistema judicial quedaría reservada solo a un universo de casos muy pequeños en los que socialmente exista consenso acerca de la validez de una creencia a todo evento. Un sistema así será más seguro ¡qué duda cabe!, pero resultará prácticamente inservible.

El problema de la distinción entre lo correcto e incorrecto parece insoluble a menos que estemos dispuestos a reducir nuestras pretensiones al respecto. Por una parte, somos incapaces de distinguir entre resultados intrínsecamente correctos e incorrectos, y en consecuencia optamos por someternos a normas procedimentales (método). Por otro lado, la corrección que seremos capaces de alcanzar siguiendo las normas procedimentales será contingente, ya que –como se ha dicho– no tenemos mecanismos para reconocer la corrección intrínseca. En este sentido, téngase en cuenta el siguiente fragmento de Juan Carlos Bayón en que pone en duda la justificación de la democracia deliberativa a partir de sus virtudes epistémicas:

³⁰ Por cierto, esto dista de ser pacífico ya que, por ejemplo, la obligatoriedad (al menos en uno de sus sentidos) es un asunto que para muchos autores depende de la moral; o bien el significado que se atribuye a las disposiciones se extrae desde ciertas prácticas lingüísticas asentadas en un contexto mucho más amplio que el puramente jurídico.

³¹ Las pruebas se entienden valiosas en la medida que son entendidas como señales de fenómenos que ocurren fuera del espacio de lo jurídico, sin perjuicio que para su validez sea necesario cumplir con exigencias del sistema jurídico.

³² Una excepción, a lo menos parcial, se advierte en los modelos de prueba tasada en los que el legislador prefigura (parte de) las conclusiones que pueden extraerse desde los medios de prueba.

³³ La ciencia reclama esa posición respecto de lo que reconoce como su objeto de estudio. La sociedad, en términos generales, le reconoce tal sitio de privilegio en ciertos ámbitos, pero, indudablemente, en lo que refiere a explicar la conducta humana las concesiones son bastante secundarias.

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

“... o bien disponemos de una vía fiable e independiente del procedimiento en cuestión para identificar qué decisiones son correctas, en cuyo caso podríamos determinar fácilmente si tiene o no valor instrumental, pero ya no tendría sentido entender que lo que justifica el procedimiento es su valor epistémico; o bien no disponemos de semejante vía, en cuyo caso parece que no podríamos saber si tiende o no a producir decisiones correctas, con lo cual no podría ser racional reconocerle valor epistémico. La idea de justificación epistémica de un procedimiento resultaría entonces o innecesaria o inviable.”³⁴

Una estrategia para ampliar los espacios de influencia de los sistemas judiciales que no se limite a los casos seguros, sino que se expanda a todos aquéllos en los que interesa entregar respuestas, supone internalizar que el riesgo de equivocarse no quede totalmente bloqueado (aunque, perfectamente, pueda ser reducible). Esto implica que habrá mecanismos de clausura para la determinación de hechos probados que asuman problemas tales como lagunas, contradicciones e imprecisiones de la prueba (y errores en las inferencias), los que deben ser *gestionados* de la manera en que sistémicamente se determine.

La lectura que Carnevali y Castillo hacen del MADR enfatiza su función de garante de la producción de hechos probados no erróneos (reducción de falsos positivos).³⁵ Al desentenderse –en cierta medida– de la dimensión institucional que es propia de los hechos probados en juicio (y vincularlos a una epistemología general), esperan que los resultados sean defendibles, incluso, *más allá* de lo que atañe directamente al sistema jurídico.³⁶ Al menos en apariencia, estos autores no desconocerían que la imprevisibilidad de la conducta humana y las irregularidades de la naturaleza –que difícilmente resultan atrapables por las leyes de la física, de la química o de la biología– afectan la calidad de los conocimientos

³⁴ BAYÓN, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, *Diritto&Questioni Pubbliche*, n° 9 (2009), pp. 189-228, p. 194.

³⁵ Entre los varios pasajes que se podrían mencionar en tal sentido se encuentran los siguientes: “Esta no es, en cambio, nuestra realidad –y por el momento creemos que no debería serla–, pues nosotros tenemos un sistema procesal penal que descansa en la decisión de adjudicación en un tribunal colegiado de derecho, que tiene una pretensión epistemológica, y que además tiene la obligación de motivar.” (CARNEVALI/CASTILLO, “El estándar de convicción”, cit. nota n° 18, p. 82) “Volvemos a reiterar, si la regulación de un estándar de prueba como el de la duda razonable –particularmente alto– se vincula directamente con una decisión ética o ética-política del Estado, que pretende distribuir errores de manera tal que favorezcan al imputado, parece ilógico que en lo central de la adjudicación, a saber, el estándar de convicción –y su vinculación epistemológica hacia la verdad– se difumine esa distribución, permitiendo la condena con una decisión sólo de mayoría.” (CARNEVALI/CASTILLO, “El estándar de convicción”, cit. nota n° 18, p. 88). En el caso de Ignacio Castillo puede verse también su artículo: CASTILLO, Ignacio, “Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (Algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes)”, *Política Criminal*, vol. 8, no. 15 (2013), pp. 249 – 313. En este se profundiza su preocupación por las sentencias con resultados erróneos (inocentes condenados), entendiendo que la interpretación de sus preceptos debe ser deferente con la reducción de esta consecuencia no deseable de un sistema *excesivamente adversarial*.

³⁶ No se trata únicamente de resolver el problema práctico ¿qué hacer? que es el que directamente ocupa a los sistemas normativos, sino también de tomar posición respecto de preguntas de la forma ¿qué es? La normatividad del derecho no impide que indirectamente pueda hacerse cargo de algún tipo de problemas que exceden del marco de su regulación para auxiliar los intereses que en principio parecen más propios de la historia o del periodismo. Esto ocurre, por ejemplo, de las decisiones de los jueces orientadas a la construcción de la memoria histórica.

que son construidos.³⁷ Sin perjuicio de ello, entienden que una interpretación correcta del MADR requiere aumentar la corrección del contenido de toda decisión que declare que los hechos de la acusación han sido probados. La postura de Etcheberry, no es tan clara, pero al menos en una de sus interpretaciones posibles se advierte un cierto nivel de escepticismo acerca de la posibilidad de alcanzar resultados (objetivamente) correctos. Esto lo lleva a poner énfasis en los niveles de convicción (intensidad de las creencias) que alcanzan los jueces al evaluar las pruebas, como también a desechar una aproximación probabilística de los resultados alcanzados.³⁸

2.2. Algunas precisiones acerca de la función de los EdP

Los EdP corresponden a una de las concesiones normativas más importantes a los potenciales errores en que se puede incurrir en la determinación de los hechos probados.³⁹ Para entender el rol que cumplen los EdP es útil considerar distintas actitudes cognitivas que pueden darse en los sujetos llamados a dirimir un asunto concreto (los jueces). Tales actitudes cognitivas pueden ser agrupadas toscamente en las categorías de certeza, de riesgo, de incertidumbre y de ignorancia.⁴⁰ En el primero de los casos, el sujeto no tiene dudas acerca de la validez de su creencia estando, incluso, dispuesto a utilizar alguna expresión que las excluya radicalmente, como cuando se indica “yo lo sé”. La toma de decisiones en situaciones de certeza no resulta problemática, en lo que a determinación de soportes fácticos refiere. Tanto es así que incluso podría pensarse que ante la certeza, los jueces no entienden (subjektivamente) que deciden hechos, sino simplemente, que los constatan. En el caso de la ignorancia, en cambio, el sujeto carece de razones para pronunciarse, ya sea en favor o en contra de una creencia. Él sencillamente se sentirá inclinado a decir “no lo sé”. Las situaciones de ignorancia tampoco provocan problemas en contextos en que los jueces deben justificar sus decisiones, pues difícilmente un sistema jurídico estará dispuesto a operar bajo el azar o bajo la pura intuición. La decisión esperable en situaciones de ignorancia es que los hechos se tengan como “no probados”: bastará con

³⁷ Ver PRIGOGINE, Ilya, *El fin de las certidumbres*, Trad.: JACOMET, Pierre, Madrid: Taurus, 1997, pp. 218-219.

