

DELIBERACIÓN, FUNCIÓN EPISTÉMICA Y ESTABLECIMIENTO DE HECHOS. BASES DE UNA ESTRUCTURA METODOLÓGICA PARA EL TRIBUNAL PENAL*

Raúl Díaz Manosalva**

RESUMEN: La función epistémica de la deliberación y su relevancia para la calidad del razonamiento probatorio, al menos en Chile, no ha sido del todo destacada frente a la atención que sí ha tenido la valoración y decisión sobre la prueba y su justificación en la sentencia definitiva. Tomando como ejemplo el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal chileno mostraremos que, más allá de ciertas prácticas establecidas, resulta necesaria una revisión crítica sobre la deliberación de los hechos por jueces profesionales y cómo estos arriban a las razones que sintéticamente se expresan en el veredicto, cimiento de la sentencia. Pretendemos demostrar la utilidad de sentar las bases de una metodología y proponer algunas guías que permitan organizarla, en orden a mejorar el debate y argumentos en dicho espacio colectivo.

PALABRAS CLAVE: deliberación; función epistémica; prueba; hechos; veredicto.

* Este trabajo es una versión corregida y ajustada de aquella aprobada para obtener el grado de Máster en Razonamiento Probatorio de la Universitat de Girona, cuyo tutor fue el Dr. Edgar Aguilera. Agradezco especialmente su guía y, además, al Dr. Jordi Ferrer y al Dr. Diego Dei Vecchi quienes integraron el tribunal de defensa, por las sugerencias para profundizar este tema. Mención de especial gratitud para Sebastián Bravo Ibarra, por su disposición a compartir y debatir las ideas de este trabajo.

** Abogado, Máster en Razonamiento Probatorio, Universitat de Girona y Università degli Studi di Génova; Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile; Juez del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Chile (rdmanosalva@gmail.com).

DELIBERATION, EPISTEMIC FUNCTION AND ESTABLISHMENT OF FACTS. BASES OF A METHODOLOGICAL STRUCTURE FOR THE CRIMINAL TRIAL COURT

ABSTRACT: The epistemic function of deliberation and its relevance for the quality of probative reasoning, at least in Chile, has not been fully highlighted compared to the attention that the assessment and decision on the evidence and its justification in the sentence. Using the Chilean Oral Criminal Trial Court as a reference, we will show that, beyond certain established practices, a critical review is needed on the deliberation of the facts by professional judges and how they arrive at the reasoning synthetically expressed in the verdict. We intend demonstrate the usefulness of laying the foundations of a methodology and propose some guides that allows its organization, in order to improve debate and arguments in said collective space.

KEYWORDS: Deliberation; epistemic function; evidence; facts; verdict.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN Y ACLARACIONES PRELIMINARES.— 1. TRIBUNALES COLEGIADOS Y ESTABLECIMIENTO DE LA PREMISA FÁCTICA. EL CASO DEL TJOP CHILENO.— 2. ERRORES Y DEFECTOS EN LA DELIBERACIÓN Y VEREDICTO.— 3. DELIBERACIÓN, MOTIVACIÓN Y PRIMER CONTROL INTERSUBJETIVO INTRA-DECISIONAL: 3.1. Justificación de la premisa fáctica y jueces profesionales; 3.2. La deliberación y su función epistémica: método colectivo para tomar decisiones y primer control intersubjetivo entre pares; 3.3. Incremento gradual de la justificación y publicidad de las razones desde la deliberación a la sentencia.— 4. PROBLEMAS DE LA DELIBERACIÓN COLECTIVA. HERRAMIENTAS PREVENTIVAS Y CORRECTIVAS CENTRADAS EN LOS AGENTES.— 5. UNA ESTRUCTURA METODOLÓGICA PARA DELIBERAR SOBRE LOS HECHOS Y JUSTIFICARLOS EN EL VEREDICTO: 5.1 ¿Cuáles son las hipótesis sobre las que debemos pronunciarnos? Determinación de las hipótesis en disputa; 5.2. ¿Hay cuestiones no controvertidas que podemos usar para establecer lo fáctico? Verificar la existencia y determinar el valor que se dará a hechos admitidos; 5.3. ¿Cuáles son las pruebas que podemos utilizar y que aportan información útil para resolver y cuáles no?, y ¿qué inferencias podemos extraer de cada una de las pruebas y cómo se complementan? Valoración de la prueba según el sistema aplicable; 5.4. ¿Qué grado de confirmación tienen las hipótesis y qué decisión debemos tomar en consecuencia? Decisión sobre los hechos aplicando el estándar probatorio; 5.5 La confección del veredicto fundado.— 6. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN Y ACLARACIONES PRELIMINARES

La justificación del establecimiento de la premisa fáctica constituye una preocupación fundamental para el razonamiento probatorio. En Chile, bastante se ha dicho y escrito sobre el despliegue argumentativo exigible en la sentencia definitiva (Accatino, 2010; Araya, 2018; Cerda, 2011 y 2016; Maturana Baeza, 2014), pero no acerca del momento en que los tribunales colegiados deciden sobre la *quaestio facti* apenas concluido el juicio. En el caso del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal chileno —en

adelante TJOP— o similares de carácter colegiado e integrados por jueces profesionales¹, la redacción de la sentencia está precedida de una deliberación entre quienes conforman la sala, a la que sigue la comunicación de una decisión en forma de veredicto de absolución o condena. Allí el tribunal resuelve sobre los hechos² luego de la rendición de pruebas sujetas a contradicción y concentra dos de los tres momentos de la actividad probatoria: *valoración y decisión* (Ferrer, 2007, p. 41)³. Esto, por regla general, en espacios excluyentes de terceros —deliberación privada o secreta— y en un tiempo limitado por ley y agenda.

Las exigencias de justificación del juicio fáctico suelen estar definidas como requisitos de la sentencia definitiva, con una carga de expresión y fundamentación elevada⁴. Sin embargo, esos argumentos probatorios deberían nacer en el seno del tribunal en un contexto deliberativo. En efecto, el texto final es la manifestación escrita de una valoración y decisión que se tomó en forma precedente a su redacción.

La deliberación debería propiciar un análisis racional de las evidencias, de modo que la decisión probatoria obedezca a una reflexión sobre las hipótesis en disputa y el grado en que cada una ha sido corroborada o refutada. Sin embargo, el contexto generalmente privado en que se despliega impide conocer la forma en que se lleva adelante esta tarea. Estimamos que resulta necesario problematizar y someter a escrutinio este momento más allá de los límites de las salas judiciales.

Si buscamos satisfacer pretensiones compatibles con una concepción racionalista de la prueba⁵, resultaría contraproducente abandonar este espacio a un abordaje

¹ Esto delimita el trabajo a tribunales colegiados conformados por jueces profesionales, excluyendo al jurado. Si bien toma como ejemplo un tribunal penal, estas reflexiones son aplicables a cualquier otro que establezca hechos y en diversas materias, con sus reglas probatorias particulares.

² Abordaremos únicamente la justificación de la premisa fáctica, aunque se resuelva junto con la normativa y, según veremos, esta condicione el debate sobre aquella. Las dificultades específicas de la prueba ameritan un tratamiento diferenciado pues, a diferencia de lo normativo, su desarrollo y prácticas no son exclusivas de la comunidad jurídica (Coloma, 2014, pp. 407-408).

³ Quien antepone a los mencionados el momento de *conformación* del conjunto de pruebas.

⁴ Incisos 2 y 3, art. 297 del Código procesal penal de Chile (en adelante CPP): «El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo». «La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia».

⁵ La concepción racionalista de la prueba tiene como tesis principales (Ferrer, 2021, pp. 17-18): a) una relación teleológica entre prueba y verdad, donde el objetivo institucional del proceso es alcanzar la verdad a través de ella; b) una noción de verdad por correspondencia de los enunciados fácticos con la realidad; c) la fiabilidad de la prueba en cuanto no otorga certeza racional y puede ser fuente de errores (falsos positivos y negativos); d) un razonamiento probatorio necesariamente probabilístico, esto es, decir que un enunciado está probado es afirmar que es probablemente verdadero (a un nivel a determinar a través de reglas de suficiencia o estándares de prueba). En dicha línea, Accatino (2019) profundiza sobre las tesis centrales de esta concepción, en sus versiones angloamericana y continental o latina.

judicial carente de algunas directrices mínimas. Aunque hay exigencias normativas de justificación del veredicto producto de la deliberación, es deseable posibilitar y profundizar un efectivo control horizontal de los argumentos entre jueces.

Estimamos que la deliberación podría ser epistémicamente más valiosa o fructífera si se cuenta con cierta organización que identifique fases ineludibles de la cuestión probatoria y fáctica. En dicha línea, propondremos una estructura que pueda servir de guía o método para deliberar sobre los hechos y presentaremos pasos básicos que, como una hoja de ruta, permitan localizar argumentos, acuerdos y disensos entre jueces y faciliten su revisión retrospectiva.

Para llegar a ese punto estimamos necesario, previamente, precisar algunos alcances teóricos sobre la motivación de la premisa fáctica y de la deliberación colegiada como una forma de justificación colectiva, el control intersubjetivo de pares o *intra-decisional* y las problemáticas del intercambio grupal.

1. TRIBUNALES COLEGIADOS Y ESTABLECIMIENTO DE LA PREMISA FÁCTICA. EL CASO DEL TJOP CHILENO

El sistema procesal penal chileno y otros afines establecen un modelo en que un juez unipersonal, de garantía, atiende el control de la investigación y la preparación del juicio, mientras que un tribunal colegiado, el TJOP, es el competente para conocer del juicio oral.

Terminado un juicio, el tribunal señalado delibera en privado sobre las pruebas hasta alcanzar un veredicto de absolución o condena, paso anterior a la redacción de la sentencia definitiva. Este veredicto debe comunicarse a las partes, señalando los «fundamentos principales tomados en consideración» para llegar a la decisión, obligando a justificarla (*cf.* Arts. 339, 343 y 344 del CPP).

Esta división entre deliberación, veredicto y sentencia en el caso chileno está normativamente diseñada y parece ser la regla común en tribunales colegiados de integración profesional de otras latitudes latinoamericanas⁶, que exigen comunicar una decisión de absolución o condena que contenga sucintamente sus fundamentos.

A la hora de examinar el juicio oral, la doctrina procesal chilena (Cerda, 2003; Horvitz y López, 2004, pp. 336 a 338; Maturana y Montero, 2017, pp. 985 y 992) no aborda la deliberación sobre los hechos más allá de un acercamiento normativo formal, como la nulidad en caso de omisión de la comunicación de veredicto en el plazo legal y la formación de los acuerdos (Horvitz y López, 2004, pp. 209 y 210, mencionan los arts. 19, 72, 81, 83, 84 y 89 del Código orgánico de tribunales de Chile; Maturana y Montero, 2017, p. 993), sin que se advierta una reflexión relativa al modo en que en tal espacio se adoptan las decisiones. La privacidad de esta ins-

⁶ Por ejemplo, arts. 360 y 364 del Código procesal penal de Costa Rica y 392 y 396 Código procesal penal de Perú. En la misma línea, arts. 319 y 324 Código procesal penal modelo para Iberoamérica.

tancia⁷ y la falta de medios de revisión e impugnación del veredicto podría explicar la falta de interés en profundizar sobre esto desde un sentido práctico. En concreto, el foro procesal penal sitúa el tratamiento judicial de la prueba en la valoración y decisión en la sentencia, conforme a sus requerimientos legales.

