

PASOS METODOLÓGICOS PARA LA SELECCIÓN DE HIPÓTESIS EXPLICATIVAS ALTERNATIVAS.

Autores: Claudio Álvarez Ramírez*
Fabiola Collao Contreras**
Mariela Jorquera Torres***
Néstor Valdés Sepúlveda****.

Sumario: I.- Introducción. II.- ¿en qué momento aparece la duda razonable? III.- Análisis particular de la incidencia de la presunción de inocencia, y del principio in dubio pro reo, IV.- Pasos Metodológicos. V.- Criterios o condiciones de elección de hipótesis. Limitaciones normativas del juez en la elección de hipótesis, VI.-Análisis de un caso. VII.- Conclusiones.

I.- Introducción:

El presente documento tiene por objeto, conforme lo propuesto por la Academia Judicial al desarrollar este grupo de reflexión “Razonamiento Judicial 2021”, el servir de insumo en la labor argumentativa que diariamente desempeñamos las y los jueces al resolver los casos sometidos a nuestra decisión.

En esta compleja actividad, decidimos abordar el tópico de selección de hipótesis explicativas alternativas como una herramienta útil frente al requerimiento de tener por probadas determinadas proposiciones fácticas en el contexto del juicio penal.

Así, asumiendo que el objeto es establecer pasos metodológicos para la selección de hipótesis explicativas alternativas, lo primero que se debe hacer es diferenciar dogmáticamente entre dar por corroborado un enunciado probatorio y la aplicación del estándar exigido por el legislador, pues recién al momento de establecer las conexiones que

* Juez del Juzgado del Trabajo de Los Ángeles

** Jueza del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica

*** Jueza del 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago

**** Juez del 2° Juzgado de Letras de Quilpué

deben existir entre la evidencia disponible y la hipótesis acusatoria es donde las juezas y jueces procedemos a seleccionar entre las hipótesis explicativas propuestas por los intervinientes o partes, herramienta fundamental pues objetiva la distribución de errores.

En el proceso penal, la actividad probatoria que se despliega en el curso de procedimiento, se puede subdividir en cuatro momentos:

El primer momento, corresponde a lo que se denomina **la conformación**, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal, y en la que se selecciona aquello que valdrá como elemento probatorio en el juicio. Aquí aparecen las reglas de exclusión, dentro de las cuales se encuentra la prueba que se obtiene con infracción a garantías constitucionales, tanto las pruebas directas como indirectas, en que el estado da primacía a otros valores por sobre el de la verdad y aquellas normas de exclusión de prueba de bajo peso epistémico, que pudieran generar prejuicio, ello en contraposición a las reglas o principios generales de inclusión, que corresponde a aquella evidencia relevante para la determinación de la verdad de los enunciados vertidos en el juicio debe ser considerada para efectos de la adopción judicial¹.

En palabras de Ferrer Beltrán “el desarrollo del proceso judicial a través de la proposición y práctica de las pruebas debe permitir conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso (...) [E]s decir, a los efectos de la decisión jurídica el conjunto de elementos de juicio que podrá y deberá ser tomado en consideración está formado únicamente por las pruebas aportadas y admitidas al proceso”²

El segundo momento es **la presentación en juicio de esos elementos probatorios**, en este momento –para quienes lo reconocen- cobra valor el sentido de la forma de presentar, construir e intentar ratificar su hipótesis por la parte interesada, que conforme artículo 328 de nuestro Código Procesal Penal debiese tener un lugar propio. En ese marco, las partes – en sus alegaciones fundamentales- realizan proposiciones de explicaciones alternativas de los hechos propuestos, sus teorías del caso, que ordinariamente son contradictorias, siendo

¹ Véase VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan “Hechos, pena y proceso” Rubicón Editores, (2017), pág. 139.

² FERRER BELTRÁN, Jordi “Motivación y racionalidad de la prueba” Ediciones Griley, (2016), pág. 152.

en este momento, como indica la profesora Accatino, en que se “*constituye el primer sentido específico en que se debe reconocer un lugar, en la arquitectura de la justificación probatoria, a las consideraciones globales de coherencia sobre las que llaman la atención las concepciones holistas del razonamiento probatorio.*” (Atomismo y Holismo en la Justificación Probatoria, página 34).

El tercer momento, es la valoración de los elementos probatorios rendidos en juicio, siempre contextual (conjunto de elementos del juicio); regulado en los artículos 297 y 342 del Código Procesal Penal, momento en que corresponde efectuar los juicios de probabilidad inductiva sobre la corroboración (también refutación) de las proposiciones probatorias; surgen los controles epistémicos sobre esa decisión, que exigen un análisis atomista de la prueba y de los enunciados probatorios, que, como señala la Profesora Daniela Accatino, imponen observar individualmente el objeto de la prueba, esto es, las proposiciones singulares referidas a cada uno de los hechos principales, juicio de fiabilidad y fuerza individual de cada elemento de prueba. O en palabras de Marina Gascón “aquel razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado, sino que éste se sigue de aquéllas sólo con alguna probabilidad”³, explicando igualmente que “La constatación de que el conocimiento judicial de hechos solo permite conclusiones en términos de probabilidad no tiene que conducir necesariamente a adoptar modelos de valoración racional basados en la aplicación del cálculo matemático estadístico”⁴.