³⁸ A Etcheberry le preocupa que se sostenga que se ha pasado desde un sistema de íntima convicción a uno de sana crítica, lo que revela una preocupación por el mecanismo que es utilizado, más allá de su conveniencia epistémica. Dice: “A la luz de los arts. 297 y 340 del Código Procesal Penal, éste (sana crítica) sería el sistema imperante en el nuevo sistema procesal penal, pero en verdad el texto definitivamente aceptado para establecer la regla de convencimiento necesaria para condenar, por una parte, la forma en que llega a adoptarse el veredicto de culpabilidad y el sistema de control mediante recursos, por la otra, parecen si no abiertamente contradictorios, por lo menos ilógicos. Es lo que nos proponemos demostrar.” ETCHEBERRY, “Consideraciones”, cit. nota n° 8, pp. 664 -665.

³⁹ Otro ejemplo de lo expresado puede verse en la instauración de la sana crítica como modelo de valoración de la prueba, pues remite a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicamente afianzados, aun cuando las respuestas que ellos proveen puedan ser contradictorias y no exhaustivas. Así, junto a la sujeción de los jueces a un cúmulo de reglas no jurídicas, se les abre un espacio de libertad en términos que habrán de zanjar una serie de asuntos que permanecen abiertos, recurriendo a sus *formas privadas* de comprensión de la realidad. Esto último bajo la condición de explicitar las razones para elegir ciertas soluciones por sobre las rivales y que éstas *prima facie* aparezcan como susceptibles de ser compartidas intersubjetivamente. Cfr. COLOMA, “Lógica, ciencia y experiencia”, cit. nota n° 11.

⁴⁰ ELSTER, Jon, *La explicación del comportamiento social. Más tuercas y tornillos para las ciencias sociales*, Barcelona: GEDISA, 2010, pp. 144 – 145.

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

recurrir a las reglas sobre carga de la prueba o más específicamente, a la presunción de inocencia.⁴¹

Los EdP fuerzan a la clausura del estado de indefinición en el que podrían permanecer los jueces cuando sus actitudes cognitivas sean de riesgo y/o de incertidumbre.⁴² Esto es posible ya que los EdP redefinen el riesgo y la incertidumbre en términos de incorporar los casos en que aquellas actitudes concurren, dentro de la estructura binaria: probado/no probado. Se excluye, entonces, la invocación de indicadores de inseguridad,⁴³ como es el caso de “tal vez”, “es posible”, “no sé”, que sí se encuentran permitidos en otros contextos en que usualmente nos desenvolvemos.⁴⁴ En otras palabras, el EdP permite responder institucionalmente la interrogante: ¿cuál es la posición en términos de *considero probado/considero no probado* (actitud doxástica) que debe adoptar del juez en un caso concreto, cuando la prueba rendida no conduce ni a la certeza, ni a la ignorancia?

Como se sabe, dependiendo la clase de asuntos que se trate, el sistema jurídico puede establecer EdP diferentes. Entre los EdP con que usualmente se opera en distintas clases de procesos, el más exigente es el del MADR. Con este último, a los jueces se les coloca como baremo para su creencia la inexistencia de cualquier DR. Es decir, se les pide que excluyan opciones según la cuales los acontecimientos admiten estructurarse (razonablemente) de una manera diferente a la propuesta por la acusación. En otros casos –como podría suponerse que ocurre en la justicia civil– el baremo para la creencia de los jueces será la mayor probabilidad de que las cosas hayan ocurrido conforme indica el demandante y no

⁴¹ Las actitudes cognitivas de certeza y de ignorancia podrían asociarse, a su vez, a la actitud que podríamos llamar pragmática de “yo sé cómo decidir”. En cambio las actitudes de ignorancia y de riesgo se asociarán a la actitud de “yo no sé cómo decidir”. En estos últimos casos se requerirá de razones o reglas de segundo nivel. Cfr. TARELLO, Giovanni, “La semántica del Neústico. Observaciones sobre la parte descriptiva de los enunciados prescriptivos”, en: FERRER, Jordi; RATTI, Giovanni, *El realismo jurídico genovés*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 31.

⁴² Una situación sería de riesgo cuando el sujeto cognoscente se encuentra en condiciones de asignar probabilidades a las distintas situaciones en competencia, recurriendo a lo que en el pasado ha ocurrido o bien, a su juicio personal. (ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, cit. nota n°40, p. 145). Un caso clásico de toma de decisiones bajo riesgo es *Smith v. Rapid Transit*, en el que Betty Smith pide que se le indemnicen los daños por un accidente que le ocasionó un bus que no alcanzó a identificar. En la ciudad circulaban buses de dos compañías (azul y roja) lo que permitía calcular las probabilidades de errar si se condenaba a una u otra. En el caso de aplicación de exámenes de ADN o de grupo sanguíneo en que los riesgos de error son muy bajos, la situación se asimila a la certeza. En las situaciones de incertidumbre, el sujeto no está en condiciones de asignar probabilidades aunque sabe cuáles son las opciones (ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, cit. nota n°40, p. 145). Cuenta además con prueba que apoya a una y otra posición, y su análisis hace posible escapar de una situación de ignorancia. La situación de incertidumbre constituye, a mi juicio, la más frecuente a la que se enfrentan los jueces. Este es el caso de toma de decisiones a partir de lo que dicen testigos respecto de los cuales se duda de la calidad de sus observaciones, de la fiabilidad de sus recuerdos, de su sinceridad, etcétera.

⁴³ En términos más precisos el EdP permite hacer frente a situaciones de negación ilocucionaria (no negaciones locucionarias). Con la negación ilocucionaria, el juez no se cierra a la posibilidad de que el hecho pueda haber ocurrido pero no está dispuesto a *poner todas sus fichas* en ello. Cfr. SEARLE, John, *Actos de habla*. 5ª ed., Madrid: Cátedra, 2001, p. 41.

⁴⁴ Ver AUSTIN, John Langshaw, “Otras mentes”, en: AUSTIN, John Langshaw, *Ensayos filosóficos*, Madrid: Alianza, 1989, pp. 87-116.

como propone la demandada.⁴⁵ El sistema jurídico exige, de esa manera, diferentes soportes probatorios para asumir algunas creencias y rechazar otras.⁴⁶

Acorde a lo señalado, es una ingenuidad sostener que con el MADR se alza una barrera que excluye todo riesgo de equivocación de condenar a sujetos que no han realizado la conducta atribuida⁴⁷. Lo expresado no obsta a que el MADR sea entendido también como una regla que propende a la reducción del error, ya sea falsos negativos como falsos positivos.

El MADR es importante para dotar de legitimidad a una decisión que da por probados los hechos, en un contexto en que los decisores están imposibilitados de protegerse de las equivocaciones invocando un “quizás”, “probablemente” o “es muy posible”,⁴⁸ como también da señales claras a las partes acerca de lo que se espera de ellas en el desarrollo del juicio. En cuanto a esto último, con el MADR se indica que el Ministerio Público debe presentar prueba abundante, consistente, etcétera; y que la defensa no precisa acreditar la conducta opuesta a la atribuida al acusado, sino simplemente destacar debilidades de la prueba presentada o bien, probar (satisfaciendo un EdP menos exigente) algunas explicaciones alternativas.

No me referiré en este análisis a las tesis que postulan a que la única manera razonable de explicar el MADR es identificando ciertas condiciones objetivas que deben concurrir en el respectivo proceso judicial.⁴⁹ Dichas tesis son especialmente fecundas en contextos en que quienes deciden los hechos probados carecen de una experticia suficiente que los legitime ante una comunidad amplia, en lo que a evaluación de pruebas refiere. Llamar la atención en algunas variables tales como la abundancia o escasez de pruebas disponibles, o bien la calidad de las explicaciones alternativas que pueden darse a la escasez o abundancia de la prueba, constituyen buenas guías para evaluar si ciertos hechos deben darse (o no) por probados, haciendo perder protagonismo a la (¿temida?) dimensión subjetiva de las creencias en los juzgadores.

⁴⁵ El desarrollo del estándar de prueba civil es muy escaso entre nosotros. Ver LARROUCAU, Jorge, “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n° 3 (2012), pp. 783 – 808.