También se debe considerar que la lectura tradicional del acercamiento judicial a la prueba y los hechos lo ocupa un juez unipersonal. Amaya (2020, p. 141) advierte sobre este enfoque individualista de los procesos de toma de decisiones. En el caso chileno esto se ve acentuado por la falta de otros tribunales colegiados de primera instancia⁸ y que instituciones como el jurado son ajenas a nuestro ordenamiento. La propia comprensión judicial de la deliberación y su producto, el veredicto, es en algunos casos confusa o derechamente errada, al concebirla como un momento en que no se deberían valorar pruebas ni justificar el establecimiento de los hechos⁹.

Ahora, en la práctica judicial se aprecia una tendencia a deliberaciones cada vez más breves. En base a información disponible sobre TJOP de la Región Metropolitana, se puede observar que el tiempo promedio de minutos formales destinado a deliberación —desde que el tribunal se retira a debatir y comunica el veredicto— para juicios de una sola jornada de duración, tuvo un descenso del 68 por 100 entre el año 2018 y el 2023. Ese mismo promedio de minutos tuvo una baja de un 31 por 100 si se miden juicios de dos o más jornadas de duración, que por volumen de prueba y complejidad requerirían mayor tiempo de análisis¹⁰.

Por cierto, los minutos señalados no cuentan como tiempo real o efectivo de deliberación y son solo un indicador de un descenso en el tiempo formalmente establecido para dicha tarea. Es efectivo que existen espacios para que los jueces deliberen paralelo al desarrollo del juicio y adopten posiciones preliminares —aun con información incompleta— a consolidar una vez finalizado. Sin embargo, podría ser que se

⁷ No es el objetivo de este trabajo abogar por la publicidad de la deliberación. Se asume su carácter secreto como un elemento que dificulta su examen crítico.

⁸ La integración plural se emplea en segunda instancia y casación y en ciertas judicaturas especiales, como los Tribunales Ambientales o de Libre Competencia, donde también se establecen hechos por composición colegiada.

⁹ Manifiesto en SCS 26152/2023, de 28 de abril de 2023. Reprocha, por otras buenas razones, parcialidad del tribunal al referirse a testigos de la defensa, pero sostiene, erradamente, que el espacio para valorar es sólo la sentencia y no el veredicto post deliberación (considerando octavo): «el principio contradictorio que rige en nuestro sistema procesal penal constituye un elemento del derecho a defensa y, asimismo, del debido proceso, por cuanto la neutralidad del tribunal se asegura y garantiza, lo que, en la especie, fue vulnerado al adelantar y emitir opinión en la etapa del pronunciamiento del veredicto, antes de la sentencia».

¹⁰ Promedio de elaboración propia para este trabajo a partir de reportes mensuales de ocho TJOP facilitados por la coordinación del Centro de Justicia de Santiago, con datos disponibles desde 2018, pero no publicados. Para juicios de una jornada de duración, el tiempo promedio bajó de cuarenta y un a trece minutos desde 2018 a 2023; en juicios de dos o más jornadas de duración, cayó de noventa y seis minutos en 2018 a sesenta y seis en 2023. Hoy es frecuente entregar veredictos verbales y su escrituración, que podría incidir en mayores tiempos, se ha reservado a casos complejos.

esté privilegiando decidir por sobre argumentar y que, sin deliberar mayormente, sea el ponente quien fundamente en forma individual la decisión ya tomada. Lo advertía Calamandrei (1960, p. 124) al hablar de hipocresía formal o de la motivación como disfraz lógico de los móviles de la decisión.

La baja podría explicarse también por el aumento de juicios y demandas de gestión, debates más eficientes producto de una mayor experiencia o derechamente porque dicho espacio esté siendo mal utilizado. Lo relevante es destacar que los jueces deliberan privadamente de una forma delineada de acuerdo con prácticas formadas en el ejercicio diario, pero desconocidas para aquellos ajenos a este. Si bien no todos los casos demandan intensas discusiones por su menor dificultad probatoria, esta afirmación debe ser matizada tanto por la existencia de casos difíciles o complejos¹¹, como por la índole extremadamente relevante de los valores en juego en la decisión, que obligan a un ejercicio judicial cuidadoso en todo caso que requiera pronunciamiento sobre la *quaestio facti*¹².

Aunque no necesariamente del indicio del descenso en el tiempo se sigue uno en la calidad de la deliberación, dado el panorama descrito, que asigna poca relevancia y no problematiza esta etapa, podemos sostener una fundada preocupación por la eventual merma en la confrontación de argumentos sobre la prueba al interior del tribunal colegiado.

2. ERRORES Y DEFECTOS EN LA DELIBERACIÓN Y VEREDICTO

Hasta aquí lo único que parece claro es que enfrentado a la deliberación el tribunal cuenta con las evidencias presentadas, un sistema de valoración y una regla de decisión o estándar probatorio (sana crítica y duda razonable, respectivamente). Salvo algunas normas sobre precedencia de votos o de formación de mayorías ante dispersión de opiniones, no se regula una estructura o pasos necesarios para organizarla.

¿Por qué debería preocuparnos la deliberación? Principalmente porque éste es el momento institucionalmente diseñado para que el tribunal colegiado valore y decida. Además, porque está establecida como un mecanismo para alcanzar decisiones sobre la veracidad de los hechos discutidos, a través de la confrontación dialogada de argumentos. Para Amaya (2020, p. 142) la deliberación sobre los hechos en el ámbito del

¹¹ La distinción de MacCormick entre *casos fáciles y difíciles* en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica es destacada por Amaya (2017, p. 24) por su utilidad para el desarrollo de una teoría del razonamiento probatorio en el derecho. Problemas de *interpretación, relevancia, prueba y clasificación* —o *calificación*— configurarían un caso difícil; aunque los dos últimos tratarían específicamente sobre los hechos, explica cómo los otros también podrían llegar también a afectar su determinación.

¹² El manual del curso habilitante para jueces penales de la Academia Judicial de Chile (Gajardo y Hermsilla, 2020, p. 307 y ss.) propone pautas que estimamos insuficientes. Resulta llamativa esta reflexión: «El legislador se cuidó en extremo de dar abundantes normas sobre el particular, entendiendo esta actuación de la deliberación como un trámite más o menos rápido que refleje de alguna manera el cambio del antiguo sistema...», esto último en referencia al procedimiento inquisitivo.

derecho tiene por finalidad principal la adquisición de creencias verdaderas, mediante un proceso de intercambio de razones y Ferrer (2005, p. 55 y ss. y 2007, pp. 29-32) indica que la verdad es el fin institucional y objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso. Un ejercicio deficiente hará que no cumpla su función epistémica de ser una instancia racional y profunda de análisis colectivo de la prueba.

En esta fase se podrían producir diversos errores relativos a la prueba y los hechos que, independiente de si se cuenta o no con recursos para impugnarlos, se reflejarán en la sentencia al tener origen en una deliberación defectuosa, considerando que el razonamiento probatorio que le sirve de base nace aquí.

Carbonell (2022, pp. 66-73), señala que una decisión judicial entendida tanto como *actividad* o como *resultado*, puede ser defectuosa por la existencia de errores (también abusos). La autora focaliza en aquellos que pueden ser objeto de impugnación y agrupa en una tipología aquellos relacionados con *defectos de justificación externa de la premisa fáctica*: problemas generales en la determinación de tal premisa (se valora mal), construcción deficiente de las inferencias probatorias, ignorancia de algún medio probatorio, contradicciones en la valoración y error en la aplicación del estándar de prueba; estos los asocia con defectos específicos de la sentencia y causales del recurso de nulidad. Lo que queremos puntualizar es que muchos tendrán origen al deliberar.

Sin pretender ser exhaustivo ni excluyente, podemos distinguir errores y defectos *orgánicos* o *procesales* al deliberar o emitir un veredicto, de aquellos errores y defectos propiamente *epistémicos*, referidos a la adquisición de conocimiento en el espacio colectivo de la deliberación y su justificación.

Respecto de los *orgánicos* o *procesales* (no epistémicos), encontramos al deliberar defectos de participación (no todos los jueces deliberan; *v.g.*, un juez no vota o se ausenta del debate) y, al dictar el veredicto, cuando no se entrega dentro de plazo— caso sancionado expresamente con la nulidad del juicio—, es inmotivado en relación con la premisa fáctica o incompleto, al no pronunciarse sobre todas las hipótesis de hechos planteadas.

Sobre los defectos y errores propiamente *epistémicos*, que inciden en la formación de la justificación de los hechos probados o no en la deliberación y que se plasmarán en el veredicto, podríamos distinguir:

a) Errores *deliberativos*, referidos a la formación o adquisición de conocimiento en el espacio colectivo: *v.g.*, no hay confrontación de argumentos sino una mera suma de posturas individuales o interfieren sesgos grupales.

b) Errores *metodológicos* en la aplicación del marco teórico y estructural que permite el desarrollo u organización de una deliberación sobre los hechos, al ordenar, dotar de contenido u omitir pasos de la construcción de la premisa fáctica; *v.g.*, cuando no se identifican todas las hipótesis del caso o los hechos admitidos o controvertidos, no se realiza una valoración individual de la prueba antes de la conjunta o tal análisis no se separa de la decisión sobre aquella.

c) Errores en los *argumentos probatorios*, referidos en específico a las inferencias probatorias y a la valoración de los elementos de juicio propiamente tales y la aplicación de las reglas de decisión; *v.g.*, se utilizan máximas de la experiencia infundadas, se sobrevaloran informes periciales o se aplica incorrectamente el estándar de prueba.

En este trabajo nos enfocaremos en aquellos errores *metodológicos* o estructurales de la deliberación, por su trascendencia en el tratamiento de la prueba y su conexión con la argumentación en la sentencia. De esta forma se podrían evitar defectos al deliberar y también veredictos inmotivados o incompletos. Es esta preocupación la que, a nuestro juicio, amerita visitar la deliberación y visibilizar problemas específicos que pueden surgir allí, posibles correcciones apoyadas en el control entre pares y explorar guías que permitan sentar bases de un método común a emplear.

3. DELIBERACIÓN, MOTIVACIÓN Y PRIMER CONTROL INTERSUBJETIVO INTRADECISIONAL

3.1. Justificación de la premisa fáctica y jueces profesionales

Una cuestión fundamental para un ejercicio probatorio racional es la obligación de motivar el establecimiento de la premisa fáctica, entendida como «expresión lingüística de las razones que justifican la decisión adoptada» (Ferrer, 2021, p.189), en el sentido de *tener y dar razones* para decidir de un modo determinado, que actúan como garantía del respeto al debido proceso y permiten su control por las partes y revisores. Los jueces deben justificar su decisión pues de allí emana su legitimidad¹³ y precisamente esto sería, junto con una obligación, la ventaja de los jueces profesionales frente a un jurado que no motiva —al menos a un mismo nivel¹⁴— su decisión sobre los hechos en el veredicto, volviéndola inexpugnable o difícilmente controlable¹⁵.

Resulta necesario que los jueces expliciten el modo en que valoraron la prueba individual y conjuntamente y estimaron superado o no un determinado estándar de suficiencia probatoria, para vencer a la presunción de inocencia en su faceta de regla

¹³ Duce y Riego (2012, pp. 390-392) estiman consistente histórica y culturalmente con la tradición continental la opción chilena por jueces profesionales y destacan que su legitimidad está en la motivación y fundamentación de sus decisiones, a diferencia de la representación popular del jurado. Taruffo (2010, pp. 206-208) aborda las críticas a las capacidades de los jueces profesionales para enfrentar funciones epistémicas y los argumentos que la contrarrestan.

¹⁴ Por ejemplo, en España la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo dispone, en su art. 61.1 e), que el acta de votación del jurado debe contener un apartado con los elementos que formaron su convicción y una sucinta explicación de las razones para declarar o rechazar declarar hechos como probados.