Se trata de evaluar el apoyo empírico que en un conjunto de elementos de juicio aportan a una determinada hipótesis o a su contraria (...) como ya señalara Popper nunca será concluyente, pero como el mismo advierte también aunque no podamos justificar una teoría, podemos a veces justificar nuestra preferencia por una teoría sobre otra; por ejemplo si su grado de corroboración es mayor⁵.

³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Cuestiones probatorias*” Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1º Edición, (2012), pág. 39

⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Los hechos en el derecho*” Editorial Marcial Pons, 3º Edición, (2010), pág. 154

⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi “*Motivación y racionalidad de la prueba*” Ediciones Griley, (2016), pág. 152.

Finalmente, el cuarto momento, que corresponde **a la adopción de la decisión sobre los hechos probados**, esto es, el grado de confirmación con que cuenta la hipótesis que se entiende como probada, la fuerza del conjunto de elementos relevantes respecto de cada hecho principal y de su suficiencia conforme al estándar de prueba aplicable. Lo que ha de implicar como labor fundamental del juez la valoración de la prueba, esto es, “en evaluar cuál es el grado de probabilidad o de confirmación que las pruebas disponibles atribuyen a una hipótesis sobre hechos controvertidos y en decidir si ese grado de probabilidad o de apoyo es suficiente para aceptarla como verdadera y que el objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis (...) Los estándares de prueba son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los que establecen cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”⁶.

Según Ferrer Beltrán, conviene insistir en que el resultado de la valoración de la prueba que se obtenga en el tercer momento no implica por sí solo nada respecto a la decisión a adoptar. Para ello, es necesaria la intermediación de algún estándar de prueba. Y ni siquiera puede darse por descontado que la hipótesis que haya resultado más confirmada es aquella que deberá darse por probada.⁷

II.- ¿En qué momento aparece la duda razonable?

Naturalmente no en el atomismo: la frustración de la expectativa punitiva por falta de corroboración permite la absolucón, sin preguntarse por ningún estándar, por ejemplo, de no existir ninguna prueba es absurdo preguntarse por el estándar, se absuelve por falta de prueba.

En tal aspecto se debe destacar que el estándar de prueba es una guía para la valoración, pero una guía limitada. En concreto el valor de un estándar de prueba, como lo refiere Laudan consiste en indicarle al juez lo que debe escudriñar en la prueba para poder

⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Cuestiones probatorias*”, pág. 77

⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi “*Motivación y racionalidad de la prueba*” Ediciones Griley, (2016), pág. 157.

justificar, y por lo tanto la dirección en que debe buscar pruebas (...) un estándar de prueba es el criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatoria⁸.

La duda razonable debe estar al momento del holismo, momento de la evaluación global del relato de los hechos que no garantiza que cada hecho principal se encuentre suficientemente sustentado en las pruebas específicas, como tampoco garantiza debidamente el control de cada fuente de prueba, si no que permite determinar si se cumple con el estándar de prueba del sistema procesal penal, más allá de toda duda razonable, establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal, momento en que los jueces y juezas que conocen del asunto deben seleccionar la hipótesis explicativa que satisfaga adecuadamente los estándares que el legislador establece para valorar el mérito.

Si se observa bien el funcionamiento del estándar que exige una confirmación de la hipótesis de la culpabilidad, en un proceso penal, más allá de toda duda razonable, supone que la hipótesis no se considerará probada aunque disponga de un apoyo empírico mayor que la hipótesis de inocencia (salvo que ese apoyo ofrezca una corroboración muy alta a la primera), de forma que se presumirá la verdad de la hipótesis menos confirmada (la inocencia)⁹.

Tal estándar tiene un sentido normativo, ya que lo relevante “es la presencia o ausencia en “el conjunto de elementos de prueba disponibles condiciones que justifican una duda.” “lo que importa no es que la duda se presente de hecho en el ánimo del juzgador, sino que la duda haya debido suscitarse a la luz de las evidencias disponibles”.¹⁰, de ahí que estimamos que es en el momento de la selección de hipótesis alternativas donde, el análisis holista en tanto evaluación de plausibilidad de las narraciones de los hechos presentadas por las partes o construidas adicionalmente por los juzgadores¹¹, surge como una herramienta

⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina (coordinadora), “*Argumentación jurídica*”, Editorial Tirant Lo Blanch (2013), pág. 433.

⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi “*Motivación y racionalidad de la prueba*” Ediciones Griley, (2016), pág. 157.

¹⁰ ACCATINO, Daniela “*Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal*” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII Valparaíso Chile, 2º semestre 2011 págs. 483-511.

¹¹ ACCATINO, Daniela, “*Atomismo y holismo en la justificación probatoria*”. *Isonomía* [online]. 2014, n.40 [citado 2021-10-18], pp.17-59. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000100003&lng=es&nrm=iso>.

idónea en la decisión judicial, pues permite objetivar la decisión de si existe una explicación plausible que resulte consistente con la inocencia del acusado, decisión en base a la plausibilidad ya que el estándar no exige certeza absoluta, sino que dudas “razonables”.

III.- Limitaciones normativas del juez en la elección de hipótesis. Análisis particular de la incidencia de la presunción de inocencia, y del principio in dubio pro reo.

Un aspecto relevante que debemos abordar, dice relación con algunas limitaciones normativas del juez en la aplicación de la mejor hipótesis, pues el razonamiento que nos conduce a la decisión de absolución y condena reconoce tales límites, ya sean constitucionales o legales, y operan como verdaderos márgenes de una decisión judicial (la que en ningún caso es absolutamente libre, pues en todo caso estará siempre constreñida por normas constitucionales y principios que actúan como verdaderas cortapisas para una decisión final).