⁴⁶ Así, por ejemplo, si se le pregunta por la existencia de una divinidad el soporte probatorio que puede allegarse a cualquier respuesta probablemente será muy débil, no obstante lo cual podrá pronunciarse por la opción “tengo la creencia que existe D” o “tengo la creencia de que no existe D”. Para el sujeto y los interlocutores eso puede ser suficiente para que se entienda que “S cree en la existencia de D” y lo invitarán a ciertas ceremonias o actividades propias del culto a D. En cambio, si la creencia se relaciona, por ejemplo, con la química y ese es el campo de su experticia, probablemente exigirá un soporte probatorio muy alto para sostenerla en un congreso de especialistas.

⁴⁷ Si así fuere resulta difícil justificar por qué tres es un número suficiente de jueces para la toma de decisión. Daría mucho más seguridad de no condenar a un inocente la existencia de tribunales compuestos por un número mucho más elevado de sujetos en que baste con que solo uno tenga dudas razonables para absolver. Lo absurdo que nos parecería un tribunal, por ejemplo, de 21 jueces (“nadie sería condenado”) es una señal de que tal aproximación presenta defectos en la comprensión del MADR.

⁴⁸ Cfr. COLOMA, Rodrigo, “¿Realmente importa la sana crítica?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, n° 3 (2012), pp. 753-781.

⁴⁹ Un texto clave en esta línea es el de LAUDAN, Larry, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *DOXA*, vol. 28 (2005), pp. 95-113.

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

Sin embargo, en lo que aquí interesa esta perspectiva no parece contribuir a la solución del problema de si se requiere de unanimidad o basta la simple mayoría para dotar de legitimidad a la decisión probatoria. En términos sencillos, la consideración del MADR como EdP objetivo busca desentenderse de las creencias de los jueces para los efectos de determinar si aquél está siendo superado en un caso concreto. En ese sentido, para estas tesis de la objetividad, la decisión de entender que el MADR ha sido superado puede criticarse, aun si la totalidad de los jueces entienden que no hay DR. A contrario, aún si todos los jueces entendieren que hay una DR, sería perfectamente sostenible, desde este enfoque, afirmar que el MADR fue superado.

2.3. ¿La sola existencia de desacuerdos entre los jueces constituye una razón para suspender creencias?

Lo que se desarrolla a continuación da cuenta de las consecuencias epistémicas extrañables del desacuerdo entre jueces de un tribunal colegiado respecto de la decisión probatoria. Aun cuando corresponda a un asunto que no han tratado Carnevali y Castillo, ni tampoco, Etcheberry, éste resulta esencial para que la validación de la tesis de la primacía de la DR. La exigencia de la unanimidad para la condena debe hacerse cargo de la irrelevancia del voto mayoritario que afirma la inexistencia de DR, pues conlleva que los hechos no se consideren probados. Como contrapartida, la suficiencia de la mayoría para la condena debe hacerse cargo de la irrelevancia (o de la menor fuerza) del voto que afirma la existencia de DR, pues conlleva que los hechos se dan por probados.

El desacuerdo entre los miembros de un tribunal colegiado, como variable para dirimir si los hechos se encuentran o no probados, puede relacionarse fecundamente con distintas concepciones acerca de la racionalidad o irracionalidad del desacuerdo entre sujetos que evalúan las mismas piezas de información.⁵⁰ Los epistemólogos han distinguido distintos enfoques dependiendo de si aceptan o no la racionalidad de mantener una creencia luego de enterarse que otra(s) persona(s) –que reconocen como par(es) epistémicos y que ha(n) estado expuesta(s) a las mismas pruebas– sostiene(n) la creencia opuesta.⁵¹ La irracionalidad (en distintos grados) de perseverar en las mismas creencias se asocia a perspectivas *conciliadoras/conformistas/del mismo peso*. La racionalidad, en cambio, de perseverar en las mismas creencias –cumpliendo ciertas condiciones– se asocia a perspectivas *firmes/inconformistas/ del peso extra*. Lo que en ellas se disputa es la

⁵⁰ Alvin Goldman en un recuento de los asuntos que más llaman la atención a la Epistemología social (Social Epistemology) indica en un lugar destacado el de la racionalidad del “desacuerdo entre pares”. GOLDMAN, Alvin, “A guide to Social Epistemology”, en: GOLDMAN, Alvin y WHITCOMB, Dennis (Eds.), *Social Epistemology. Essential Readings*, Oxford – New York: Oxford University Press, p. 11.

⁵¹ En palabras de Richard Feldman: “Los desacuerdos entre las personas inteligentes e informadas plantean cuestiones epistemológicas difíciles. Una de las cuestiones se refiere a la razonabilidad de mantener las propias creencias a la luz de dichos desacuerdos. Otra se refiere a la posibilidad de que haya casos en los que las dos partes en desacuerdo sean razonables para mantener sus creencias”. FELDMAN, Richard, “Epistemological Puzzles about disagreement”, en: HETHERINGTON, Stephen (ed.), *Epistemology futures*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 216.

relevancia del desacuerdo con terceros para la conservación, cambio o suspensión de una creencia o punto de vista.⁵²

De acuerdo a la *concepción firme*, la sola existencia de un desacuerdo con un *par epistémico* no constituye una razón ya sea para suspender o para cambiar mis creencias (esto bajo la condición de que las demás circunstancias permanezcan iguales, por ejemplo, el *par epistémico* no me ha hecho ver algo que yo haya pasado por alto en mi razonamiento). En principio, la *concepción firme* parece estar muy en consonancia con la idea de que las creencias no modifican la realidad: mi creencia no es más ni es menos verdadera si los demás creen algo diferente (¡la Tierra se movía independientemente de que la creencia mayoritaria en un momento fuera que ésta permanecía estática!).

En cambio, para la *concepción conciliatoria* el desacuerdo constituye una razón para suspender las creencias, permaneciendo todas las demás circunstancias inalteradas. Una versión altamente comprometida diría:

“Si S cree justificadamente P en el momento inmediatamente previo a t, y S toma conocimiento en t que un par epistémico (en lo que respecta P) quien comparte la misma prueba no cree P, entonces S no está justificado en creer P en el momento t (entonces S está justificado en suspender su juicio acerca de P en el momento t)”.⁵³

Es decir, la concepción conciliatoria asume de manera decidida de que la existencia de desacuerdos constituye una manifestación de que alguien está equivocado y no sabemos quién; en consecuencia si no queremos errar es prudente abstenerse de creer, más aun si esa creencia va asociada a la realización de una conducta (en este caso, imposición de una pena).

En rigor ni Carnevali y Castillo, ni tampoco Etcheberry afirman que el voto disidente que alude a una DR debe conducir a los jueces de mayoría, individualmente considerados, ya sea a suspender su punto de vista o bien, a cambiarlo. Sin embargo, al establecer que el MADR no se deberá dar por superado, el efecto equivale a la suspensión de la creencia de la mayoría en cuanto a que los hechos se encontraban probados. De esa manera, su enfoque al momento de asumir la respuesta institucional (el tribunal) es coincidente con la posición conciliatoria en una dimensión radical (la falta de creencia de uno, derrota a la creencia de dos).

2.4. Desacuerdos en tribunales colegiados

La formación disciplinaria a la que se someten los jueces y los abogados –en conjunto con la circunstancia de pertenecer a una misma comunidad profesional– conducen a un elevado nivel de homogeneización de los saberes, valoraciones y destrezas relevantes para ejecutar

⁵² LACKEY, Jennifer, “Epistemology of Disagreement”, en: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195396577/obo-9780195396577-0137.xml> [visitado el 16.06.14].

⁵³ FELDMAN, Richard, “Evidentialism, Higher-Order Evidence and Disagreement”, *Episteme*, vol. 6, I. 3 (2009), pp. 294-312, p. 295.

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

una serie de tareas vinculadas al reconocimiento e interpretación de textos normativos.⁵⁴ De esta manera, sus formas de operar resultan fácilmente reconocibles y, en ocasiones previsible. Asimismo, tanto sus puntos de acuerdo como de desacuerdo acerca de los asuntos ya anunciados, se presentan a un nivel mucho más específico (de detalle) que los que suelen darse entre quienes no pertenecen a dicha comunidad.

Sin embargo, en lo que concierne a la valoración de la prueba en modelos parcialmente abiertos (como el previsto en el Código Procesal Penal chileno), la situación es bastante diferente. Los tecnicismos de los abogados y de los jueces no difieren mayormente de los de otros sujetos que no pertenecen a la disciplina: incluso hay espacios para que expertos foráneos (peritos) nos ilustren acerca de qué conclusiones podemos extraer a partir de ciertos vestigios que ha sido posible hallar en un caso concreto.