¹⁵ Por esto la cuestionable convencionalidad del jurado declarada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* de 8 de marzo de 2018, como explica Ferrer (2020, p. 372 y ss.). Enfatiza que el derecho a la prueba, integrante del debido proceso, incluye una decisión motivada sobre los hechos propia de una concepción racional —y no persuasiva— de la prueba.

de juicio y así pueda tener espacio el control intersubjetivo de los criterios de racionalidad epistémica aplicados.

De lo dicho derivan las dos dimensiones que se le reconocen a la motivación: una *endoprosesal*, que alude al control de partes y revisores de los fundamentos de la decisión y una *extraprosesal*, que extiende ese escrutinio a la sociedad toda en un contexto de ejercicio de poder democrático y público (Ferrer, 2021, pp. 189-191; Igartua, 1998, p. 180; Accatino 2003, p. 35). Aunque se esté pensando en la motivación del texto final, la expresión de motivos en el veredicto previo cumpliría con ambas dimensiones, en cuanto dirigida a las partes y a la ciudadanía¹⁶ y pese a que no pueda ser revisada vía impugnación.

Sin perjuicio, porque la integración colegiada lo favorece, quisiéramos poner el acento en el esencial examen horizontal de la argumentación y de los criterios de racionalidad epistémica de la valoración y decisión sobre la prueba entre los propios jueces que integran la sala. Eso lo llamaremos, en el contexto de la deliberación, primer control intersubjetivo de pares o *intradecisional*. Esto, pues más allá de lo que determine el derecho positivo, deliberar por definición consiste en «considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos»¹⁷ y no en un simple concurso de voluntades.

Sostenemos que la deliberación de un tribunal colegiado es distinta a aquella introspectiva de cada juez individual, pues deberá explicitar su posición con un sentido concreto: someterla al examen del resto. Este es un primer ejercicio de motivación, justificar ante los pares. En una segunda instancia, la deliberación contempla un deber explícito de motivar pues su producto, el veredicto, exige enunciar los fundamentos que se tuvieron en vista para establecer los hechos en disputa, que se discutieron en el debate conjunto y que constituyen la justificación colegiada.

Es cierto que desde un punto de vista lógico la deliberación no es una condición necesaria de la motivación, ya que puede existir esta sin aquella y de igual modo, podría darse una deliberación profunda y completa, pero que la decisión no esté motivada. Deliberar y motivar son ejercicios conceptualmente distintos, pero ya deliberar exige justificar ante otro. Y, en el caso chileno, el tribunal está obligado a expresar esos fundamentos en el veredicto. Sin embargo, más allá de las exigencias normativas, lo que queremos destacar es que la deliberación contribuye a la motivación o justificación de la premisa fáctica al construir colectiva y racionalmente los argumentos probatorios que sustentan su establecimiento. Esa es su función epistémica, como profundizaremos.

¹⁶ Demuestra la relevancia del veredicto considerando la presencia de partes no letradas —acusado y víctima— o en casos de connotación pública.

¹⁷ Definición de la RAE.

3.2. La deliberación y su función epistémica: método colectivo para tomar decisiones y primer control intersubjetivo intradecisional entre pares

Por la gravedad de los asuntos y sanciones aparejadas¹⁸ el legislador chileno establece que algunos casos penales sean resueltos por un tribunal colegiado. La opción por este respondería a la idea de que ofrecería mejores condiciones para resolver. Sin embargo, no es la sola pluralidad de miembros —en los términos del conocido Teorema de Condorcet¹⁹— el que agrega valor epistémico a la decisión sobre lo fáctico, sino el hecho que entre ellos deban confrontar ideas. Precisamente el espacio de deliberación abre tal oportunidad de contraste de puntos de vista para la construcción de una resolución colectiva que, «aunque pueda descomponerse en decisiones individuales que formarán unanimidad o mayoría, estarán moldeadas en dicha instancia» (Coloma, 2014, pp. 416-417).

Como precisa Martí (2006, p. 82) las resoluciones de un tribunal colegiado son *decisiones colectivas públicas* —que adoptan forma de norma jurídica o que pretenden influir en la producción de una— y *de aplicación*, que se diferencian de aquellas *decisiones colectivas públicas políticas* que se toman con un cierto grado de discrecionalidad y que son objeto del modelo de *deliberación democrática*. Sin embargo, dos principios base, estructurales y constitutivos de la deliberación mencionados por el autor, son a nuestro juicio comunes a ambas y están en línea con lo expuesto hasta aquí: el de *argumentación*, en cuanto la deliberación es un proceso discursivo en el que «existe comunicación con el objetivo de transformar las preferencias de los demás» de manera razonada, a diferencia de otras formas como la negociación o la persuasión retórica; y el principio de *procedimiento colectivo*, esto es, «un proceso de reflexión dialógica en que las diversas propuestas, los diversos argumentos, y las diversas evaluaciones de cada argumento se cruzan intersubjetivamente»²⁰.

¹⁸ Delitos sancionados con penas superiores a quinientos cuarenta y un días de presidio. Desde lo procesal, trajo aparejado un régimen recursivo distinto, suprimiendo la apelación contra sentencias de TJOP e instaurando un recurso de nulidad de causales estrictas; *cf.* Araya (2018, p. 45); Del Río (2012, p. 272).

¹⁹ «La probabilidad de que una decisión correcta sea respaldada por una mayoría de votantes aumenta en función del número de participantes así como de la competencia epistémica de los mismos, tendiendo a 1 a medida que el número de participantes tiende al infinito...». Martí (2006, pp. 185-186) sobre dicho teorema y sus condiciones.

²⁰ Martí (2006, pp. 90-92) define la *democracia deliberativa* como un modelo de toma de decisiones político normativo, cuya propuesta básica es que las decisiones políticas sean adoptadas mediante un procedimiento democrático cuyo componente deliberativo toma una forma dialógica o discursiva, de comunicación colectiva y reflexiva, basado en el intercambio de razones que cuentan como argumentos en favor o en contra de una o más propuestas determinadas, con la finalidad de convencer racionalmente a los demás, y en el que los participantes persiguen la imparcialidad en sus juicios y valoraciones (pp. 22-24). Esto permite diferenciarlo de modelos alternativos basados en el voto —democracia como mercado— o en la negociación —democracia pluralista— (pp. 66-70).

La función epistémica de la deliberación queda de manifiesto cuando entendemos que la colegiatura del tribunal es relevante por su dimensión cualitativa por sobre la cuantitativa. Podría sostenerse que un mayor número de jueces individualmente considerados que sumen sus decisiones las haga mejores, pero acá destacamos la relevancia cualitativa, ya que la confrontación de una variedad de argumentos es lo valioso: que exista tal contraste colectivo es, idealmente y en general, epistémicamente mejor a que no, al permitirnos confirmar, refutar y someter a crítica nuestras posturas individuales²¹. Por cierto, esto no descarta que en casos particulares aun deliberando tal valor no se produzca, pero ello no invalida la idea general.

Deliberar es un modo de debatir —argumentar en forma dialogada— que se distingue por su carácter *colaborativo* y *temático* en búsqueda de resolver un problema²². Exige que la actitud de los participantes sea abierta y se reconozcan capacidades intelectuales mutuas y suficientes. Es algo distinto a la mera suma de votos individuales ausente de diálogo y confrontación de posturas. Hay un plus de rendimiento que puede obtenerse en esa actividad colectiva, en cuanto todos los participantes atribuyen mayor valor epistémico al debate cooperativo que posibilitaría una mejor decisión (Aguiló, 2021, p. 22). Amaya (2020, p. 142) habla de sinergia positiva del grupo²³. La ventaja de la pluralidad de miembros es permitir que las reflexiones sobre la prueba se expliciten y pueden ser precisadas, complementadas y refutadas por el resto.

Los jueces del tribunal penal colegiado son *pares epistémicos*, pues todos observaron la misma evidencia y contarían con iguales capacidades para valorarla y decidir sobre ella²⁴. No hay una posición o estatus distinto, reflexiones u opiniones que valgan más o menos por el sujeto/juez que las emite²⁵. Solo debería atenderse a la calidad del argumento y su conexión con la prueba.

²¹ Tuzet (2021, p. 30) menciona como uno de los criterios de control propios del contexto de justificación la colegialidad del juicio, que permite confrontar y examinar las precomprensiones de cada juez singularmente considerado.

²² Aguiló (2021, pp. 18-22) distingue *colaborativo* o *cooperativo* en oposición a *conflictivo*, según su compatibilidad o no con el objetivo perseguido por los partícipes y *temático* en oposición a *actorial*, según ponga el acento en el objeto del debate y no en los sujetos que participan en él. De la combinación surgen cuatro modos de debatir: *disputa* (conflictivo y actuarial); *controversia* (conflictivo y temático); *deliberación* (cooperativo y temático) y *consenso* (cooperativo y actuarial).

²³ Posner (2011, pp. 333-334) controvierte esta idea en su análisis sobre decisiones de la Corte Suprema estadounidense.

²⁴ Un concepto general en Lo Guercio (2018, p. 83): dos sujetos son pares epistémicos con respecto a una cuestión p «si ninguno de los dos exhibe una ventaja epistémica sobre el otro en relación con p, ya sea porque tuviera más o mejor evidencia o porque ostentara mayores virtudes cognitivas» (igualdad *evidencial* y *cognitiva*). Coloma (2014, p. 415) estima que hay razones, más pragmáticas que epistémicas, asociadas a una práctica frecuente de resolución de casos sobre prueba de los hechos, que llevan *prima facie* a tratar como pares epistémicos a los miembros del tribunal.

²⁵ En materia pericial se utiliza también esta noción. Los expertos podrían o no considerarse entre sí o por el juez como pares epistémicos sobre un tema en particular; sin embargo, esta idea podría resultar insuficiente cuando los desacuerdos surjan de preconcepciones o predisposiciones teórico-conceptuales, como la procedencia de distintas escuelas de pensamiento (Vázquez, 2018, pp. 84-85). Trasladado a

Precisamente por esto pueden existir discrepancias internas que subsistan incluso hasta el veredicto, tomando forma de disidencia o voto particular. En tal escenario la deliberación se transformará en una controversia en el tribunal, donde lo relevante será mostrar qué separa a los interlocutores jueces y por qué una solución se estima mejor que la posición contraria (Aguiló, 2021, pp. 27-28). Esto vuelve a relevar la función endoprocésal y extraprocésal de la motivación al permitir evaluar las distintas soluciones, cuestión que importa porque no resultaría admisible, en sistemas de decisión por mayoría, un debate consensuado dirigido a mantener la unidad del tribunal al ir contra la sujeción al derecho, la imparcialidad y la independencia²⁶.

Lo dicho muestra que al deliberar se configura una dialéctica dada no sólo por las posturas rivales de las partes en el proceso²⁷, sino que también interna entre los decisores y sus argumentos. Por lo mismo, es necesario no solo que la eventual minoría exponga sus diferencias ante la mayoría, sino que también esta se haga expresamente cargo de esas críticas, para así fortalecer la argumentación probatoria y mostrar en el veredicto el debate concreto que tuvo lugar al deliberar. Si solo la disidencia cuestiona el fallo mayoritario —normalmente con baja intensidad y malentendida deferencia— pero no en sentido inverso, se omitirá parte del fundamento de la decisión y/o mostrará que esas razones fueron irrelevantes o no surgieron en la discusión. En los primeros supuestos no se honrará el debate real y en el último la minoría no habrá puesto esas razones al servicio de la deliberación colectiva. Las disidencias aportan sofisticación a los argumentos y el veredicto debería dar cuenta de estas diferencias de modo explícito.