Dentro de estas, y en el marco de este trabajo, cabe referirse a la presunción de inocencia y al principio in dubio pro reo.

En este orden de ideas, la aplicación de la presunción de inocencia como regla de juicio sigue a una situación de “duda razonable” acerca de la existencia del hecho o la participación en él del acusado, pues por el contrario, cuando existe certeza de la inocencia –acorde con la valoración de la prueba–, entonces la absolución no obedece a la aplicación de la presunción de la inocencia.

De allí que una de las preguntas por resolver sea la de si se debe delimitar o no el campo de actuación de la presunción de inocencia y su relación con el principio del in dubio pro reo. Al efecto el profesor Orlando Rodríguez, ha señalado que el principio in dubio pro reo, forma parte del núcleo esencial de la presunción de inocencia, al decirnos que en caso de duda y ante la ausencia del grado de conocimiento exigido para dictar sentencia condenatoria, esa duda se deberá resolver a favor del acusado, absolviendo en observancia del principio de la presunción de inocencia.

Como en ambos casos se llega a la absolución del acusado, se produce una confusión común que conviene perfilar: Mientras que el principio de la presunción de inocencia obliga a la autoridad pública durante la investigación y el enjuiciamiento a tratar como inocente al imputado y acusado, exigiendo prueba de cargo indubitada para que se pueda producir su condena, el principio “en caso de duda al favor de reo”, se aplica sólo en la sentencia cuando existan dudas acerca del hecho mismo, de su comisión por el acusado, o no haya quedado suficientemente probada su criminalidad o su autoría¹².

Este mismo autor desarrolla las siguientes diferencias entre la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*:

- La presunción de inocencia tiene presencia en todo el proceso. El *in dubio pro reo*, solo en una parte, cuando aparece la duda que afecte el fondo del proceso. Es pilar esencial, para que no se le quite la condición de inocente al procesado, obrando en su favor.
- La presunción de inocencia está cimentada sobre una condición *objetiva*. El *in dubio pro reo* tiene operatividad ante una situación *subjetiva*, la duda.
- La presunción de inocencia exige de actividad probatoria para que se le desvirtúe con seguridad, con certeza. El *in dubio pro reo* es el reconocimiento jurisdiccional de la existencia de una duda, no despejada, de un conflicto de pruebas de cargo y descargo, que no permiten fallar con seguridad.
- Esta presunción es la garantía para considerar a todo procesado como inocente, mientras no se aporte medio de prueba al proceso, que produzca la certeza, desvirtúe, anule o, elimine la convicción de culpabilidad. En el *in dubio pro reo* se dirige al órgano jurisdiccional, como

¹² RODRÍGUEZ, Orlando “La presunción de inocencia”, Bogotá Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, (2000), Bogotá; citado por BUSTAMANTE Mónica y PALOMO VÉLEZ Diego en “La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de la duda razonable. Una lectura desde Colombia y Chile”, en Revista *Ius et Praxis*, vol.24, N°3, año. 2018.

elemento de valoración probatoria, para que en los casos en que aflore la duda, se absuelva al sentenciado.

- En la presunción de inocencia, opera independientemente con o sin aporte probatorio, amparando al imputado; de ella es titular desde el momento de la sindicación. El *in dubio pro reo* es instituto observable cuando hay aporte de pruebas, debate y la consecuente valoración probatoria que no genera certeza.
- Para que opere la presunción de inocencia, no es menester que se profiera sentencia. El *in dubio pro reo* necesariamente debe aplicarse en la sentencia y, además, cumpliendo con un estándar reforzado de motivación.

Tal y como se expuso, parte de la doctrina, resalta que son diferentes, dado que: a) *la presunción de inocencia* es aplicable a los supuestos de ausencia de prueba de cargo o cuando las pruebas practicadas no cumplieron las garantías procesales; b) el *in dubio pro reo* constituye una regla de valoración dirigida al juez y aplicable cuando lleva a cabo la actividad probatoria de cargo al juez le surgen dudas sobre la ocurrencia del hecho y/o la culpabilidad del acusado; es decir, que el principio del *in dubio pro reo* tiene aplicación cuando una vez se practica la prueba, la misma no desvirtuó la presunción de inocencia.

De esa manera, en tanto *el criterio para determinar la aplicación de la presunción de inocencia es objetivo* (la existencia de la prueba de cargo o la vulneración de las garantías procesales en la práctica de la prueba); *el criterio para determinar la aplicación del principio del in dubio pro reo es subjetivo* (consiste en un estado de duda que se presenta en la mente del juzgador al realizar la valoración de la prueba)¹³.

¹³ BUSTAMANTE Mónica y PALOMO VÉLEZ Diego en “*La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de la duda razonable. Una lectura desde Colombia y Chile*”, en Revista *Ius et Praxis*, vol.24,Nº3, año. 2018

Por ello, es el principio del *in dubio pro reo* el que actúa como un límite normativo en la decisión, dado que constituye uno de los basamentos del estándar de la duda razonable, y que inclinará balanza decisional en favor del acusado cuando esta concurra, y es a este a quien se debe apelar para fundar precisamente una decisión absolutoria cuando dicho estándar no ha sido derrotado por una hipótesis única.