A pesar de lo señalado, hay razones⁵⁵ asociadas a una práctica frecuente en la resolución de casos que obliga a tomar decisiones sobre si ciertos hechos están o no probados que llevan *prima facie* a tratar como pares epistémicos⁵⁶ a los distintos miembros de un tribunal. En cada proceso en que les toca intervenir en forma colegiada, los jueces han escuchado a los mismos testigos y peritos, han visto los mismos documentos e, incluso, se han situado en un mismo estrado lo que les otorga un campo visual similar mientras se desarrolla la audiencia de prueba. Cabe entonces preguntarse si en caso de desacuerdo entre sus integrantes ¿es o no racional que el tribunal tome una posición única ante la existencia o inexistencia de un hecho? o bien, ¿debieran las creencias ser suspendidas en lo que refiere a si existió o no un hecho típico y/o si en él participó el acusado?⁵⁷ Si la respuesta a la última de las preguntas fuere afirmativa, el argumento de la absolución en caso de que uno de los jueces sostenga una DR se presenta como difícilmente derrotable. Esto sería así, ya que el MADR opera como una regla de clausura que fuerza a que en situaciones de cierto nivel de incertidumbre (o de cierto nivel de riesgo) deba actuarse como si el hecho o la participación no alcanzaron a ser probados.⁵⁸

⁵⁴ Ellos conforman una misma comunidad disciplinaria cuyos miembros suelen reaccionar de manera equivalente ante los asuntos que les son planteados, más allá de los desacuerdos puntuales acerca del significado de los textos normativos.

⁵⁵ Es preciso reconocer que tales razones, probablemente, sean más pragmáticas que epistémicas.

⁵⁶ Como ha apuntado Feldman la noción de par epistémico es vaga, yendo desde una aproximación altamente exigente que supone no solo tener en cuenta la misma prueba disponible, virtudes epistémicas y habilidades que no es posible que se dé en la realidad hacia otras menos exigentes que son las únicas que en la realidad podrán ser útiles. FELDMAN, “Evidentialism”, cit. nota n° 53, p. 300.

⁵⁷ Cfr. FELDMAN, “Epistemological”, cit. nota n° 51, p. 235. En contra, ver, entre otros, GOLDMAN, Alvin, “Epistemic relativism and reasonable disagreement”, en: FELDMAN, Richard; WARFIELD, Ted, *Disagreement*, New York: Oxford University Press, 2010, pp. 207 -213.

⁵⁸ El punto de la simetría epistémica puede en ocasiones verse quebrado en casos en que la preferencia de mi creencia respecto de las rivales se funda en razones que difieren de las competencias epistémicas de cada parte. La conclusión a la que llega mi colega es incorrecta por cuanto ha cometido errores en el caso concreto que yo puedo fácilmente visualizar (la conclusión no estaba entre las que yo entendía como potencialmente rivales a mi posición). Estos son casos que, por cierto, aparecen como extraordinarios. El juez A está convencido MADR que Fulano empuñó un revólver, lo disparó y dio muerte a Zutano. La explicación rival que tuvo en consideración era que otra persona pudo haber disparado el revólver, pero finalmente la desechó. El juez B, en cambio, sostiene que no ha sido probado MADR que Fulano haya matado a Mengano pues no tiene la fuerza necesaria para haberle enterrado un puñal. Para el juez A esa no era una evaluación posible ya

En lo que inmediatamente sigue, pretendo demostrar que la creencia (no irracional ni arbitraria) de una minoría en el tribunal no cuenta con credenciales epistémicas (ni conceptuales) que conduzcan a la suspensión de la creencia defendida por la mayoría, en orden a que los hechos están probados.⁵⁹

2.4.1. El desacuerdo en el espacio de la deliberación

La experiencia de deliberación entre los distintos jueces que conforman un tribunal colegiado (antes de dictar la sentencia y luego de finalizar la audiencia de prueba) aparece, *prima facie*, como una oportunidad de intercambiar puntos de vista *en pos* de la adopción de mejores decisiones que las que serían esperables de una experiencia puramente individual.⁶⁰ El momento de diálogo –en que cada juez comunica por qué entiende que un determinado hecho está (o no) probado– constituye una instancia para que los restantes miembros del tribunal visualicen prejuicios, inferencias, sospechas o hallazgos respecto de los cuales, antes no habían reflexionado suficientemente.⁶¹

La deliberación es un momento privilegiado para revisar la posición que cada juez fue adoptando individualmente, a la luz de lo que sus colegas dicen.⁶² Este punto es importante de considerar no solo para los enfoques conciliatorios, sino también para los que no lo son. El análisis de la prueba claramente será más complejo si ha tenido en cuenta también los

que lo problematizado era quién había disparado el revólver. Ver CHRISTENSEN, David, “Epistemología del desacuerdo: las buenas noticias”, en: ARROYO, Gustavo; MATIENZO, Teresita; MARAFIOTI, Roberto y SANTIBÁÑEZ, Cristián (compiladores), *Explorando el desacuerdo: epistemología, cognición y sociedad*, Buenos Aires: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2014, pp. 46 y ss.

⁵⁹ Más adelante me haré cargo de por qué la creencia de la mayoría debiera ser considerada como la creencia del tribunal colegiado, bajo la forma de reconocimiento de los hechos probados.

⁶⁰ En mi opinión, el argumento en favor de la regla de mayoría para la condena se sostiene también en un contexto en que a los jueces les estuviese prohibido deliberar. Solo podría quedar excluido en contextos en que los jueces del tribunal colegiado tuviesen que negociar. Sobre estos puntos no me referiré.

⁶¹ Por cierto, la deliberación sería especialmente enriquecedora si la composición del tribunal favoreciera la diversidad cognitiva –inteligencias múltiples según la terminología acuñada por Howard Gardner– de sus distintos miembros. Así, sería deseable que los jueces no proviniesen de una misma facultad de derecho, hubiese diversidad de género, distintas posiciones ideológicas, etc. Esta observación me fue sugerida por Cristián Santibáñez.

⁶² Posner duda que en la práctica la deliberación constituya una forma de enriquecimiento del punto de vista de cada juez y consecuentemente, del tribunal en cuanto órgano colegiado. POSNER, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 333 y ss. (en especial referido a la Corte Suprema de U.S.A). En el caso de algunos jueces chilenos el valor de la deliberación es reconocido como apto para mejorar el análisis de la prueba disponible: Así por ejemplo, uno de ellos ha declarado: “La riqueza de un tribunal colegiado es [...] que cada uno de nosotros, a partir de argumentos y, a partir de un proceso racional argumentativo, podamos... en un primer lugar discutir nuestras versiones y, en segundo lugar, si estamos convencidos de que existen buenos argumentos, persuadir a los otros para los efectos de alcanzar la mejor decisión o la respuesta correcta frente al caso [...]. En muchos casos yo he cambiado mi opinión inicial que tenía frente a buenos argumentos de mis colegas”. Otro juez ha indicado que sus colegas “pueden hacer notar algún hecho que yo, por alguna circunstancia no percibí en el juicio, algún detalle en la declaración, qué sé yo, o aclarar algo que entendí mal”. Un tercer juez no consideró que la deliberación enriqueciera su punto de vista y que prefería conservar su punto de vista inicial. COLOMA, Rodrigo; PINO, Mauricio; MONTECINOS, Carmen, “Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal”, *Revista de Derecho PUCV*, vol. XXXII (2009), pp. 303-344, pp. 335-336.

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

complementos y los desafíos planteados por sus pares. Por cierto, una vez que ha cesado el espacio de la deliberación –y el ejercicio de persuasión no ha provocado cambios en las creencias de uno o más jueces– las perspectivas conciliatorias y no conciliatorias volverán a establecer una distancia entre ellos. Las primeras seguirán considerando que el desacuerdo subsistente es relevante para que la posición personal no aparezca como epistémicamente validada. El sujeto se dirá a sí mismo: “otro(s) igual de competente(s) que yo no sostiene(n) la misma conclusión mía, incluso habiendo yo explicitado los soportes de mi punto de vista: algo está fallando. Es preferible, entonces, suspender mis creencias”. En cambio para las segundas, el punto de vista propio que ha sido desafiado por otras perspectivas se mantiene suficientemente firme y quizás aún más que antes, dado que la deliberación ha dado espacio a que fuere profundizado.⁶³ En terminología *popperiana* “la creencia ha sido sometida a un intento de falsación y, al haber resistido, ha resultado fortalecida”.