Además, es necesario comprender que en tribunales que funcionan con regla de mayoría las disidencias operan como una alerta sobre un eventual error en un punto de vista ya sea respecto de la valoración de elementos de juicio como de la decisión final sobre lo fáctico; esto obliga a examinar nuevamente la posición, que puede ser abandonada disipando el desacuerdo o verse fortalecida con la construcción de un nuevo argumento que conteste esa crítica, pues la existencia de desacuerdos entre jueces no constituye necesariamente una razón para *suspender creencias* (Coloma, 2014, pp. 413-418).

Todo esto conforma un control intersubjetivo *intradecisional* de la justificación del establecimiento de los hechos: intersubjetivo²⁸, pues las razones del tribunal para

jueces, pudiera ser problemático si adscribiesen a una concepción distinta sobre la prueba, racionalista o persuasiva, por ejemplo, o cuando posean una formación en materias probatorias especialmente dispar o asimétrica.

²⁶ Aguiló, (2021, p. 25): «Las tesis de fondo consideradas correctas no pueden ser soslayadas en aras de fomentar la unidad del tribunal, la buena relación entre los compañeros o la imagen que el tribunal proyecta al exterior». Esto, a diferencia de la regla de unanimidad del jurado, cuya búsqueda admitiría consensos para evitar el bloqueo de la decisión (Damaska, 2015, pp. 51-54).

²⁷ Igartua (1998, pp. 190-191); Accatino (2010, p. 124), denomina expresamente su modelo de justificación de los hechos en la sentencia penal como *analítico y dialéctico*; esto último importa tratar todas las pruebas y contrapruebas rendidas en un proceso que se estructura de modo adversarial.

²⁸ Ferrater Mora (1964, pp. 984-986): intersubjetividad descrita como «puente tendido entre la pura subjetividad y la pura objetividad», entre solipsismo y objetivismo radical. En el primer caso la validez

darlos por establecidos deben considerar argumentos racionales aportados por individuos, pero compartidos y contruidos colectiva o socialmente²⁹; *intradecisional*, pues se da al interior de un espacio deliberativo en el cual cada uno de los juzgadores, en igualdad de condiciones, deben someter a revisión la argumentación del otro y la propia, con rigor recíproco.

3.3. Incremento gradual de la justificación y publicidad de las razones desde la deliberación a la sentencia

La distinción entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación* (Atienza, 2005, pp. 4-7; Gascón y García, 2017, pp. 134-144), muestra la relevancia de las razones justificativas de una decisión por sobre aquellas razones explicativas que podrían incluir preferencias de los jueces, prejuicios y motivaciones psicológicas de diversa índole, distantes de las reglas con fundamento epistémico propias de una concepción racional de la prueba. También podría presentarse la tendencia a un razonamiento intuitivo³⁰ por sobre el deliberativo, una elección rápida condicionada por los tiempos disponibles, primando posiciones preestablecidas en función de la práctica y repetición de casos que se resuelven mecánica y/o comparativamente.

Si se estima que lo relevante son únicamente las razones que consten en un texto definitivo como la sentencia, propias del contexto de justificación, se podría fomentar que en los escenarios recién descritos la decisión preceda a la motivación y que el fallo a redactar, por un solo juez, sea el espacio en que se elabore todo o gran parte de la fundamentación. Esto, en la medida que los jueces no transparenten los motivos de sus elecciones ante sus pares y/o que la celeridad derive en ausencia de revisión de argumentos. En tal sentido, usar «veredictos tipo» contruidos con cláusulas de estilo, resulta insatisfactorio y puede reflejar ausencia de deliberación, más aún cuando se contrastan con las extensas sentencias que les siguen.

Ahora, no se trata de un problema de orden cronológico entre argumentar/decidir o decidir/argumentar. Perfectamente dentro de la deliberación podrían los jueces

de las proposiciones es relativa a un solo sujeto, negando la posibilidad de conocimiento objetivo en cuanto válido para cualquier sujeto; en el segundo caso, dado que prescinde «*del punto de vista del sujeto y se defiende un objetivismo radical, no hay propiamente conocimiento —que es siempre conocimiento poseído por sujetos— sino únicamente “lo conocido”*».

²⁹ Lo explica González Lagier (2003a, p. 23): La objetividad en sentido ontológico de los hechos externos —que su existencia no dependa del observador— es insuficiente para el conocimiento, al no asegurar que nuestro conocimiento de ellos sea objetivo. Ahora, los hechos percibidos son epistemológicamente subjetivos, en cuanto relativos a una capacidad sensorial individual. De allí que, al compartir capacidades y limitaciones de percepción, «características de nuestra especie, podemos convertir ese defecto en virtud y hablar, no de subjetividad, sino de intersubjetividad».

³⁰ Bravo (2022, pp. 38-40) destaca que la neurociencia distingue el pensamiento *deliberativo*, lento, razonado y que requiere de ciertas operaciones lógicas mínimas, del *intuitivo*, rápido, espontáneo, que no requiere mayor análisis y que fluye naturalmente. En los jueces, como en cualquier persona, el segundo tiene fuerte incidencia.

comenzar manifestando una posición preliminar y luego justificarla ante sus pares argumentativamente. Lo importante a nuestro criterio es que tales argumentos probatorios sean objeto de debate interno con el fin de que la decisión que se comunique finalmente sea aquella sometida al escrutinio colectivo.

Precisamente se espera que las posturas individuales de los jueces se sometan a crítica en la deliberación y que las ideas que se exterioricen a través del lenguaje se confronten frente a los pares. En este camino puede haber avances y retrocesos, planteamientos que son desestimados y otros que se consoliden. Pero dado que a este nivel opera el *control intersubjetivo intradecisional* de los argumentos probatorios, tales posiciones intuitivas, precipitadas incluso y que puedan emitirse en ese ámbito privado, deberían dar paso a inferencias probatorias racionales que se plasmen en la justificación de la decisión que adquirirá forma de veredicto, primer paso de la construcción de la sentencia definitiva en una escala de incremento progresivo de la motivación.

A esta altura, podemos trazar una distinción —nuevamente, sin pretensión de exhaustividad ni exclusión, solo ilustrativa— según exteriorización/exigencia de la justificación, útil para describir los tres momentos en que se adopta la decisión de la premisa menor o fáctica del silogismo judicial:

—Deliberación: *privada y progresiva*, momento que supone justificar sólo entre miembros del tribunal; admitiría aportes menos profundos por su carácter tentativo y provisorio a ser depurados hasta la adopción de conclusiones parciales y la toma de decisión individual de cada juez producto del debate;

—Veredicto: *pública y sintética*, momento en que se alcanza una decisión colectiva sobre los hechos al menos por regla de mayoría, con una carga medianamente exigente de justificación a terceros, circunscrita a la comunicación abreviada de los fundamentos que cimentarán la sentencia definitiva;

—Sentencia: *pública y exhaustiva*, que obliga a la expresión completa de los fundamentos sobre el establecimiento de los hechos en un texto definitivo desarrollado sujeto a control.

4. PROBLEMAS DE LA DELIBERACIÓN COLECTIVA. HERRAMIENTAS PREVENTIVAS Y CORRECTIVAS CENTRADAS EN LOS AGENTES

Hasta aquí hemos hablado acerca de cómo la deliberación propendería a encontrar mejores soluciones de las que se obtendrían individualmente, mirando las ventajas y el enriquecimiento de la justificación de la premisa fáctica con la participación colectiva. Sin embargo, este análisis sería incompleto si no contemplara los aspectos problemáticos inherentes a este ejercicio.

Además de los sesgos propios de cualquier juzgador individual que se enfrenta al establecimiento de los hechos mediante pruebas, la deliberación colegiada presenta

los propios, comunes a las decisiones que se abordan colectivamente. Se reconocen como principales distorsiones en la deliberación (Kahneman *et al.*, 2021, pp. 92-104; Amaya, 2020, pp. 147-148) las siguientes:

a) *Amplificación* de los sesgos cognitivos individuales una vez introducidos al grupo, sea como *multiplicación* del sesgo individual que contamina al resto o como *acumulación* de aquellos de cada partícipe;

b) *Homogenización* o reducción de la variabilidad dentro del colectivo, ya sea por efecto cascada —sumarse a las opiniones emitidas previamente descartando la propia— o por el efecto del conocimiento común —información compartida que desplaza a la individual o minoritaria—;

c) *Polarización* de posiciones o ideas que se extreman al deliberar;

d) *Dominación* como tendencia hacia la visión de los integrantes más prestigiosos o socialmente aventajados, suprimiendo las de quienes no cuentan con estas características y que se traduce en la falta de participación de los miembros o en su menor credibilidad.

Desde la *epistemología de la virtud*³¹ se ha planteado que la posesión de virtudes (intelectuales, morales, argumentativas y comunicativas) permitirían a los jueces que las posean y practiquen prevenir o corregir estos problemas. Amaya (2017, p. 23) propone un concepto de virtud como capacidad o habilidad de discernir las razones relevantes que se dan en un caso concreto y proporcionar las justificaciones correspondientes. Entonces, ciertos rasgos de carácter serían determinantes para el caso de la deliberación. Para la misma autora, las virtudes deliberativas —rasgos de carácter que promueven una buena o productiva deliberación colectiva—, además: a) facilitan que los grupos obtengan resultados epistémicamente justificados; b) contribuyen a manejar el desacuerdo y alcanzar el consenso; c) generan un entorno deliberativo que favorece que se realicen los dos objetivos anteriores (Amaya, 2021, p. 147). Sin perjuicio de que actuarían en forma conjunta, nos parecen especialmente aplicables a la deliberación las virtudes *epistémicas* o *intelectuales* como la autonomía, sobriedad y valentía intelectuales, apertura de mente, perseverancia, humildad, meticulosidad e imparcialidad³²; y virtudes *argumentativas*, como la disposición a comunicarse y escuchar a otros, a modificar la propia posición en base a los argumentos o críticas que uno recibe y a cuestionar lo obvio.

³¹ En términos generales, se trata de un modelo epistemológico que se ocupa de los agentes epistémicos y las habilidades que les posibilitan acceder exitosamente al conocimiento, más que en las creencias y sus condiciones. La posesión de ciertas virtudes intelectuales permitiría arribar a creencias justificadas y verdaderas. Se distingue el *fiabilismo*, centrado en facultades cognitivas estables como la memoria, los sentidos, el razonamiento deductivo, y el *responsabilismo*, que destaca ciertos rasgos de carácter a ejercer por el agente, como la tenacidad, humildad o sobriedad, que mejorarán su desempeño epistémico (Haddad, 2017, pp. 9-13).

³² Un detalle del contenido puede encontrarse en Amaya (2020) y serían especificaciones de virtudes morales fundamentales en los jueces: justicia, imparcialidad, templanza, valentía y honestidad (Amaya, 2017, p. 29).

Otro enfoque relativo al agente epistémico (Aguilera, 2022) a nuestro criterio aplicable al caso de jueces que deliberan, plantea que contar con pruebas es una condición necesaria más no suficiente de la justificación epistémica de una creencia³³. Por ende, si el acopio de evidencias fue deficiente o su valoración, tratamiento o procesamiento fue defectuoso, la justificación de la creencia que pretenden apoyar debe ser acreedora de evaluación negativa y rechazo. Empero, estas falencias podrían ser contrarrestadas con el cultivo de virtudes intelectuales, entre las centrales³⁴: a) el *deber de reflexionar* sobre la evidencia, como el paso de un estado teórico de creencia a uno deliberativo de verdad sobre un enunciado probatorio, mediante un ejercicio crítico y analítico de la fiabilidad de los elementos de juicio, para alcanzar conclusiones sobre ellos y la eventual necesidad de recolectar nuevas pruebas³⁵; b) la virtud de *ejercer autoridad sobre nuestras creencias*, adoptando una postura deliberativa que asimila la pregunta sobre la creencia en «p» con la de si «es verdad que p», que supone ir más allá de la creencia como estado mental y preocuparse por las razones que hacen más probablemente verdadero su contenido proposicional; c) adoptar *cautelitas epistémicas* que disminuyan el riesgo de arribar a creencias falsas, como el acopio diligente de pruebas y el descarte de hipótesis alternativas relevantes³⁶.