III.- Pasos metodológicos:

Se debe tener en cuenta que, “el análisis que haya identificado y entregado a las respuestas a preguntas como aquellas consignadas (...) debería permitirle al abogado definir teorías plausibles disponibles para cada parte en cada caso. Aquella teorías a su vez, pueden haber sugerido, pero no impuesto, la forma en que la información probatoria y los argumentos pudieron ser presentados para desarrollar un relato efectivo consistente en una teoría elegida”¹⁴

Es así que, considerando el carácter objetivo del estándar, dependiente de la cualidad de la prueba, y no de creencias subjetivas, obliga a los jueces, luego de efectuado el análisis atomista de la prueba, que evalúa la fiabilidad de los datos probatorios y fuerza de los elementos probatorios, determinar su suficiencia conforme el estándar de prueba, que es el cumplimiento de las condiciones -racionales- que debe satisfacer la hipótesis acusatoria para derrotar la presunción de inocencia que favorece a los acusados. Como dice el profesor Larry Laudan son “los tipos de conexiones lógicas que deben existir entre la evidencia disponible y las hipótesis en cuestión a efectos de considerar dicha hipótesis por probada”¹⁵, en tanto proceso racional, neutral y objetivo.

Estas conexiones lógicas y no dependientes de la convicción del juez, sino de razones externas controlables, se expresan en el cumplimiento de criterios que nos permiten seleccionar entre hipótesis explicativas alternativas, teniendo siempre presente que en materia penal “el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable consiste en que ellas no logren eliminar o refutar alguna proposición fáctica alternativa plausible y compatible con

¹⁴ ANDERSON, Terence, SCHUM, David, TWINING, William, “*Análisis de la prueba*” Editorial Marcial Pons, (2005), pág. 399.

¹⁵ LAUDAN, Larry, “*Porque un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es estándar*”, pág. 105, disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.08>

la inocencia del acusado”¹⁶, y que el estándar de prueba debe ser referido a cada proposición probatoria principal que corresponde a cada elemento de la calificación jurídica.

IV.- Criterios o condiciones de elección de hipótesis:

En tal aspecto, se debe considerar que, sobre la base de una valoración racional de la prueba, se deben considerar diversos aspectos, principalmente, como señala Nieva Fenoll¹⁷, corresponde someter la declaración de la prueba de cargo a un análisis exhaustivo para determinar su credibilidad y luego, analizada esta, verificar si resulta suficiente para establecer la hipótesis acusatoria. Es así que en el caso de las hipótesis alternativas, se pueden concluir la existencia de los siguientes criterios:

1.- Criterio de no refutación, a saber, “*cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada*”¹⁸, como sería el caso de una hipótesis alternativa acreditada de la defensa, incompatible con la acusatoria, (coartada), que importa la incorporación de una prueba que no resulta explicable conforme la hipótesis acusatoria, en el sentido de pruebas que confirman la hipótesis acusatoria y otras pruebas que la niegan. O dicho de otra manera, significa que las pruebas disponibles no se hallan en contradicción con ella. Por eso, justificar que la hipótesis no ha sido refutada supone, en definitiva, demostrar que no ha habido contrapruebas (de la hipótesis) o que las eventuales contrapruebas han sido destruidas¹⁹.

Este sería el caso de que en un análisis pormenorizado atomista de la prueba de cargo, se pueda afirmar que el acusado cometió el delito, y paralelamente se hubiere probado, previo análisis atomista de la prueba de la defensa, que el acusado estaba en otro lugar en ese mismo momento, lo que obliga a ceder en favor de la defensa, ya que es el acusador, Ministerio Público o querellante, quien debe cumplir el estándar probatorio por distribución de error. Ahora, esto supone que la prueba de la defensa ha sido objeto del mismo análisis atomista.

¹⁶ ACCATINO, Daniela, ob.cit.

¹⁷ NIEVA FENOLL, Jordi; *La valoración de la Prueba*; Marcial Pons; 2010; *passim*.

¹⁸ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel “*Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*” (II), disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=409550>

¹⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Los hechos en el derecho*” Editorial Marcial Pons, 3º Edición, (2010), pág. 196.

Pues bien, puede ocurrir que la prueba de la defensa no sea fiable o carezca de fuerza, es decir, no hubiere superado el análisis epistémico. En este caso por falta de prueba de la defensa o prueba no fiable, la hipótesis acusatoria subsiste, y debe ser evaluada a la luz del resto de los criterios.

Asimismo, no hallamos frente a una refutación, cuando una prueba muestra que no ocurrió un evento que debió tener lugar, si es que la hipótesis acusatoria fuera verdadera²⁰.

2.- Criterio de coherencia narrativa, es aquel que nos dice que debe preferirse aquella hipótesis que explica los hechos en forma más acorde a la luz del conocimiento interno y externo.

La dimensión interna es la congruencia entre los enunciados que conforman la hipótesis y la externa, congruencia con el resto del conocimiento ²¹

-La congruencia interna nos indica que se debe elegir aquella hipótesis cuyos hechos principales no presenten incompatibilidades que pudieran ser entendidas como simultáneamente posibles o válidas (aquellas incompatibilidades solo pueden ser aceptadas eventualmente en hechos periféricos).

-La congruencia externa, que es la anclada al conocimiento externo al juicio, esto es, aquellos conocimientos aceptados por la comunidad²², es lo que la profesora Accatino denomina las generalizaciones narrativas, las que por ser conocimientos independientes de las pruebas específicas del juicio y aun a falta de datos probatorios, para tener relevancia justificativa, deben estar apoyadas en conocimientos generales o de sentido común, con sustento empírico fundado. Aquí entra incluso en el análisis la adecuada valoración de los conocimientos dotados de autoridad o de expertos, para evitar de este modo que se trate de decisiones basadas al algún prejuicio infundado o en alguna otra forma de creencia errónea²³, lo que exige, para su adecuado control, además, su explicitación en la sentencia.