En consecuencia, no se dispone de argumentos apabullantes, ya sea para suspender o para cambiar creencias, por la sola circunstancia de haberse realizado un ejercicio deliberativo. Es preciso, entonces, seguir explorando otros argumentos que fortalezcan a una u otra posición.

2.4.2. La sola existencia de creencias contrarias a mi conclusión constituye prueba en contra de ésta

En a discusión actual acerca de la *racionalidad/irracionalidad* del desacuerdo un enfoque que resulta prometedor para zanjar este punto lo defiende Richard Feldman. Su aproximación –que da cuenta del desacuerdo en contextos diferentes al jurídico– resulta fácilmente transferible a los tribunales colegiados: de éstos se espera que deliberen, voten, pero no que negocien. En pocas palabras, Feldman sostiene que el mero conocimiento que tengo en cuanto a que un par epistémico (que ha analizado la misma información que yo) ha llegado a una conclusión opuesta a la mía, debe ser entendido como una *prueba/argumento*⁶⁴ adicional en contra de mi creencia (*higher-order evidence*)⁶⁵. Así, los jueces que han decidido que determinado hechos se han probado MADR, debieran considerar que las conclusiones opuestas del juez disidente producen nueva *prueba/argumento* que desafía la creencia de que no hay una DR (mi posición se ha debilitado).

La situación, entonces, pasa a ser como sigue: “He analizado toda la prueba disponible y dispongo de un argumento que me parece suficiente para dar por probado que el acusado incurrió en la conducta típica que se le está atribuyendo; sin embargo, mi colega que tiene una preparación que califico como equivalente a la mía y que ha analizado la misma prueba que yo, ha llegado a la conclusión opuesta. Él está considerando algo a lo cual yo no le he asignado el suficiente peso. Mi creencia es menos fuerte de lo que sería predicable si no existiese el desacuerdo”.

⁶³ Ver LACKEY, Jennifer, “Disagreement and Belief Dependence: Why numbers matter”, en: CHRISTENSEN, David; LACKEY, Jennifer (eds.), *The Epistemology of Disagreement: New Essays*, Oxford: Oxford University Press, pp. 243-268, p. 265.

⁶⁴ Aunque Feldman hable de prueba, resulta preferible hablar de argumento siguiendo la terminología estándar del derecho probatorio.

⁶⁵ FELDMAN, “Evidentialism”, cit. nota n° 53, pp. 308 y ss.

El argumento de la creencia como prueba adicional pareciera fortalecer la posición de Etcheberry, Carnevali y Castillo. Sin embargo, éste requiere ser mirado con cuidado antes de sacar conclusiones apresuradas. Al respecto debe llamarse la atención en dos cuestiones bastante básicas. La primera es que el juez disidente que conoce la posición de los jueces de mayoría también debiera poner en entredicho su creencia de que hay una DR en el caso concreto. Su posición podría reconstruirse de la siguiente manera: “He analizado toda la prueba disponible y dispongo de un argumento que me parece suficiente para dar cuenta de una DR; sin embargo, mi(s) colega(s) que tiene(n) una preparación que califico como equivalente a la mía y que ha(n) analizado la misma prueba que yo observé, ha(n) llegado a la conclusión opuesta, esto es que no existen DR. Él (ellos) está(n) considerando algo a lo cual yo no le he asignado el suficiente peso. Mi creencia es menos fuerte de lo que sería predicable si no existiese el desacuerdo”. La segunda, es que el ejercicio de deliberación podría resultar suficiente como para neutralizar el peso que *prima facie* podría asignarse a la existencia del desacuerdo en contra de mi creencia inicial. Si en el espacio de deliberación cada juez tuvo la oportunidad de explicitar su punto de vista e, incluso resultaba posible que a través de la persuasión cambiara las creencias de su(s) rival(es), el peso del desacuerdo en contra de su posición se debilita. Ya no puede decir abiertamente «él ha advertido algo que yo no tuve en consideración: debo *revisar/suspender* mi creencia», pues ha existido la posibilidad de que me lo diga y, sin embargo, yo no he cambiado mi perspectiva. Tal vez lo que tengo que poner en tela de juicio es si realmente mi(s) colega(s) deba(n) ser tratados como pares epistémicos y, en principio, no hay razones para tratarlo(s) como *más/menos* aventajados.

No hay, entonces, razones apabullantes que asocien la suspensión de las creencias con la opción «no probado», antes que con la opción “probado”. Esto, por cierto, merece una pequeña explicación adicional ya que parece algo contraintuitivo dado que el MADR constituye una regla de clausura que privilegia la inercia en favor de la incredulidad, algo así como “ante la duda, abstente de dar por probado”. Cada juez cuando valora la prueba disponible en un juicio debe considerar el MADR como el baremo que establece la frontera entre lo probado y lo no probado. Así, si un juez considera que la prueba que sostiene el punto de vista de la acusación es mejor que aquella que sostiene el punto de la defensa, pero que pese a ello ésta resulta apta para provocarle algunas dudas dignas de ser consideradas, entonces debe optar por no dar por probada la conducta y/o la participación. Dicho de otra manera, para dar por probado el hecho punible y la participación del acusado ya ha ocupado el filtro del MADR. En vista de ello, si hay una mayor valoración al voto disidente de absolucón se está modificando el EdP pasando éste a ser algo así como “más allá de toda duda mínimamente razonable” o, dicho en otros términos: “valorada la prueba por tres jueces quienes han tenido en consideración el MADR, el punto de vista de dos de ellos que estimen que los hechos han sido probados MADR no será tenido en cuenta, si el restante se pronunciare por la existencia de una DR”.⁶⁶

⁶⁶ Lo expresado puede ilustrarse mejor con un ejemplo. A tres personas se les pide que pongan atención en lo que ocurre en un arco de fútbol. Se produce un remate y el árbitro no vio si el balón alcanzó a traspasar totalmente la línea dibujada en el suelo del arco. En vista de lo ocurrido, a las tres personas se les pregunta su opinión, aclarándoles que deben decir que el balón traspasó totalmente la línea (y, por tanto, hubo un gol) solo si estimaren que aquello fue más probable que menos probable. Dos de ellos estiman que el balón traspasó la línea y el tercero estima que no. Si el gol no se cobrase, en razón de la falta de unanimidad, no se podría

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

2.5. ¿Cómo atribuir una voluntad única a jueces en desacuerdo?

A diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos de producción de conocimientos, a la adjudicación *le sienta bastante mal* la sola posibilidad de que se modifique lo que, en un momento, se dio por probado. Si así fuere, sería dificultoso aplicar sanciones cuyos dañinos efectos sean difícilmente reversibles (no me refiero solo a la pena de muerte, sino al encarcelamiento, a la prohibición de ejercer una función, etcétera). El riesgo de equivocarse al imponer cargas sobre el acusado pasa a constituir una *Espada de Damocles* que los jueces tratan de evitar a toda costa.⁶⁷ No será, entonces *lo que pasó* lo que legitima la decisión judicial sino el respeto a un procedimiento validado de producción de respuestas del sistema.

La superación del MADR conduce a que lo que se señala en el tipo penal se considerará como realizado, aun cuando pudiésemos estar equivocados en el resultado.⁶⁸ Es importante analizar, entonces, si resulta razonable que el voto disidente dirima los hechos probados. Para tales efectos se deberá hacer algunas precisiones acerca de la toma de decisiones colectivas.