Este acercamiento al tema desde las virtudes resulta atractivo pues podrían cultivarse en el espacio institucional existente, la deliberación previa al veredicto. Además, entre jueces resultaría muy útil para detectar dónde o cuándo se está incurriendo en alguna distorsión y hacerla explícita en el debate. Requerirían, por cierto, capacitación³⁷ y ejercicio consciente y constante para convertirse en hábito.

Ahora, la aplicación de la teoría de las virtudes al ámbito jurídico y en específico al razonamiento probatorio es objeto de críticas respecto de su capacidad de constituirse en una guía que mejore la práctica judicial real de la prueba y que no pase de ser una «idealización improductiva» —la menciona Amaya (2017, p. 32)— y, la que nos parece central, que el ejercicio de ellas no garantiza resultados o conocimientos verdaderos al trabajar sobre un conjunto de elementos de juicio que no es completo

³³ En sentido *proposicional*, contar con evidencia para creer «p», y *doxástico*, que el sujeto crea efectivamente en «p» y lo haga sobre la base de esa evidencia (Aguilera, 2022, p. 83).

³⁴ Aguilera (2022, pp. 88 y ss.) formula en concreto estas tres formas de ejercicio de virtudes como contribución a un *evidencialismo robusto*.

³⁵ El TJOP carece de iniciativa probatoria, pero podría replantearse como un *acopio de argumentos probatorios* suspender la deliberación para formular a las partes preguntas que surjan y que requieran una nueva discusión sobre las evidencias. En esa línea, Coloma (2014, p. 423).

³⁶ Como veremos a propósito del paso metodológico relativo a la aplicación del estándar de prueba «más allá de toda duda razonable», este incluye en su versión más exigente descartar siempre, y no de modo contingente, hipótesis explicativas compatibles con la inocencia del acusado.

³⁷ Una propuesta de capacitación a través del estudio de modelos ejemplares de jueces y sentencias en Amaya (2018, pp. 6-8), para quien cumplen una función educativa, aportan a la formación, evolución y desarrollo de la cultura jurídica y política, permiten teorizar sobre la excelencia en la práctica judicial y sirven como estándares normativos para el resto de la judicatura.

ni fiable (Haddad, 2017, p. 48). Estas condiciones, aun aplicando tales virtudes, no impedirían la posible adquisición de creencias falsas.

No obstante, conviene destacar que estas posturas apuntan al agente epistémico, es decir, más a quienes deliberan que al ejercicio deliberativo en sí. Discutir sobre el alcance de estas teorías excedería el objetivo de nuestro trabajo, pero al menos podríamos coincidir con la opinión que, pese a las limitaciones de un acervo probatorio imperfecto, su ejercicio proveerá de un grado mayor de justificación epistémica pues los juzgadores habrán hecho todo lo posible para alcanzar una mejor respuesta que los acerque a creencias verdaderas³⁸ dentro del escenario en que se encuentren. Que no garantice el resultado no significa que no contribuyan a tomar mejores decisiones; el esfuerzo por depurar razones justificativas en un contexto idóneo disminuirá la arbitrariedad y que los jueces se limiten a la exteriorización de su voluntad o convicción individual. Por ende, mejorar el marco institucional de la deliberación y afinar el proceso de formación de la decisión resulta primordial.

Nuestra propuesta aborda el tema desde una perspectiva que tiene como objeto el proceso y el espacio de toma de decisión judicial que supone la deliberación. Considerando que las discusiones del caso concreto podrían presentar distorsiones que afecten los argumentos probatorios, es necesario ubicar fases específicas del establecimiento de los hechos en que pudieran manifestarse y que facilitará centrar la atención del grupo a la corrección o solución de ese problema. Mediante una estructura de pasos para organizar la deliberación, buscamos proporcionar un camino u orden de construcción metodológico que permita visibilizar aquellos fuertes, los eventualmente erróneos, revisar la cadena argumentativa e identificar donde están los disensos o desacuerdos que requerirán específico debate. Lo anterior no obsta a que, dentro de este método, se desplieguen tales virtudes en favor de la mejora del resultado epistémico colectivo, actuando de modo complementario al ejercicio analítico.

5. UNA ESTRUCTURA METODOLÓGICA PARA DELIBERAR SOBRE LOS HECHOS Y JUSTIFICARLOS EN EL VEREDICTO

La forma de organizar la deliberación sobre los hechos no debería ser muy distinta de la forma de construir o redactar la sentencia, pues el veredicto es la comunicación sintética de la decisión fáctica que le sirve de base y se trata de un modo judicial de razonar compartido, que obedece a las exigencias o requisitos legales.

Existen modelos de tratamiento de la prueba y justificación de los hechos en una sentencia independiente de la materia. No obstante, como revisamos, son propias de un texto final centrado en la figura individual de un juez, redactor o ponente que la elabora en un espacio y tiempo más extendido del destinado a una deliberación.

³⁸ Como creencia irreprochable (doxástica) subjetivamente justificada (Haddad, 2017, p. 54).

Ahora, no hay obstáculo para que el esquema que presentaremos pueda ser aplicado también por un juzgador individual³⁹.

Proponemos organizar el debate colegiado sobre los hechos con base en un esquema o guía inclusiva de los aspectos principales del establecimiento de la premisa fáctica justificada, emanada de una deliberación colectiva efectiva y materializada en un veredicto fundado. Esta propuesta puede ser sintetizada en cuatro fases o etapas estructurales donde será necesario que los jueces respondan, separadamente, las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles son las hipótesis sobre las que debemos pronunciarnos?⁴⁰
2. ¿Hay cuestiones no controvertidas que podemos usar para establecer lo fáctico?
3. ¿Cuáles son las pruebas que podemos utilizar y que aportan información útil para resolver y cuáles no?, y ¿qué inferencias podemos extraer de cada una de las pruebas y cómo se complementan?
4. ¿Qué grado de confirmación tienen las hipótesis y qué decisión debemos tomar en consecuencia?

Esta sería una estructura analítica general, comprensiva y eficiente para el contexto de tiempo y espacio de la deliberación, útil para mantener un orden u organización metodológica sin incurrir en saltos argumentativos, construyendo paso a paso la decisión sobre los hechos y también para revisar, retrospectivamente, si la misma se encuentra justificada. A continuación, abordaremos el contenido esencial de cada una. Por cierto, cada fase supone una multiplicidad de cuestiones específicas sobre la prueba y los hechos que no podremos profundizar aquí, pero que obligarán a los jueces a estudiarlas y discutir las según las dificultades que cada caso les ofrezca.

5.1. ¿Cuáles son las hipótesis sobre las que debemos pronunciarnos? Determinación de las hipótesis en disputa

Los jueces al deliberar deben resolver peticiones de las partes sobre hechos concretos que pueden ser subsumidos en aquellos genéricos contenidos en las normas, con la pretensión de que se apliquen las consecuencias jurídicas allí previstas.

³⁹ En Bravo *et al.* (2023) se formula una propuesta desde una concepción racionalista de la prueba para establecer hechos en decisiones judiciales genéricas, a través de siete pasos metodológicos: (1) Describir la hipótesis fáctica del sujeto activo de la acción; (2) Describir la hipótesis fáctica del sujeto pasivo de la acción; (3) Despejar aquellos hechos pacíficos y/o convenciones probatorias; (4) Seleccionar aquellos elementos de juicio que permitan confirmar o refutar los aspectos centrales de las hipótesis; (5) Valorar la prueba individualmente y en su conjunto; (6) Aplicar reglas de decisión, aplicando un estándar de prueba al caso y las reglas sobre carga de la prueba; (7) Hacerse cargo de la eventual prueba irrelevante, sobreabundante o inconducente. Otro completo modelo para sentencias para tribunales penales chilenos en Accatino (2010).

⁴⁰ No hablamos solo de hipótesis controvertidas, acusatorias y defensivas expresas. Se podrían imaginar hipótesis alternativas no invocadas, según revisaremos.

En el juicio oral, la hipótesis acusatoria tomará la forma de un relato descriptivo de un hecho delictual y que contendrá circunstancias espacio temporales, conductas del sujeto activo, modalidades y eventualmente resultados. Las hipótesis de la defensa, por su parte, se encontrarán generalmente en los alegatos de apertura y clausura del juicio, pues no está obligada a plantear una teoría del caso previa al juicio e incluso puede optar por el silencio frente a la imputación (cfr: arts. 263 c) y 268 CPP).

No existe para el proceso penal chileno una resolución que predetermine cuáles son los hechos relevantes, pertinentes y controvertidos a probar, como ocurre en el proceso civil posterior a la demanda y contestación. Acá el acusador hará una estimación sobre qué aspectos intentará acreditar para satisfacer su pretensión. Sin embargo, ya que puede ser excesivamente descriptiva, imprecisa o genérica el tribunal deberá determinar, como primera fase de su análisis, cuál es el *thema probandum* u objeto específico del juicio al que se enfrenta⁴¹ de forma tal que la valoración posterior esté vinculada por dicha definición.

Un modo de examinar la prueba está delineado por la descomposición del hecho a probar en función de la premisa normativa. El debate sobre los elementos que conforman los tipos penales aplicables permite que los relatos sobre los hechos formulados puedan sintetizarse marginando cuestiones irrelevantes para la subsunción. Esto operaría como una especie de reducción a lo esencial que acotaría la deliberación en la medida que exista acuerdo sobre los presupuestos centrales para configurarlo.

Aquí se manifiesta con claridad cómo se entrelaza la cuestión fáctica con la normativa, lo que ha puesto de relieve la hermenéutica jurídica al señalar, a propósito del denominado círculo hermeneútico, que «el caso concreto guía la individuación de las normas relevantes, pero las normas, a su vez, guían la selección de los aspectos fácticos relevantes» (Tuzet, 2021, p. 37).

Cabe puntualizar que por mucho que la dogmática penal sistematice la teoría del delito y los requerimientos de cada ilicitud, no será siempre unánime, lo que puede complejizar la definición del *thema probandum*, la interpretación de los tipos y generar divergencias entre los jueces que deliberan.

Ahora, no todo es abstracción, ya que se deberán identificar los elementos aludidos dentro del relato del modo concreto propuesto. Por ejemplo, la fuerza en las cosas consistente en la fractura de una específica ventana de un inmueble, en el robo; la conducta homicida, mediante la concreta acción de propinar una puñalada en el pecho de la víctima; el engaño de la estafa, mediante el ardid consistente en aparentar solvencia y competencia en un negocio determinado; el exceso de velocidad fundante de la negligencia en el tráfico rodado.

⁴¹ Bravo (2023, pp. 64-69) distingue tres aproximaciones al concepto de *thema probandum*, aristas que en conjunto delimitan el concepto: desde una perspectiva jurídica, como cumplimiento de requisitos o presupuestos para la aplicación de una norma; una epistemológica, como hipótesis a ser confirmadas por elementos de prueba, y una lingüística, como el contenido de enunciados o proposiciones de un relato. Acá nos referimos indistintamente a todas ellas.

Siguiendo a Anderson *et al.* (2015, p. 96) la hipótesis acusatoria será el *probandum final* o principal que admite separarse en una serie de proposiciones más simples, *probanda penúltimas*, diferenciables en la formulación legal y que deben acreditarse para sustentar aquél. Existirán también *probanda intermedias*, proposiciones a acreditar que se enlazan argumentativamente en dirección a un *probandum penúltimo*. De este modo, los argumentos probatorios se estructuran como una cadena de razonamientos que irán desde los datos o evidencias a valorar hasta la hipótesis. En cada paso habrá una fuente de posibles dudas y debate colegiado.