²⁰ ACCATINO, Daniela, ob.cit.

²¹ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, ob. cit.

²² COLOMA, Rodrigo, “*Las Buenas y malas historias*”, en BRUNET, Pierre; ARENA, Federico (dirs.). Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2011, págs. 89 a 92.

²³ ACCATINO, Daniela, “*Atomismo y holismo en la justificación probatoria*”, *Isonomía*[online]. 2014, n.40 [citado 2021-10-12]. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1405-0218. pág. 37.

Por otro lado, se debe tener en consideración lo referido por Wróblewski, en cuanto a que la **justificación interna** “está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según de las reglas de inferencia aceptadas. La justificación interna es la existencia de una regla con la que poder verificar la racionalidad interna de la decisión. La validez de las premisas se da por supuesta²⁴; asimismo se puede entender como a la corrección formar de los razonamientos que en la sentencia se contienen, corrección conforme a las reglas de la lógica. En otras palabras, las inferencias que en la sentencia se realicen han de ser correctas, tienen que estar bien hechas²⁵.

Asimismo, la **justificación externa**, se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está externamente justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. Es evidente que la decisión jurídica podría estar internamente justificada pero no tener justificación externa²⁶. También dicho concepto se refiere a los contenidos de las premisas, a la justificación de tales contenidos en términos de verdad, razonabilidad o admisibilidad (el argumento debe tener alguna propiedad que no lo puede descalificar en el contexto de la argumentación que se trate y la tesis que se quiera)²⁷

3.- Criterio de eliminación de hipótesis alternativa, cuando se eliminen todas las hipótesis que compiten por explicar un hecho, salvo una, esa debe ser tomada como verdadera, así, en materia penal este criterio sería relevante para el caso que las pruebas permiten dos interpretaciones razonables, una de culpabilidad y otra de inocencia, se debe optar por la segunda

En efecto, una cuestión relevante en sede penal, es que para considerar probada la hipótesis de culpabilidad, deben darse las siguientes condiciones, a saber: a) la hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado

²⁴ WRÓBLEWSKI, Jerzy “*Sentido y hecho en el derecho*” Ediciones Griley, (2013), pág. 52.

²⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Razonamiento jurídico y argumentación, nociones introductorias*, Editorial Zela, 2017, pág. 69.

²⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy ob. cit. pág. 52

²⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ob. cit, pág. 88.

confirmadas, y b) deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad-hoc* ²⁸.

Así, si la hipótesis acusatoria afirma que determinados hechos configuran un delito de robo con fuerza de cosas que se encuentran en lugar habitado, pues el domicilio se encontraba con sus moradores y cerrado como lo declararon tres testigos y la hipótesis de la defensa es que se trata de un delito de hurto, al tiempo de que, con la misma prueba de cargo, no es posible afirmar que la puerta estaba cerrada, pues la única forma de que el acusado no dejara señales en una puerta de madera, cerrada la chapa de fierro, es que tuviera las llaves, y como aquello no se probó, la puerta estaba abierta.

No siendo posible que la puerta esté abierta y cerrada a la vez, y no existiendo problemas de fiabilidad en la prueba presentada por el Ministerio Público, se cede a la hipótesis de la defensa por estándar de prueba.

Otro ejemplo se puede extraer del siguiente fallo: “Del análisis comparativo de ambas declaraciones reseñadas, se ha de indicar que si bien ambas, refieren a un punto esencial, en el sentido que efectivamente existió una conversación entre el acusado y la víctima, en el segundo piso del inmueble del primero, cayendo ésta última por las escaleras, lo que decantó en que efectivamente xxx, resultara con una fractura de fémur, siendo su lesión catalogada de grave. Sin perjuicio de lo expuesto, se ha de indicar, que, a opinión de estos sentenciadores, la declaración de la ofendida, estuvo dotada de una serie de falencias, específicamente en la dinámica fáctica de cómo acontecieron los hechos. En efecto, la agraviada indicó que al arribar al segundo piso del inmueble reseñado, el imputado estaba enojado, se inició una discusión entre ambos y procedió a golpearla en la cabeza, para posteriormente tratar de empujarla por las escaleras, por tal motivo se aferró con su brazo izquierdo en la baranda, para en un momento ser arrojada por las escaleras por el encartado, para finalmente caer entre las escaleras y el equipo de música. En cambio, xxx, sostuvo que la ofendida llegó enojada al segundo piso, solicitándole que le pagara un dinero, a lo que responde que le pagará pero en este momento no tiene plata y por ende, que fuera después el

²⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi; “La valoración racional de la prueba; Marcial Pons”, 2007, pág. 147.

mismo día o al día siguiente, motivo por el cual xxx, lo increpó y mientras descendía, estando en la mitad de la escalera, se resbaló y cae entre el equipo de música y las escaleras.