2.5.1. La colegialidad incide en el aumento de los costes de las decisiones

Donde antes bastaba uno, ahora se requieren tres o más jueces. ¿Qué beneficio podría haber en ello que justifique incurrir en estos mayores gastos? ¿Por qué la sola agregación de preferencias podría tener un valor si –como se ha dicho– la sola circunstancia de que una creencia sea adoptada por un mayor número de personas no es determinante *per se* de mayores credenciales epistémicas? Una primera observación que se puede hacer es que cuando se trata de acciones colectivas, mientras mayor sea el número de personas que suscriben una creencia mayor será la legitimidad atribuida al órgano adjudicador (mayor valor intrínseco de la decisión). El efecto podría ser equiparable al que se da cuando hay una mayor participación ciudadana en una votación, independiente de que el resultado sea exactamente el mismo que el que se habría obtenido con un número inferior de

sostener que el EdP aplicado fue el del <<más probable que menos probable>> sino otro algo más exigente. Esto resulta especialmente evidente si se aumentase el número de las personas que hacen la observación y coetáneamente, bastare que solo una de ellas entendiere que no se traspasó la línea para que no se cobrase el gol. Si de cien personas que vieron el arco solo una de ellas dijere que el balón no traspasó la línea, parece evidente que el EdP aplicado será uno exageradamente exigente, si no se cobrase el gol.

⁶⁷ En esta línea puede entenderse que el *pánico a equivocarse* de parte de los jurados o jueces (de ello se derivaban responsabilidades de distinta índole) fuese un factor clave en la configuración del EDP del MADR en el sistema anglosajón. WHITMAN, James, *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*. New Haven & London: Yale University Press, 2008, p. 10.

⁶⁸ Las obligaciones de los jueces son de medios y no de resultados. Cfr, CELANO, Bruno, “Judicial decision and truth. Some remarks”, en: GIANFORMAGGIO, Letizia; PAULSON, Stanley, *Cognition and interpretation of law*, Torino: G. Giappichelli, 1995, p. 145. Esto, sin embargo, no lleva a olvidar las exigencias de la aplicabilidad interna (al menos en una dimensión ideal). El desarrollo de la ciencia y, en general, de la cultura, aun cuando no garantiza que nuestras creencias sean más acertadas que las que resultaban propias de épocas precedentes permiten resolver de mejor manera una serie de problemas que preocupan a la época contemporánea. El asunto parece entonces que al introducirse el MADR se pone a los jueces en una posición de hacer las cosas de determinada manera que se entiende que contribuyen al logro de mejores respuestas (hechos probados), aun cuando no las garantice.

participantes. La sola circunstancia de que sea un tribunal compuesto por más miembros provoca una mayor legitimación de la decisión, sobre todo desde la perspectiva de los sujetos que reciben sentencias adversas.

La legitimación parece mayor si se alcanza la unanimidad y no solo la simple mayoría.⁶⁹ Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones ya que la diversidad en el tribunal constituye también una señal importante en orden a que la posición derrotada ha sido tomada seriamente en cuenta por parte de uno de los miembros del tribunal. Éste estuvo dispuesto a defenderla ante sus pares y no obstante, no fue acogida. A su vez, la mayoría debe asumir que la minoría no queda invisibilizada y que los lectores de la sentencia tendrán a la mano una explicación alternativa, desde la cual será posible levantar críticas respecto a la decisión probatoria que fue adoptada.⁷⁰

Hay razones para sostener *prima facie* que la racionalidad (y la fidelidad en la aplicación de las reglas) resulta más fácil de justificar si quienes dirimen en caso de desacuerdo son quienes conforman la mayoría y no la disidencia. En otras palabras, en ausencia de datos adicionales es razonable preferir la posición sostenida por más individuos que por menos.⁷¹ Por cierto, esto no es una defensa de que la verdad sea un asunto que se alcanza por un mayor número de adherentes (algunas líneas atrás, de hecho, puse en entredicho esa posición). Lo expresado apunta a que es razonable considerar que una creencia en un determinado momento y lugar alcanza un mayor nivel de legitimación –*ceteris paribus*– si un mayor porcentaje de sujetos la sostienen, respecto de la creencia opuesta. Dicha legitimidad será intrínseca antes que instrumental, asunto que será desarrollado a continuación.

2.5.2. Exigir la unanimidad de los jueces para la condena subvierte la relación de poder en el tribunal, en el sentido que serán las minorías las que prevalecen sobre las mayorías

Dicho en otras palabras, cualquiera de los miembros tiene un derecho a veto cuando la decisión de la mayoría apunta a que los hechos están probados MADR. En este punto se requiere hacer algunas precisiones acerca del sistema de toma de decisiones de un órgano colegiado. El mecanismo declarado al que deben recurrir para agregar preferencias y así determinar la decisión institucional es la votación de sus miembros.

⁶⁹ Un tribunal de 3 parece una muestra demasiado pequeña para dirimir los hechos probados, cuando para ello no se usa de un mecanismo altamente formalizado como lo sería un algoritmo. El problema se agudiza si hay disensos entre sus miembros.

⁷⁰ Al respecto puede volverse sobre el punto de vista de Peter Burke que ha sido presentado en el epígrafe de este artículo.

⁷¹ Una disposición que es interesante de tener en cuenta para evaluar el papel que juega la mayoría en un tribunal colegiado es el inciso final del art. 76 del Código Procesal Penal. En éste se alude a una situación en que habría sido plausible resolver los desacuerdos por la vía de aplicar los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. Sin embargo, se opta por la nulidad. Se dice en ésta: “El tribunal continuará funcionando con exclusión del o de los miembros inhabilitados, si éstos pudieren ser reemplazados de inmediato en virtud de lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 281, o si continuare integrado por, a lo menos, dos jueces que hubieren concurrido a toda la audiencia. En este último caso, deberán alcanzar unanimidad para pronunciar la sentencia definitiva. Si no se cumpliera alguna de estas condiciones, se anulará todo lo obrado en el juicio oral.”

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

Como ya se ha indicado, se trata de una votación vinculada a un espacio de deliberación en la que cada juez tiene la posibilidad convencer a sus colegas hasta el momento del veredicto y, en forma correlativa, cada juez puede ser persuadido y, por ende puede cambiar su punto de vista inicial.⁷² El sistema de adjudicación que se ha adoptado, en cambio, no favorece la realización de negociaciones, esto es, que los jueces estén autorizados a conceder algo a cambio de recibir un cierto apoyo en el futuro. Un efecto indeseable que podría producirse si se exige la unanimidad del tribunal colegiado es que el sistema añadirá a la deliberación y a la votación, una dimensión de negociación a través de la cual la mayoría tratará de atraer hacia su posición a la minoría. Esto, probablemente, se traduciría en algo así como “en esta oportunidad cederé en mi posición, pero espero que en la próxima vez que se debata determinado asunto ustedes me apoyen”.⁷³ De esta manera, un juez extravagante o altamente ideologizado terminará dominando al tribunal.⁷⁴

Etcheberry ha anticipado estas últimas posibilidades pues impone como condición que el juez disidente no haya actuado irracionalmente, es decir, es posible que el discurso del voto de minoría no garantice realmente la existencia de una DR. Esta concesión es muy costosa para la pretensión de que el voto disidente sea suficiente para bloquear la condena del acusado. Al exigirse que el juez no haya sido irracional se estaría diciendo algo así como “la DR planteada en la fundamentación de la sentencia será considerada como tal, solo en la medida que haya sido construida racionalmente”. Es decir, se requiere determinar si el juez ha actuado racionalmente más allá de la emisión del voto de absolución acompañado de un discurso que aparentemente lo justifica. En pocas palabras, si estimamos que la existencia de un texto-fundamentación no es suficiente para justificar la existencia de una DR, se precisa la evaluación de parte de otro agente racional (en este caso, la Corte de Apelaciones) que impide entonces la absolución automática en caso de disidencia. Tratando de salvar el argumento, se podría sostener que hay una presunción de racionalidad y de apego a las leyes de parte de los jueces de tribunal oral, según la cual habría que absolver, a menos que una sentencia de un tribunal superior declare que algunas de esas condiciones no fueron cumplidas. El problema es que, a su vez, habrá que ir jerarquizando la racionalidad de los jueces según la instancia en que participen, lo cual trae aparejadas dificultades difíciles de salvar. En definitiva, todo esto acercaría progresivamente la tesis de la primacía de la DR hacia una mirada normativa (de *lege ferenda*), y consecuentemente, la alejaría de lo epistémico o conceptual. Esto claramente no es lo que intenta demostrarse en los textos analizados.