Lo que decimos es también aplicable a las hipótesis defensivas que plantean la ocurrencia de determinados hechos en todo o parte distintos a los imputados, no punibles, justificados o sancionables de una forma morigerada. Pero también es muy importante destacar que, existiendo o no tesis defensivas concretas, pueden imaginarse otras hipótesis explicativas plausibles de los hechos que surgirán lógicamente frente a la imputación de cargo y que derivarían en la inocencia del acusado o en una situación más beneficiosa para él. Quienes deliberan podrán formular escenarios alternativos que corran paralelamente en la valoración probatoria, a fin de verificar su corroboración o refutación.

Existen modelos argumentativos que podrían ayudar en la tarea de visualizar la argumentación probatoria. Este espacio no permite detenerse en ellos profundamente, sin perjuicio de que hay uno que se aviene al desglose de las hipótesis en proposiciones, de modo analítico: el método de Wigmore. Mediante este es posible diagramar los argumentos probatorios de manera de comprobar si hay o no una cadena inferencial sólida que apoye el *probandum final*, en ascenso desde un nivel micro de cada proposición intermedia a un nivel macro (*probanda penúltimas y final*)⁴².

Independiente del modelo que se adopte, lo relevante es utilizar alguna herramienta que contribuya, como ésta, a analizar el apoyo probatorio de cada proposición o enunciado y las relaciones entre ellos. Pretendemos destacar aquí que la definición sobre las hipótesis a probar y su desglose determinará el curso posterior del análisis y puede ser la primera fuente de diferencias entre quienes deliberan. Por ello resulta recomendable comenzar por su discusión, de modo de contar con una base para las fases sucesivas y explicitarlas en el veredicto.

5.2. ¿Hay cuestiones no controvertidas que podemos usar para establecer lo fáctico? Verificar la existencia y determinar el valor que se dará a hechos admitidos

El concreto juicio puede ofrecer un panorama en que todo o parte de los hechos planteados en la acusación se encuentren admitidos o reconocidos expresamente por

⁴² Sobre el método señalado, su simplificación y ajuste en Anderson *et al.* (2015, pp. 165-188); también Gama (2011) distingue la propuesta de Wigmore tanto para el estudio como para el análisis de las pruebas, que aquí mencionamos.

el acusado o no ofrezcan controversia en la teoría del caso defensiva. Este tema engarza con el concepto de verdad al que se adhiera y la deliberación debiese contemplar este ítem como una cuestión a debatir por el tribunal.

Desde la conceptualización de la *verdad como correspondencia*, la veracidad de los enunciados sobre los hechos no puede ser sustituida por la voluntad de los intervinientes mediante acuerdos procesales o convenciones (*verdad como consenso*); será la prueba rendida la que respalde tal conclusión. Si bien no lo hará de forma categórica o irrefutable, pues no se puede descartar un posible error por falta de correspondencia con la realidad, sí lo hará con base probabilística a través de inferencias inductivas. Por esto, decir que un hecho está probado no equivale a decir que es verdadero, pese a las razones justificativas entregadas. Pero tampoco que un hecho sea pacífico o consensuado lo hace verdadero, cuando siquiera se entregan justificaciones probatorias⁴³. Si bien adherimos aquí a la primera tesis sobre la verdad, habrá que considerar que la existencia de un acuerdo sobre un hecho tampoco carece de valor: la afirmación coincidente sobre él constituye también una razón probatoria a evaluar.

En el caso chileno se permite arribar a convenciones probatorias en la preparación de juicio, esto es, que se den por acreditados ciertos hechos con el efecto de que ellos «no podrán ser discutidos en el juicio oral» (*cf.* art. 275 CPP). Otro tanto puede ocurrir en el juicio cuando declara el acusado admitiendo hechos o la defensa así lo formula en sus alegatos. Serán dos casos en que la admisión o acuerdo sobre lo fáctico formará parte de la materia a deliberar.

Es importante destacar, más en el caso penal, que los acuerdos sobre la *quaestio facti* vía convenciones o admisiones posibilita riesgos epistémicos de error. Por ello resulta crucial que tales mecanismos consensuales se regulen y apliquen en cada procedimiento equilibrando finalidades de eficiencia y facilitación del razonamiento probatorio en juicio sin alejarse de la averiguación de la verdad a través de la prueba⁴⁴.

Entonces, los jueces deberán revisar si hay hechos admitidos o no controvertidos definiendo claramente su contenido, para luego determinar cuál es el alcance o utilidad que puede dárseles en la justificación factual, dispensando o morigerando ya sea la carga del acusador y/o la argumentación probatoria del tribunal. Aparte de la cuestión conceptual, las limitaciones normativas no pueden obviarse pues la legislación procesal penal chilena impide «condenar a una persona con el solo mérito de su propia

⁴³ Taruffo (2010, pp. 141-145) rechaza la construcción de una verdad en base a la conducta de las partes (*hecho pacífico* o no controvertido, relevado de prueba y decisión judicial) pues las alegaciones sobre hechos son enunciados descriptivos con pretensión de verdad, que tendrán efecto jurídico solo si las pruebas las confirman y corresponden a acontecimientos del mundo real.

⁴⁴ Veleda (2021, pp. 261, 262 y 290) concluye que los mecanismos consensuales podrían perjudicar tal averiguación, pero serán las condiciones de implementación de cada procedimiento las que reflejarán el mayor o menor peso de esa finalidad frente a otros valores, como la eficiencia. En Bravo, *et al.* (2023, pp. 8-9) sostenemos que el juez deberá considerar los límites epistémicos y jurídicos de un hecho no controvertido o admitido y de una determinada convención, verificando si cumple con mínimos de racionalidad epistémica y jurídica que permitan usarlos como si se tratase de hechos probados y como base de inferencias probatorias para otros enunciados.

declaración»⁴⁵. Además, la presunción de inocencia como regla de juicio impone al acusador la carga de acreditación de los hechos que imputa. La discusión del tribunal colegiado en este punto será cuál, de qué calidad y sobre qué tópicos debiera versar el aporte probatorio independiente que complementará eventuales admisiones.

5.3. ¿Cuáles son las pruebas que podemos utilizar y que aportan información útil para resolver y cuáles no?, y ¿qué inferencias podemos extraer de cada una de las pruebas y cómo se complementan? Valoración de la prueba según el sistema aplicable

En esta fase debe conectarse la prueba y los hechos a través de argumentos probatorios. Está regida por el sistema de valoración de prueba que normativamente oblige al tribunal, para el caso del TJOP la *sana crítica racional* (cfr. inciso 1° art. 297 CPP). Araya (2018, pp. 148 y ss.) describe su comprensión en Chile y enfatiza que es un sistema libre, pero que debe someterse al tamiz de racionalidad dado por los parámetros de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. No contempla reglas que predeterminen el valor de los elementos de juicio —a diferencia de la prueba tasada— pero está sujeto a límites lógicos, epistémicos y empíricos que sirven también de fundamento a las inferencias (Bravo *et al.*, 2023, p. 13).

Esta etapa permite a su vez la división en otras tres subfases, que facilitan organizar el tratamiento de las pruebas y la identificación de fuentes de disenso deliberativo.

La primera consistirá en una *selección* de pruebas relevantes que por vía inferencial aporten información separadamente o en relación con otras, corroborando o refutando una hipótesis o los *probanda* en que se haya determinado dividirla. El examen de relevancia no será aquél lógico y abstracto propio de la etapa de admisibilidad probatoria, sino uno de carácter concreto de la información que proporciona cada medio de prueba⁴⁶. Existirán casos en que podrán ser desestimadas algunas evidencias que sortearon tal filtro pero que rendidas demostraron su inutilidad, permitiendo su rápido descarte por falta de conexión con la hipótesis.

También podrá discutirse respecto a la desestimación de pruebas consideradas ilícitas⁴⁷, planteamiento bastante común en la práctica local y que supondría, de

⁴⁵ Cfr. inciso 3° art. 340 CPP. La facilitación del razonamiento probatorio es promovida por el legislador concediendo una atenuante de colaboración al esclarecimiento de los hechos; cfr. art. 11 Núm. 9 del Código penal chileno.

⁴⁶ Como concretización del principio de relevancia, según el cual todas las pruebas potencialmente útiles para la determinación de los hechos debieran ser admitidas en juicio (Taruffo, 2010, p. 163). Una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y la ciencia (Ferrer, 2007, p. 42).

⁴⁷ En Chile se denomina a este ejercicio de desestimación de prueba ilícita por el TJOP, que no fue excluida en la etapa intermedia, con el confuso rótulo de «valoración negativa de la prueba». Reflexiona sobre esta problemática Aristegui (2020).

accederse, marginar del conjunto de elementos rendidos en juicio por fines extrínsecos⁴⁸ aquellas que se estiman vulneradoras de garantías fundamentales y derechos constitucionales.

A continuación, conforme expone González Lagier (2003b, pp. 35-36) —aplicando al razonamiento probatorio el esquema de la Teoría de la Argumentación de Stephen Toulmin—, la valoración de la prueba propiamente tal implica que los jueces construyan *inferencias probatorias* que desde las *premisas* o medios de prueba apoyen determinados enunciados probatorios que serán las *razones* del argumento; estos a su vez se conectarán mediante un *enlace* o *garantía* expresivo de una regularidad que autorice a pasar de las *razones* a la *pretensión* o *conclusión* de la inferencia, que será la hipótesis que se pretende confirmar o refutar. Este *enlace* encontrará a su vez *respaldo*: empírico en el caso de generalizaciones como las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados, normativo en el caso de las presunciones y doctrinario y/o jurisprudencial para un concepto o teoría.

Para llegar a estas inferencias, el segundo paso al deliberar será la *valoración individual* de las pruebas. Este ejercicio puede superponerse con el primero, pues seleccionar implica valorar. Sin perjuicio, nos referirnos acá a la estimación del concreto apoyo que por vía de corroboración otorgue el medio de prueba seleccionado como relevante a uno o más «*probanda*» en que se descomponga la hipótesis, así como las eventuales refutaciones que pueda mostrar una contraprueba.

Al efecto, existen una serie de criterios de valoración individual, por lo general categorizados como fiabilidad, credibilidad, integridad, entre otros. Las tipologías fundamentales de medios probatorios —testimonial, pericial, documental, declaraciones de parte— permiten la agrupación de elementos de juicio considerando características comunes, pero cada una de ellas admite otras especificaciones con sus propias particularidades y problemáticas, considerando la multiplicidad de formas en que puede encontrarse información relevante para establecer lo fáctico. Incluso, la irrupción de nuevas tecnologías o soportes de datos utilizables en el ámbito probatorio podrían demandar de los jueces conocimientos específicos y originar múltiples discusiones sobre ellos.

En tercer lugar, la *valoración conjunta* de la prueba importa la consideración del apoyo recíproco que se brindan las pruebas unas con otras o las contradicciones que puedan surgir desde una perspectiva más amplia o global de las relaciones entre los medios de prueba. Los criterios aquí son distintos, al tratarse de atributos de un cúmulo de datos en relación con la hipótesis que pretenden confirmar. A modo ejemplar, González Lagier (2022a, pp. 383-394) distingue bajo la denominación de *criterios de racionalidad epistemológica*, los siguientes:

⁴⁸ En el sentido que protegen valores distintos a la determinación de la verdad de los hechos, finalidad de la prueba en el proceso. Taruffo (2008, pp. 38-42) distingue de la *relevancia* como estándar lógico de conexión entre los medios de prueba y los hechos del litigio, la *admisibilidad*, que atiende a normas jurídicas o reglas de exclusión que impiden su admisión en función de la protección de otros valores o intereses y que excepcionan al principio de relevancia.