En tal sentido, se ha de indicar que los asertos de la víctima agregan un hecho que no ha podido ser acreditado en el presente juicio, en cuanto a la existencia de una discusión previa en la cual el acusado, la golpea con el puño en la cabeza, la arrojó desde las escaleras para posteriormente tratar de arrastrarla con el objetivo que abandonara su domicilio; al respecto, se ha de considerar que el **dato de atención de urgencia N° xxx**, que el tribunal tuvo a la vista y que corresponde al día de los hechos, solamente refiere traumatismo por caída de escalera, no indicándose en ningún momento la existencia de una agresión de una naturaleza distinta que pueda dar cuenta al menos de indicios de algún acometimiento físico por parte del acusado, consistentes en un golpe en la cabeza o brazos, conforme a lo explicitado por xxx, conteniendo solamente órdenes médicas para la realización de exámenes, consistentes en radiografía de cráneo y rodilla izquierda, que conforme a lo expresado por el perito **Carmona López**, no tiene constancia que estos se hayan efectuado, lo que en manera alguna descarta la hipótesis de la defensa.

Es así que todo lo anteriormente explicado, resta credibilidad al testimonio de la víctima, considerando además, como ya se adelantó en el veredicto, que conforme a la dinámica de los hechos acreditados, resulta también plausible y coherente que la sucesión fáctica pudo haber acontecido conforme a lo narrado por xxx, considerando además, que de acuerdo a lo indicado, solamente se ha podido corroborar que la víctima ha sufrido una fractura de fémur, producto de una caída de una escalera, más no las circunstancias anteriores a dicho accidente.

Si bien, ambos intervinientes fueron claros en establecer que la escalera dónde se produjo la caída, era alta, peligrosa, que constaba de 10 a 12 peldaños, tampoco se ha podido establecer que tal mantuviese baranda como lo expresó la agraviada, conforme a la **fotografía exhibida en juicio por la defensa**, en la cual solo se puede vislumbrar a juicio de estos sentenciadores, que efectivamente tiene un peldaño grande al comienzo de la escalera, pero

no la existencia de baranda en la parte desde la cual fue arrojada, mermando aún más sus asertos²⁹.

4.- Criterio de la confirmación, cuando una hipótesis se encuentra confirmada supone demostrar que puede explicar las pruebas disponibles (o sea, los indicios porque existe un nexo causal, que es una simple ley probabilística o una máxima de la experiencia), lo que hace que a la vista de las pruebas, la hipótesis pueda estimarse probable en un grado suficiente. Por ello, para justificar una hipótesis, deben exponerse y justificarse las pruebas o indicios de lo que se parte, lo que implica que justificar una hipótesis exige:

a) justificar las pruebas o indicios que pueden ser constataciones, conclusiones o hipótesis. Si son constataciones no necesitan ser en rigor ser justificadas, a su vez, por el procedimiento pertinente;

b) demostrar que existe un nexo causal entre la hipótesis y los indicios, de manera que éstos (justificados) hacen probable a la hipótesis en un grado suficiente, en el bien entendido de que, tal efecto, se trata no sólo de la consideración de cada indicio en concreto.

No obstante a aquello, para poder considerar justificada una hipótesis no siempre basta con que la misma haya superado los criterios empíricos de la no refutación y confirmación por las pruebas disponibles, pues puede suceder también que otras hipótesis rivales sobre los mismos hechos no hayan sido refutadas y gocen de suficiente grado de apoyo empírico.

En estos casos se requiere justificar por qué una hipótesis resulta más aceptable que la otra, y tiene que afectar incluso a la forma de estructurar el razonamiento de la sentencia, que no sólo debe dar cuenta de la racionalidad de la elección, es decir, explicar a la colectividad las razones por las cuales se ha elegido una hipótesis, abandonando la rival, sino que también debe reflejar la confrontación de la hipótesis³⁰, este último concepto para Gascón Abellán, se entiende como **el requisito de la mayor confirmación que cualquier otra hipótesis.**

²⁹ TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE CALAMA, rit 206-2016, 7 de diciembre de 2016, considerando 10°.

³⁰ Véase GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*Los hechos en el derecho*” Editorial Marcial Pons, 3° Edición, (2010), págs. 196 y 197.

5.- Criterio simpleza, se debiera preferir las hipótesis que explican más, con un menor número de presuposiciones, esto es, menos hechos desconocidos, se le concede mayor credibilidad³¹.

V.- Análisis del caso:

Fallo del XXXX Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT XXXX, RUC N° XXXXX, por dos hechos, un delito de abuso sexual de persona mayor de 14 años, previsto y sancionado en el artículo 366 en relación con artículo 361 N° 2, y 366 ter del Código Penal y un delito de violación de persona mayor de 14 años, previsto y sancionado en el artículo 361 N°2 del Código Penal, siendo **absuelto el acusado por el primer hecho y el segundo calificado como un delito de abuso sexual del artículo 366 del Código Penal**, con voto de minoría que compartiendo la decisión de absolución por el primer hecho, absuelve por estimar que no se cumple estándar de prueba de la participación del acusado.

Hecho 2: El día domingo xxxx, a las 09:00 horas, al interior del domicilio ubicado en xxxxx, comuna de Providencia, el imputado xxxxxx, de nacionalidad xxxxxx, aprovechando que la víctima xxxxx se encontraba junto a una amiga durmiendo en el lugar, procedió a posicionarse detrás de la víctima, para luego penetrarla analmente, sólo cesando en su actuar cuando la víctima despierta por el dolor generado por esta acción, empujando al imputado al suelo para luego salir del lugar.

Producto del actuar del imputado, la víctima resultó con lesiones compatibles con la acción de un elemento contundente (como un pene en erección) que penetra el orificio anal.