3. Conclusiones y esbozo de una propuesta normativo-procedimental

La presión normativa del estándar de prueba del “más allá de toda duda razonable” no se ve necesariamente afectada si las decisiones de condena se adoptan por la simple mayoría de los jueces que integran un tribunal colegiado. Esto ocurre, incluso, si los votos de minoría que afirman la existencia de una DR fundamentan “razonadamente” su punto de vista.

⁷² ELSTER, *La explicación del comportamiento social*, cit. nota n° 40, pp. 434 y ss.

⁷³ En estricto rigor, este es un escenario que también puede darse con un sistema en que la mayoría es la que prevalece, si durante la deliberación el juez minoritario opera como un negociador haciendo promesas o formulando amenazas para los efectos de lograr que su posición pase a ser mayoritaria.

⁷⁴ Sobre el efecto de aversión al disenso, ver POSNER, *Cómo deciden*, cit. nota n° 62, pp. 43-44.

La afirmación precedente se sustenta en que son posibles los desacuerdos racionales entre los miembros de tribunales colegiados. En otras palabras, es plausible que ninguno de los jueces discrepantes se esté comportando en forma irracional o injustificada al perseverar en su punto de vista, una vez que se ha enterado del disenso, dado que i) los jueces no son expertos en determinar hechos probados (como sí lo son en determinar el derecho aplicable) por lo que, *prima facie*, sus posiciones no resultan especialmente fuertes desde un punto de vista epistémico-cultural, en términos de poner necesariamente en entredicho a las posturas opuestas; ii) en los procesos se debe tomar decisiones con prueba incompleta, contradictoria e imprecisa, lo cual lleva a que las posibilidades de corrección sean mucho más difusas que lo que sería posible en espacios más controlados de producción de conocimientos.

La posibilidad de desacuerdo racional trae consigo que la regla de mayoría sea la que prime, a falta de otras razones más fuertes de segundo nivel. Para que la exigencia de unanimidad se imponga a la regla de mayoría debiera hacerse cargo de los siguientes problemas: a) al estar ya internalizada en cada voto individual, la exigencia de razonabilidad de la duda (cada juez ha debido pronunciarse si estima que existe o no una duda razonable), la unanimidad altera el significado de ésta: se requiere sumar creencias en cuanto a la inexistencia de dudas razonables transitándose a un EdP que sería de la duda mínimamente razonable (o algo por el estilo); b) se afectan las relaciones de poder en el tribunal ya que la minoría puede bloquear a la mayoría, imponiendo, a fin de cuentas, la absolucón a pesar de que la mayoría esté por la condena (funcionamiento contramayoritario).

Sin perjuicio de lo señalado hay un punto que no conviene pasar por alto y que debiera llevar a que a un voto de minoría se le reconozca un cierto impacto en lo que se decide, se fundamenta y/o en la revocabilidad de la sentencia. Me refiero a que la afirmación de un juez en el sentido de que existe una DR constituye una señal en orden a que la prueba disponible ha sido *prima facie* menos persuasiva que en los casos de unanimidad: un sujeto con competencias similares o, al menos, no jerarquizables que ha sido sometido al mismo proceso de valorar pruebas ha llegado a una conclusión diferente. Esto implica que el punto de vista opuesto debe ser revisado con más precaución que lo que habría sido esperable en caso de inexistencia de disenso.

El disenso entre los jueces no constituye una nueva prueba apabullante en favor de la existencia de DR, entre otras cosas porque opera en ambos sentidos. Así, por una parte, para aquéllos jueces partidarios de la inexistencia de DR en el caso concreto, la sola existencia del punto de vista opuesto genera *argumentos de segundo nivel* en favor de la DR, lo que será preciso tomar en cuenta. Por la otra, para el juez que afirma la existencia de DR, la sola existencia del punto de vista opuesto provoca *argumentos de segundo nivel* en contra de su creencia.

Se propone, entonces, que en los casos en que un juez minoritario de un tribunal colegiado afirme la existencia de una DR, se lleven a cabo las siguientes acciones que son deferentes

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

con la consideración del MADR como un mecanismo que favorece la producción de decisiones suficientemente legitimadas, en el contexto de un proceso penal.⁷⁵

3.1. Gestión de la DR

El tribunal deberá desplegar un mayor esfuerzo deliberativo propiciando discusiones que transparenten los soportes de los argumentos defendidos por cada juez. Si quien invocó una DR tuvo la oportunidad de persuadir a los otros jueces y pese a ello éstos perseveran en su posición, se difuminará, a lo menos, parcialmente el *argumento de segundo nivel* en favor de la DR. Transparentar los puntos de vista implica reducir al mínimo los saltos argumentales, en términos de hacer explícito por qué se llega a ciertas conclusiones y no, a otras.

El mayor esfuerzo deliberativo no requiere necesariamente de cambios institucionales, sino que son posibles con ajustes en la cultura judicial. Bastará para ello que los jueces adopten una actitud favorable a ser persuadidos por sus colegas y, a la vez, afinen sus argumentos para tratar de persuadir.⁷⁶ A pesar de ello, sería aconsejable revisar reglas procedimentales que conspiran en contra de una deliberación profunda al no propiciar que los jueces modifiquen su posición *prima facie* respecto de la DR, en casos de desacuerdo. A modo de ejemplo, piénsese en las siguientes tres medidas: i) Aumentar el plazo que disponen los tribunales colegiados para comunicar si absolverán o condenarán al acusado.⁷⁷ La sugerencia es extenderlo –por ejemplo, a 72 horas– en caso de que haya un voto disidente que invoque una DR. Lo expresado no afecta en modo alguno las garantías del acusado, ya que, precisamente, se está ampliando una posibilidad de absolución si es que uno de los jueces de la mayoría cambiare de parecer en el tiempo adicional. Asimismo al extender el tribunal el plazo comunica a las partes y a la ciudadanía que el retardo busca alcanzar una mejor decisión, ya sea por la reconsideración de la postura de los jueces,⁷⁸ o bien por el afinamiento de los argumentos de quienes perseveran en su decisión; ii) Convocar a los abogados para que comparezcan nuevamente al tribunal y argumenten respecto de los puntos en que los jueces se encuentran en desacuerdo. Esto permitiría a los jueces enriquecer sus puntos de vista aprovechando el potencial explicativo que pueden tener los alegatos de los abogados que intentan profundizar en el análisis de la prueba, teniendo en cuenta la perspectiva de sus representados;⁷⁹ iii) Hacer pública la deliberación que se llevará a cabo a partir del momento en que los jueces han expresado el desacuerdo respecto de la existencia/inexistencia de la DR. La publicidad incide en que el tipo de argumentos que cada juez dará a favor de su posición serán de una mayor aceptabilidad universal que

⁷⁵ Las propuestas que a continuación se formulan son fácilmente extensibles a problema de identificación de disposiciones normativas y de interpretación de éstas.

⁷⁶ Ver nota n° 66.

⁷⁷ El art. 343 del Código Procesal Penal establece que: “... Excepcionalmente, cuando la audiencia del juicio se hubiere prolongado por más de dos días y la complejidad del caso no permitiere pronunciar la decisión inmediatamente, el tribunal podrá prolongar su deliberación hasta por veinticuatro horas, hecho que será dado a conocer a los intervinientes en la misma audiencia, fijándose de inmediato la oportunidad en que la decisión les será comunicada...”

⁷⁸ Debe tenerse en cuenta que cualquiera de los jueces puede cambiar su punto de vista en esta fase y que ello incluso puede llevar a la unanimidad del tribunal, ya sea de condena o absolución.

⁷⁹ Esta sugerencia me fue hecha por Luis Avilés.

los propios del espacio de lo privado, como también asegura que la extensión del plazo de deliberación no sea utilizado como una forma de postergar el esfuerzo deliberativo.⁸⁰

3.2. Redacción de la sentencia

Los jueces debiesen realizar un mayor esfuerzo de justificación en casos de desacuerdo. La falta de unanimidad es una señal de que *prima facie* se trataría de un caso difícil (no rutinario). Los casos difíciles exigen que los jueces sean más cuidadosos en sus argumentos, pues en caso contrario podrían producirse problemas de legitimación de la decisión concreta que, indirectamente, podrían afectar la percepción del sistema de adjudicación en su conjunto. Una buena motivación disminuye la resistencia al cumplimiento de sentencias adversas y expresa una especial deferencia a la parte que ha sido derrotada en el proceso judicial.⁸¹

Hay también un punto importante que ya ha sido anunciado, aunque escasamente desarrollado y que refiere a que los enunciados con pretensiones –aun cuando sea indirectamente– descriptivas se verán fortalecidos cuando la argumentación se hace cargo de sus versiones rivales en sus versiones más sofisticadas. Como es obvio, no se trata de textos más extensos sino, más profundos. Una opción a explorar sería la construcción de sentencias que establezcan vínculos más estrechos entre los argumentos rivales. Así, el lector podrá comprender por qué las razones del voto disidente no fueron suficientes como para producir una DR en los jueces de mayoría. Lo aquí planteado refiere a las prácticas judiciales (a la cultura de los jueces), no requiriéndose en principio de modificaciones de parte del legislador.