— Criterios en relación con los hechos probatorios: a mayor cantidad, variedad, fiabilidad y pertinencia o relevancia de los elementos de prueba, mejor conformación de la hipótesis;

— Criterios sobre la conexión o enlace de la inferencia probatoria: a mayor grado de fundamentación de la generalización empírica y mayor probabilidad, frecuencia o correlación de esta, mayor confirmación y solidez de la hipótesis;

— Criterios sobre la hipótesis: la hipótesis estará más confirmada si no ha sido objeto de refutación directa ni indirecta, se confirman las hipótesis derivadas, es coherente, tiene capacidad explicativa de la mayor parte de los elementos de juicio, es simple y se eliminaron hipótesis alternativas.

Como puede advertirse, los acuerdos y divergencias deliberativas pueden ser múltiples y surgir en cada eslabón de las inferencias, esto es, respecto de los medios de prueba que les sirven de base y el enunciado extraído, el enlace que le sirve de conexión con la pretensión, su respaldo y la conclusión misma a la que se arriba.

Por último, enfatizamos que las inferencias serán las razones justificativas del establecimiento de los hechos, construidas a través de criterios racionales e intersubjetivamente controlables. Por tanto, quienes deliberan deberán discernir cuándo se trata efectivamente de argumentos, descartando opiniones que sólo simulan serlo, carentes de razones que las sostengan⁴⁹.

5.4. ¿Qué grado de confirmación tienen las hipótesis y qué decisión debemos tomar en consecuencia?

Decisión sobre los hechos aplicando el estándar probatorio

La última etapa o el cierre de una deliberación organizada sobre los hechos consistirá en adoptar una decisión sobre la prueba, en particular, identificando y aplicando el estándar de prueba correspondiente, entendido como una regla que permite decidir si una determinada hipótesis puede o no aceptarse como probada, con el grado de confirmación de que se disponga y en un determinado contexto procesal⁵⁰.

Respecto del estándar de prueba, se ha puesto de manifiesto la necesidad de contar con uno que, en forma posterior a la valoración del grado de apoyo que otorgan

⁴⁹ González Lagier (2022a, pp. 359-360) estima que es un error o argucia frecuente presentar opiniones como si fueran argumentos que, al no estar respaldadas por razones, no deben aceptarse en una deliberación racional.

⁵⁰ En Bravo *et al.* (2023, pp. 19-20) se agrega la *carga de la prueba*, entendida como regla final o de clausura que determina qué parte pierde si no hay prueba suficiente para respaldar la hipótesis fáctica que funda la aplicación de una determinada norma. En el caso penal, si el acusador no prueba su hipótesis, pierde el caso y se absolverá al no ser vencida la presunción de inocencia como regla de juicio.

las pruebas a una determinada hipótesis, permita decidir sobre la suficiencia de tal grado de apoyo para darla por probada⁵¹.

Sabemos que el debate sobre la conceptualización y contenido del estándar de prueba es una cuestión de intensa discusión en doctrina y, en consecuencia, una materia sobre la cual los jueces también asumen distintas posturas que no siempre presentan una identificación clara en la lectura de sus fallos. Este resulta un tema ineludible en la deliberación.

Una formulación objetiva de estándar de prueba debe cumplir la función de establecer un umbral de suficiencia probatoria, evitando la subjetividad de expresiones que aluden a la creencia o convicción del juez y reduciendo al máximo la imprecisión propia del lenguaje (Ferrer, 2021).

Resulta claro que la fórmula del estándar local —predominante en las legislaciones penales— que exige para condenar que «el juez que haya alcanzado la convicción, más allá de toda duda razonable», de la existencia de un delito y de la participación del acusado en él (*cf.*, art. 340 CPP), está lejana a una propuesta objetiva si no cuenta con una interpretación que determine su contenido. Ahora, se ha entendido como una exigencia especialmente elevada por los valores implicados en materia penal y por lo mismo requeriría que la prueba proporcione un alto grado de corroboración de la hipótesis de cargo y permita, a su vez, el descarte de las hipótesis que muestren al acusado como inocente, alejándose de la noción de convicción⁵².

Sin embargo, Ferrer (2021, p. 35) reconoce y advierte que «la formulación del estándar de prueba tendrá siempre un residuo de vaguedad ineliminable, propia del lenguaje ordinario», por lo que sus requisitos deben ser matizados exigiéndole que minimice tal vaguedad; así, un estándar de prueba será mejor si en su formulación «el espacio de los casos claros de cumplimiento o incumplimiento del mismo es mayor y el margen de vaguedad en el que se moverán los casos dudosos es menor».

Sin perjuicio de lo anterior, hay posturas que ven en la pretensión de objetividad una meta inalcanzable. Al respecto, González Lagier (2020, pp. 90-95) plantea que si la subjetividad que se opone a lo objetivo se le considera como arbitrariedad del juzgador —en el sentido de no aportar razones— estaríamos ante una pretensión alcanzable; pero si se opone a vaguedad, en un sentido *intensional* y *gradual*, no podrá ser reducida a efectos de frenar la discrecionalidad del juez⁵³.

⁵¹ Ferrer (2021, pp. 22-24). Además, plantea que las razones de reglas de decisión como los estándares de prueba no son epistemológicas, sino que políticas, pues también cumplen la función de distribuir los riesgos de error entre las partes; en profundidad (pp. 115-138).

⁵² Accatino (2011, p. 502) para el caso chileno ha sostenido la necesidad de contar con estándares de prueba objetivos y distanciarse de una concepción subjetiva de la decisión probatoria basada en la persuasión que la prueba genera en el juez o la convicción con que este la alcanza.

⁵³ El mismo autor (2022b, pp. 102-104) sostiene que el *fundherentismo*, tesis de justificación epistémica de Susan Haack, descartaría la posibilidad de formular estándares que reduzcan la discrecionalidad mediante una escala numérica, considerando el carácter multidimensional de la prueba y los

También Dei Vecchi (2020, pp. 32-33) se ha referido a los estándares de prueba resaltando la imposibilidad de formulación precisa y objetiva, pero agrega que la justificación de la proposición de que un hecho está probado responde no solo argumentos epistémicos, sino que también pragmáticos. Explica que «la suficiencia de las razones epistémicas en favor de las proposiciones varía según el contexto de decisión» y que «lo que determina la suficiencia o completitud de las razones epistémicas en favor de una proposición fáctica son las razones prácticas vinculadas con la acción a llevar a cabo a partir de la aceptación de esa proposición». Existirían entonces consideraciones pragmáticas —que a diferencia de las teóricas determinan qué es lo que se debe hacer— que inciden en la justificación epistémica del contenido proposicional de una creencia y en cuándo puede entenderse que la prueba es suficiente para tomar una decisión en un contexto determinado.

Ahora, con este brevísimo panorama, en el contexto de la deliberación y con las diferencias que se advierten en la dogmática, ¿cómo pareciera que están resolviendo los jueces la suficiencia de la prueba? La pregunta es relevante pues se espera que la deliberación implique que los jueces se posicionen al respecto. Hay una cuestión en la que puede coincidir y es que, al menos en Chile, atendida la exigente carga de fundamentación que imponen los códigos procesales y por influjo de la concepción racional de la prueba, la discusión sobre criterios de valoración y decisión fáctica se ha profundizado, obligando a los jueces a su estudio y fundamentación en los fallos.

Más allá de menciones o cláusulas de estilo en las sentencias, tanto a la hora de condenar en casos sólidos y de absolver ante insuficiencias probatorias patentes detectadas, no suele advertirse una diferenciación entre la valoración de la prueba y la aplicación del estándar. Son los casos de mayor complejidad los que demandan una justificación mucho más sofisticada, que obliga a distinguirlas en la sentencia. Aunque carecemos de un estudio empírico, esta aproximación primaria podría describir, en concreto, cómo se está abordando la decisión sobre suficiencia probatoria al deliberar: unos, en que el estándar se menciona como cita de estilo final, post valoración, ante casos claros de condena o absolución versus otros, en que la dificultad probatoria empuja a ejercicios argumentativos más intensos, definiendo qué se entiende por duda razonable y cuáles son las hipótesis alternativas. No afirmamos que esta forma de aplicar o posicionarse frente al estándar sea satisfactoria, pero sí que obedece a una práctica de los jueces. Tampoco puede desatenderse la todavía arraigada influencia en Chile de una visión persuasiva apoyada en la expresión *convicción*.

Por ejemplo, aquellos casos graves y que naturalmente generan poca prueba, ofrecerán dificultades al deliberar y podrían incluir consideraciones pragmáticas sobre el

distintos grados en que cumple con los criterios de valoración (apoyo, fiabilidad independiente y amplitud). Precisa que, si bien los defensores de los estándares no exigen tal escala, tampoco esta tesis avalaría satisfacer pretensiones más débiles, estándares determinados *a priori* con carácter general. A su juicio, sólo estamos en condiciones de utilizar criterios de justificación o valoración y exigir que el juez los use en la motivación, descartando creencias arbitrarias o carentes de justificación —que no es equivalente a subjetivas— y del resto, aquellas razonablemente bien justificadas, decir que lo están en base a expresiones graduales, siempre con un espacio inevitable de imprecisión y ambigüedad.

contexto de la decisión, es decir, sobre los reales escenarios probatorios y atender a las consecuencias, lo que está en juego; esto porque las exigencias de prueba no pueden separarse de las reales posibilidades disponibles y aunque ella sea escasa, no implicará necesariamente incumplir el estándar. Al deliberar puede influir que ciertos casos de prueba escasa dejen ilicitudes sin sanción (impunidad). Este es un tipo de error, falsa absolucón; no obstante, los falsos positivos (condenas a inocentes) es un riesgo de error que se estima más grave y que quiere distribuirse a través de un estándar exigente como el de la duda razonable; el equilibrio es frágil y creemos que los jueces, al decidir, son sensibles a estas consideraciones.

Avanzando en guías concretas para la deliberación, cabe destacar que Ferrer (2021, p. 209-225) propone tres posibles estándares con contenido conciliable con el de duda razonable. En todos ellos se exige un acervo probatorio de calidad que corrobore la hipótesis y su resistencia a refutaciones, pero se diferencian en las hipótesis alternativas que deben ser eliminadas, siempre exigentes, ordenadas en grado decreciente: 1) todas aquellas plausibles y compatibles con la inocencia del acusado o más beneficiosas para él, descartadas las meras hipótesis *ad hoc*; 2) las mismas anteriores en la medida que hayan sido alegadas por la defensa contraria; 3) idénticas hipótesis alegadas por la defensa, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación.

La deliberación deberá abordar qué exigencia se hará al descarte de las hipótesis alternativas. Fundadamente algunos jueces podrían sostener una u otra formulación, haciéndose cargo únicamente de aquellas levantadas o alegadas por la defensa, o requiriendo el apoyo de pruebas que la sustenten⁵⁴.

El estándar más exigente, que supone descartar todas aquellas plausibles y compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las *ad hoc*, imposibles de confirmar o refutar (Ferrer, 2021, p. 223), nos lleva a preguntarnos hasta dónde deben los jueces imaginar tales escenarios explicativos. Si el tribunal se posiciona aquí, debiera atender especialmente en su deliberación a la consideración de estas hipótesis alternativas de los hechos planteándose posibilidades concretas no alegadas, factibles de confirmar o refutar⁵⁵.