Acordada **contra el voto en contra** de la magistrada xxxxx, quien, compartiendo el voto de mayoría de absolver a xxxxx como autor del delito de abuso sexual de persona mayor de 14 años, previsto y sancionado en el artículo 366 en relación con artículo 361 N° 2 y 366 ter del Código Penal, descrito como hecho 1 en la acusación fiscal, disintió de la mayoría respecto del hecho 2, recalificado por la mayoría como un delito de abuso sexual del artículo 366 del Código Penal, estimando que lo procedente era la absolución, pues no se superó el estándar de prueba exigido por el legislador en materia penal para fijar los

³¹ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, ob.cit.

presupuestos fácticos de un delito de abuso, cuestión que incluso, de haberse probado, es improcedente, pues aquello vulnera el principio de congruencia entendido como derecho de defensa, como se dirá.

En cuanto al estándar, establecido en el artículo 340 del Código Procesal Penal, se cumple cuando, luego del análisis de los hechos probatorios conforme al artículo 342 y 297 del Código Procesal Penal, a saber, “un análisis diferenciado y exhaustivo de la prueba, que descomponga el relato global de los hechos en los diversos enunciados probatorios (o probanda) que lo integran, para determinar particularizadamente el apoyo que los diversos elementos de juicio, individual y conjuntamente considerados, proporcionan cada uno de ellos.”³², se procede a un examen global de los hechos acreditados para selección de la hipótesis explicativa del acusador, (o del voto de mayoría en este caso), satisface adecuadamente los criterios de credibilidad, cuestión que esta disidente estima no se cumplió, y por lo mismo, el acusado debe ser absuelto.

En este sentido, lo primero que se debe tener presente, como se razonó en el cuerpo de la sentencia, es que conforme el estudio atomista de la prueba no se acreditó que el acusado xxx accediera carnalmente vía anal a doña xxxx (*afectada para los efectos del trabajo*).

En efecto, en este punto la declaración de xxx afectada, única prueba directa del supuesto acceso carnal vía anal, fue contradictorio e impreciso, generando problemas de credibilidad y con ello de fiabilidad del relato, lo que es particularmente grave si se tiene presente que sus dichos no se corroboraron con otra prueba de fuente diversa que subsanara sus falencias, ya que no se contó con la declaración de la testigo presencial, doña Sofía, liberada por la fiscalía, y porque la única prueba de fuente diversa que se presentó en juicio, el peritaje médico de doña Patricia Ángel López, no confirma la existencia de acceso carnal anal, ya que habiéndose tomado muestras del contenido rectal (y vaginal), no se contó con resultados que dieran cuenta de la presencia de espermatozoides en su ano.

El testimonio de xxx afectada fue contradictorio porque en el juicio habló primero de un intento de penetración y luego de penetración, dos eventos evidentemente disímiles,

³² ACCATINO, Daniela, “Formación y Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”, Editorial Abeledo Perrot legal Publishing Chile, 2010, pág.122-123.

dar inicio a una acción no es lo mismo que su completa ejecución, tanto que si esa acción es un hecho típicamente relevante puede significar distintos grados de penalidad.

Disparidad de información que además no fue justificada, no se sabe las razones por las que una mujer adulta y que declaró tener experiencia sexual, no distinga entre una penetración anal y un intento de penetración, lo que deriva en un evidente problema de credibilidad por fiabilidad del testimonio.

Que esta ausencia de información se incrementa pues la afectada al explicar la falta de precisión de sus dichos, reconoció no saber lo que sucedió, ya que estaba durmiendo, lo que significa otro problema de fiabilidad, pues lo que no se recuerda no puede ser considerado ni sirve de fundamento para construir una premisa fáctica.

Pero estas falencias no fueron las únicas, se suma la inexistencia de pruebas diversas, (no se presentó a la testigo, Sofía), y variadas, (de origen diverso como es el caso de la toma de muestra de la cavidad rectal que resultó negativa a la presencia de espermatozoides).

Asimismo, xxxx afectada fue imprecisa, pues las condiciones que describió de su entorno al despertar, específicamente cómo se encontraba el acusado, a saber, parado, con los pantalones puestos, junto a una cama en que no había espacio para que éste se instalara a su lado, ella estaba a la orilla y al otro lado su amiga Sofía, no son compatibles con la circunstancia que se habría despertado por el intento o acceso carnal por parte del imputado, siendo irrelevante que ella se encontrara con su short y body suelto. Dijo la testigo que sintió el dolor se despertó y vio al acusado que estaba parado con los pantalones arriba, solo desabrochados, sin su pene a la vista y sin espacio para que el acusado se posara junto a ella, nuevamente surgen muchas preguntas sin respuestas que expresan más ausencia de información.

Que estas falencias no se superaron por una fuente diversa, como se dijo, los informes de muestras de contenido vaginal y anal no arrojaron presencia de espermatozoides y la otra persona que estaba el día de los hechos junto a la denunciante, Sofía, no compareció a estrados.

Ahora, el peritaje de doña *Patricia Ángel* consigna al examen físico de Constanza Calderón que la piel de la zona perianal presentaba un edema (aumento de volumen en tejidos

blandos, hinchada) y el orificio anal deformado con laceraciones superficiales a las 6 horas según los punteros del reloj y tono disminuido, lo que significa que se abre espontáneamente y no cerraba, explicando en relación a las causas de las lesiones, que un edema es un aumento de volumen de tejidos blandos que puede ser resultado por cualquier causa, de causa inespecífica, lo que vio es que algo pasó porque la piel que rodeaba el orificio anal estaba hinchada, con aumento de tamaño, y respecto de las laceraciones, que son compatibles con la acción de un elemento contundente, que puede ser un pene en erección, un dedo o cualquier objeto que sea contundente.