A futuro podría pensarse en que en el texto en soporte electrónico de las sentencias, los desacuerdos se expresados en hipervínculos que hagan posible la relación inmediata de argumentos y contra argumentos. Una estructura textual así evitaría, como resulta frecuente en las sentencias, que haya una desconexión entre lo que dice el voto de mayoría de la sentencia y lo que se plantea en el voto disidente, lo que implica un despilfarro argumentativo (los argumentos y contra argumentos *no se tocan* entre sí).

3.3. Sistema de recursos

El mero desacuerdo respecto de la existencia (o inexistencia) de DR constituye un argumento en favor de que la sentencia adoptada por parte de un tribunal de juicio oral aumentará su nivel de legitimación, en la medida que se admita que sea revisada por un tribunal superior. El asunto adquiere relevancia, especialmente, en contextos en los cuales el legislador ha buscado ir restringiendo la revisión de las decisiones adoptadas por los tribunales de instancia, bajo el atendible argumento de que quienes integran los tribunales superiores, no necesariamente serán epistémicamente más competentes que los primeros (¡la discrecionalidad de quienes observaron directamente las pruebas es sustituida por la de quienes no las observaron!). La existencia de un voto disidente, sin embargo, es suficiente para justificar que se admitan recursos amplios en contra de la sentencia, como es el caso

⁸⁰ Esta sugerencia me fue hecha por Mariela Jorquera.

⁸¹ Cfr. TYLER, Tom, *Why people obey the Law*. New Haven – London: Yale University Press, 1990, p. 107.

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

de la apelación, a diferencia de lo que ocurre cuando la unanimidad ha sido alcanzada por el tribunal de instancia (las causales para entablar un recurso podrían ser mucho más restringidas). De esta manera, se asegura que las sentencias en que hubo un juez disidente, en lo que refiere a la superación del MADR, podrán contar con lectores (tribunal superior) especialmente atentos a la detección de defectos argumentativos y, a la vez, con facultades para corregir lo que dijo la mayoría en aquellos casos en que el punto de vista por ella sostenido no resultare especialmente justificado.

Al exigirse un ejercicio deliberativo cuidadoso y una fundamentación especialmente cuidada, como también, al admitirse una revisión más amplia de la decisión probatoria (juicio fáctico), se estará asumiendo abiertamente que si bien es cierto, *dos jueces son más que uno*, no es menos cierto, que *son menos que tres*.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho PUCV*, XXXVII (2011), pp. 483-511.
- AUSTIN, John Langshaw “Otras mentes”, en AUSTIN, John Langshaw, *Ensayos filosóficos*, Madrid: Alianza, 1989, pp. 87-116.
- BAYÓN, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, *Diritto&Questioni Pubbliche*, n° 9 (2009), pp. 189-228.
- BURKE, Peter, “Obertura: La nueva historia, su pasado y su futuro”, en: BURKE, Peter, *Formas de hacer historia*, 2ª ed., Madrid: Alianza, 2012.
- CARNEVALI, Raúl; CASTILLO, Ignacio, “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, *Ius et Praxis*, Año 17, n° 2 (2011), pp. 77-118.
- CASTILLO, Ignacio, “Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (Algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes)”, *Política Criminal*, vol. 8, no. 15 (2013), pp. 249 – 313.
- CELANO, Bruno, “Judicial decision and truth. Some remarks”, en: GIANFORMAGGIO, Letizia; PAULSON, Stanley, *Cognition and interpretation of law*, Torino: G. Giappichelli, 1995.
- CHRISTENSEN, David, “Epistemología del desacuerdo: las buenas noticias”, en: ARROYO, Gustavo; MATIENZO, Teresita; MARAFIOTI, Roberto y SANTIBÁÑEZ, Cristián (compiladores), *Explorando el desacuerdo: epistemología, cognición y sociedad*, Buenos Aires: Universidad Nacional de General Sarmiento, 2014.
- COLOMA, Rodrigo, “Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno”, en: COLOMA, Rodrigo (ed.), *La prueba en el nuevo proceso penal*, Santiago: LexisNexis, 2003, pp. 5-34.
- COLOMA, Rodrigo; AGÜERO, Claudio, “Lógica, ciencia y experiencia”, *Revista Chilena de Derecho* (en prensa).
- COLOMA, Rodrigo; PINO, Mauricio; MONTECINOS, Carmen, “Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal”, *Revista de Derecho PUCV*, vol. XXXII (2009), pp. 303-344.
- ELSTER, Jon, *La explicación del comportamiento social. Más tuercas y tornillos para las ciencias sociales*, Barcelona: GEDISA, 2010.
- ETCHEBERRY, Alfredo, “Consideraciones sobre el criterio de condena en el código procesal penal”, en: RODRÍGUEZ, Luis (Coord.), *Delito Pena y Proceso. Libro Homenaje a la Memoria del Profesor Tito Solari*, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso – Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 659-678.
- FELDMAN, Richard, “Epistemological Puzzles about disagreement”, en: HETHERINGTON, Stephen (ed.), *Epistemology futures*, Oxford: Oxford University Press, 2006.
- FELDMAN, Richard, “Evidentialism, Higher-Order Evidence and Disagreement”, *Episteme*, vol. 6, I. 3 (2009), pp. 294-312.
- FUENTES, Claudio, “El manejo de la incertidumbre judicial: La construcción de la duda razonable en el sistema procesal penal”, en: FUENTES, Claudio (Coord.), *Diez años*

COLOMA, Rodrigo. “Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la «duda razonable»”.

de la reforma procesal penal en Chile, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, pp. 500–555.

GOLDMAN, Alvin, “A guide to Social Epistemology”, en: GOLDMAN, Alvin y WHITCOMB, Dennis (Eds.), *Social Epistemology. Essential Readings*, Oxford – New York: Oxford University Press.

GOLDMAN, Alvin, “Epistemic relativism and reasonable disagreement”, en: FELDMAN, Richard; WARFIELD, Ted, *Disagreement*, New York: Oxford University Press, 2010, pp. 207 -213.

LACKEY, Jennifer, “Disagreement and Belief Dependence: Why numbers matter”, en: CHRISTENSEN, David; LACKEY, Jennifer (eds.), *The Epistemology of Disagreement: New Essays*, Oxford: Oxford University Press, pp. 243-268.

LACKEY, Jennifer, “Epistemology of Disagreement”, en: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195396577/obo-9780195396577-0137.xml> [visitado el 16.06.14].

LARROUCAU, Jorge, “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n° 3 (2012), pp. 783 – 808.

LAUDAN, Larry, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *DOXA*, vol. 28 (2005), pp. 95-113.

POSNER, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid: Marcial Pons, 2011.

PRIGOGINE, Ilya, *El fin de las certidumbres*, Trad.: JACOMET, Pierre, Madrid: Taurus, 1997.

REYES, Sebastián, “Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXV, n° 2 (2012), pp. 229-247.

SEARLE, John, *Actos de habla*. 5ª ed., Madrid: Cátedra, 2001.

TARELLO, Giovanni, “La semántica del Neústico. Observaciones sobre la parte descriptiva de los enunciados prescriptivos”, en: FERRER, Jordi; RATTI, Giovanni, *El realismo jurídico genovés*, Madrid: Marcial Pons, 2011.

TYLER, Tom, *Why people obey the Law*. New Haven – London: Yale University Press, 1990.

WHITMAN, James, *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*. New Haven – London: Yale University Press, 2008.

WILLIAMS, Bernard, “La filosofía y el entendimiento de la ignorancia”, en: WILLIAMS, Bernard, *La filosofía como una disciplina humanística*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.