Sería útil explicitar en el veredicto cuáles fueron esos concretos escenarios que el tribunal discutió y por qué los desestimó o acogió para justificar el cumplimiento o no del estándar «más allá de toda duda razonable», demostrando la exhaustividad con que se deliberó. Lo que pudiera chocar con una idea de ejercicio colectivo y ser un

⁵⁴ El estándar uno, más exigente, parecería estar presente en el discurso de la práctica procesal penal chilena. Aunque establecer cuál de las propuestas de estándares es adecuada para cierto contexto es una decisión político-normativa (o político-valorativa) relacionada con la distribución del riesgo de error entre las partes en distintos tipos de casos, no siempre queda claro en las sentencias si hubo un ejercicio de descarte de hipótesis más allá de las discutidas en juicio.

⁵⁵ Aguilera (2022, p. 93) lo propone como una cautela epistémica, en la medida que esas hipótesis alternativas sean contextualmente relevantes, imaginando escenarios alternativos cercanos.

fraude argumentativo, sería que en la sentencia el ponente o redactor imaginara múltiples explicaciones que no fueron objeto de discusión u otras lejanas, extravagantes o descontextualizadas.

5.5. La confección del veredicto fundado

De seguir los pasos o fases anteriores, la elaboración de un veredicto fundado tendrá una estructura que permitirá registrar los fundamentos principales de la decisión sobre la cuestión factual, plasmando la justificación externa de la premisa menor del razonamiento judicial.

El veredicto deberá dar cuenta de los acuerdos y desacuerdos alcanzados, lo que implica poner el esfuerzo y foco en el momento de toma de decisión colegiada, para así vincular al ponente y facilitar una labor de redacción que refleje el trabajo colectivo. Si el veredicto adopta la estructura propuesta, la sentencia definitiva vendrá a ser un desarrollo y profundización de los mismos argumentos probatorios ya enunciados, ajustándose a la discusión y decisión tomada en la deliberación.

Una buena práctica es la escrituración del veredicto, particularmente en casos complejos, en que ya sea por la materia, cantidad de pruebas, trascendencia u otras dificultades, aconsejen entregar una resolución que se haga cargo con profundidad de la discusión sometida a su conocimiento. Esto no descarta emitir veredictos verbales en casos menos complejos, donde jueces con entrenamiento pueden entregar argumentos probatorios estructurados, de modo eficiente y sujeto a registro.

De lo que se trata es de redactar o expresar una motivación en el veredicto y no de usar meras formalidades, citando cláusulas formales sobre las normas aplicables a la valoración y decisión sobre la prueba, sin contenido argumentativo.

Como ya se ha dicho, si la obligación y meta es fundar un veredicto, ello tendrá diversas utilidades y efectos positivos: (a) obligará a que la deliberación sea profunda, una verdadera confrontación de argumentos que pueda, conscientes de eventuales distorsiones, mejorarlos a través del aporte colegiado; (b) limitará los argumentos de la sentencia a lo realmente deliberado, al honrar dicho debate y realzar su carácter fundamental y constitutivo de la decisión a plasmar en el fallo; y (c) permitirá a las partes conocer de inmediato las razones del tribunal y que los propios pares puedan controlar los fundamentos a desarrollar en la sentencia.

6. CONCLUSIONES

La deliberación del TJOP constituye el momento definido por la ley para el establecimiento de los hechos, previa valoración y decisión de la prueba, que se explicitará en una justificación con carga argumentativa creciente desde el veredicto a la sentencia definitiva.

Las limitaciones de tiempo y espacio de la deliberación, la falta de una estructura clara para llevarla a adelante, distorsiones en la forma de discutir y un exagerado acento en la motivación de los hechos como una cuestión que atañe sólo a la sentencia, pueden provocar deliberaciones deficientes o defectuosas. Esto puede traducirse en la generación de errores en el tratamiento de la prueba, en el establecimiento de los hechos y en una fundamentación incompleta del veredicto.

Por lo dicho, resulta útil revisar el modo en que se realiza esta labor y establecer ciertos presupuestos que permitan reforzar los beneficios esperables de una deliberación colegiada y epistemológicamente adecuada sobre los hechos.

Nuestra propuesta de trabajar guiados por una estructura básica con pasos metodológicos claros podría conducir a un fortalecimiento de dicho espacio institucional y permitir que la composición colegiada de miembros se materialice en decisiones sobre los hechos de mejor calidad que aquellas individualmente tomadas.

En tal sentido, proponer algunas guías específicas para mejorar la deliberación permitirá identificar dónde existen áreas de peligro de sesgos, mecanización o adopción de posiciones que se anteponen a los argumentos necesarios para sustentarlas, que transformen la deliberación en un trámite irrelevante o distorsionador y que sea la sentencia el espacio, ya no colegiado, que supla la falta o deficiencia del debate.

Lo anterior, tomando en cuenta que un tribunal formado por jueces profesionales no sólo está obligado a motivar sus decisiones y en específico sobre los hechos, sino que presentaría condiciones de entrenamiento en la argumentación probatoria que debiere diferenciarlo de otros colegiados que no tienen la misma carga de motivar, como el jurado.

Esta pretende ser una aproximación a una metodología de la deliberación sobre los hechos, para desarrollar, discutir y promover su reflexión. Si logramos generar una revisión de las propias prácticas por los jueces de tribunales colegiados, como el caso del TJOP chileno o similares de otras latitudes y promover el debate de esta temática, se cumplirá el propósito del trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Accatino, D. (2003). La fundamentación de las sentencias. ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna? *Revista de Derecho*, XV, 9-35.
- (2010). El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios. En aa.vv, *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (págs. 119-143). Legal Publishing Chile.
- (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXVII, segundo semestre, 483-511.
- (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus*, 39, 85-102.
- Aguilera, E. (2022). Justificación epistémica, evidencialismo robusto y prueba jurídica. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 3, 81-102.
- Aguiló, J. (2021). “El tribunal se retira a deliberar”. Un desafío teórico para juristas prácticos. *Revista Jurídica de les illes Balears*, 20, 11-30.

- Amaya, A. (2017). Virtudes y razonamiento probatorio. *Diálogos Jurídicos 2017. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 19-36.
- (2018). Ejemplaridad, virtud y autoridad judicial. *UNA Revista de Derecho (en línea)*, 3, 1-16.
- (2021). Virtudes, deliberación colectiva y razonamiento probatorio en el derecho. En J. Ferrer y C. Vázquez, *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones* (págs. 141-154). Marcial Pons.
- Anderson, T., Schum, D. y Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Marcial Pons.
- Araya, M. (2018). *Recurso de nulidad penal y control racional de la prueba*. Librotecnia.
- Aristegui, J. P. (2020). La prueba ilícita ante la bifurcación del tribunal penal. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 1, 177-198.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bravo, S. (2022). *Prueba, valoración y decisión*. Editorial Librotecnia.
- (2023). Lenguaje, lógica y algunas repercusiones de la (in)definición del thema probandum. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 4, 61-94.
- Bravo, S., Díaz, R. y Rettig, M. (Agosto-Diciembre de 2023). Siete pasos metodológicos para el establecimiento de los hechos en una decisión judicial. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, 12. doi:https://doi.org/10.7764/rda.12.62617
- Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. (Trad., H. Fix). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carbonell, F. (julio de 2022). Un modelo de decisión judicial justificada para el proceso penal chileno. *Política criminal*, 17(33), 54-84.
- Cerda, R. (2003). *El Juicio Oral*. Metropolitana.
- (2016). *Juicio fáctico en las sentencias penales*. Librotecnia.
- Coloma, R. (2014). Dos es más que uno, pero menos que tres. El voto disidente en decisiones judiciales sometidas al estándar de prueba de la “duda razonable”. *Política criminal*, 9(18), 400-427.
- Damaska, M. (2015). *El derecho probatorio a la deriva*. Marcial Pons.
- Dei Vecchi, D. (Diciembre de 2020). Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXIII, 25-48.
- Del Río, C. (2012). Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. *Estudios constitucionales*, 1, 245-288.
- Duce, M. y Riego, C. (2012). *Proceso Penal*. Editorial Jurídica de Chile.
- Ferrater Mora, J. (1964). *Diccionario de filosofía* (Quinta ed., Vol. I). Sudamericana.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (Segunda ed.). Marcial Pons.
- (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- (2020). Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua del CorteIDH. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 1, 359-382.
- (2021). *Prueba sin convicción*. Marcial Pons.
- Gajardo, T., & Hermosilla, F. (2020). *Curso de formación especializada para jueces y juezas de juzgado de garantía y de tribunal de juicio oral en lo penal*. Academia Judicial.
- Gama, R. (2011). El método de Wigmore y su aplicación en nuestra práctica jurídica. En X. Lluch, J. Picó i Junoy y M. González, *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa* (pp. 163-179). La Ley.
- Gascón, M. y García, A. (2017). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra.
- González Lagier, D. (2003a). Hechos y argumentos (Racionalidad epistémica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I). *Jueces para la democracia*, 46, 17-26.
- (2003b). Hechos y argumentos (Racionalidad epistémica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II). *Jueces para la democracia*, 47, 35-50.
- (2020). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 23, 79-97.

- (2022a). Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. En J. Ferrer y S. C. Nación (Ed.), *Manual de Razonamiento Probatorio* (pp. 353-396). México.
- (2022b). Qué es el fundherentismo y qué puede aportar a la teoría de la prueba en el Derecho. En D. González Lagier, *Quaestio facti. Nuevos ensayos sobre prueba y filosofía* (Vol. II, pp. 87-111). Palestra.
- Haddad, P. (2017). Virtudes intelectuales y justificación epistémica en el ámbito probatorio. En A. y Amaya, *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica* (págs. 37-58). Tirant Lo Blanch.
- Horvitz, M. I. y López, J. (2004). *Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II*. Editorial Jurídica de Chile.
- Igartua, J. (1998). La dimensión dialéctica (y sus consecuencias) en la motivación de las sentencias. *Revista Vasca de Administración Pública*, 50, 175-2004.
- Kahneman, D., Sibony, O. y Sunstein, C. (2021). *Ruido. Un fallo en el juicio humano*. (Trad., J. Chamorro Mielke). Penguin Random House.
- Lo Guercio, N. (2018). Desacuerdos básicos entre pares epistémicos. *Ideas y Valores*, 168(67), 81-99.
- Martí, J. L. (2006). *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons.
- Maturana Baeza, J. (2014). *Sana crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba*. Thomson Reuters.
- Maturana, C. y Montero, R. (2017). *Derecho Procesal Penal* (Tercera ed., Vol. II). Librotecnia.
- Posner, R. (2011). *Cómo deciden los jueces*. (Trad., V. Roca Pérez). Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Marcial Pons.
- (2010). *Simplemente la verdad - el juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons.
- Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. (Trad., D. Dei Vecchi). Marcial Pons.
- Vázquez, C. (Abril de 2018). La imparcialidad pericial y otras cuestiones afines. Confiabilidad, desacuerdos y sesgos de los expertos. *Isonomía*, 48, 69-107.
- Veleda, D. (2021). La decisión sobre la quaestio facti en los acuerdos de culpabilidad. *Quaestio Facti. Revista Internacional de Razonamiento Probatorio*, 2, 151-180.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Código penal (Chile) <https://bcn.cl/2fprj>
- Código procesal penal (Chile) <https://bcn.cl/2f73h>
- Código procesal penal (Costa Rica) https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=4129
- Código procesal penal modelo para Iberoamérica
<https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/4215/textocodigoprocalsalpenal.pdf?sequence>
- Código procesal penal (Perú) <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00957.pdf>
- España. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE núm. 122, 22/05/1995, p.15001-15021)
- Sentencia de la Corte Suprema (Chile) 26152/2023 (Sala Penal, Segunda), de 28 de abril de 2023
<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?coqji>