Que este examen efectuado el mismo día de los hechos, horas más tarde, corrobora a la testigo en cuanto al dolor que manifestó tener en el ano, pudiendo afirmarse, al decir que eran lesiones recientes, que las mismas se produjeron en un espacio temporal cercano a los hechos referidos en la acusación.

Asimismo, la única proposición fáctica que podría darse por establecida bajo de una regla de accionar ajeno son las laceraciones, ya que los edemas conforme el informe médico estos son de causas inespecíficas, cualquier trauma incluso infección, lo que impide su atribución a un tercero.

Pero el peritaje no agrega ninguna información para construir la imputación en contra del acusado, no existen razones probatorias para sostener que aquellas laceraciones, única proposición fáctica que podría darse por establecida bajo de una regla de accionar ajeno, fueron de su autoría.

Amén al razonamiento preceden, los hechos establecidos son: Entre la tarde del día 12 de enero de 2019 hasta la mañana del día 13 de enero de 2019 xxxx acusado, xxxx afectada y doña Sofía, amiga y expareja de xxx afectada, estuvieron compartiendo al interior del departamento del primero de los nombrados, momento en que doña afectada xxxxx sufrió lesiones consistentes en laceraciones superficiales, cuya causa se explica por la acción de un elemento contundente por acción de un tercero.

La hipótesis de la defensa es que esa noche la denunciante y la testigo ausente mantuvieron relaciones sexuales, por lo que implícitamente atribuye el origen de las lesiones a la acción de Sofía, de este modo, para condenar debemos determinar si la hipótesis de que fue el acusado quien provocó estas laceraciones cumple con el estándar de prueba penal, esto

es, si es capaz de eliminar la hipótesis de inocencia planteada, pues si no lo hace, debe absolverse.

La pregunta entonces es si ¿Es posible atribuir más allá de toda duda razonable que fue el acusado Espinoza quien ocasionó las lesiones constatadas por la perita Patricia Ángel en el ano de la víctima? Hipótesis sostenida por la mayoría de los jueces de este tribunal.

Esta jueza disidente estima que no, pues afirmar su condena no es coherente con la prueba presentada, solo se probó que el acusado estaba parado al lado de la cama donde la afectada dormía con Sofía, y que las únicas lesiones atribuibles a terceros fueron ocasionadas con un elemento contundente, que puede ser un dedo, por lo que sin haberse probado que Sofía fuera manca, no existen razones en la prueba para afirmar que la hipótesis acusatoria haya derrotado a la de inocencia, máxime si se acreditó en juicio que Sofía y la denunciante fueron parejas, que la denunciante no recuerda cómo se produjeron las laceraciones, que ambas compartían la cama cuando despertó, que el acusado no se encontraba en la cama.

Tampoco puede decirse que es más creíble la hipótesis acusatoria conforme las máximas de la experiencia, ¿Qué fundamento en máximas o regularidades hay para decir que fue el acusado y no Sofía la autora de las mismas? Esta disidente no encuentra ninguna salvo afirmar que solo los hombres sienten atracción por la zona anal en sus contactos sexuales, o que solo los hombres pueden producir laceraciones por ser más bruscos. Ciertamente aquello no es conocimiento generalizado, es solo prejuicio.

Finalmente, del hecho probado que al despertar la afectada el acusado estaba despierto y Sofía dormía, al no saber en qué momento de la madrugada ocurrieron los hechos, obligaría la condena a presuponer muchos hechos no acreditados que impiden su consideración, a saber, que las laceraciones se ocasionaron justo en el momento que despertó la afectada y que las circunstancias físicas del acusado, sin espacio para posicionarse en la cama y estando parado, permitían esta acción.

VI.- Conclusiones:

Es al momento de establecer las conexiones que deben existir entre la evidencia disponible y la hipótesis acusatoria donde las juezas y jueces proceden a seleccionar entre las hipótesis explicativas propuestas por los intervinientes, o partes.

Así para la adopción de la decisión sobre los hechos probados, como labor fundamental del juez al tiempo de la valoración de la prueba, se debe evaluar cuál es el grado de probabilidad o de confirmación que las pruebas disponibles atribuyen a una hipótesis sobre hechos controvertidos, y en decidir si ese grado de probabilidad o de apoyo es suficiente para aceptarla como verdadera. El objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis. Es por ello que la duda razonable surge del holismo, esto es, al momento de la evaluación global del relato de los hechos, en que los jueces y juezas deben seleccionar la hipótesis explicativa que satisfaga adecuadamente los estándares que el legislador establece para valorar el mérito.

En tal aspecto, se debe someter la declaración de la prueba de cargo a un análisis exhaustivo para determinar su credibilidad y luego, analizada esta, verificar si resulta suficiente para establecer la hipótesis acusatoria.

Luego, en el caso de las hipótesis alternativas, se pueden considerar los siguientes criterios:

1.- Criterio de no refutación, que significa que las pruebas disponibles no se hallan en contradicción con ella. Por eso justificar que la hipótesis no ha sido refutada supone, en definitiva, demostrar que no ha habido contrapruebas (de la hipótesis) o que las eventuales contrapruebas han sido destruidas.

2.- Criterio de coherencia narrativa, es aquel que nos dice que debe preferirse aquella hipótesis que explica los hechos en forma más acorde a la luz del conocimiento interno y externo.

3.- Criterio de eliminación de hipótesis alternativa, cuando se eliminen todas las hipótesis que compiten por explicar un hecho, salvo una, esa debe ser tomada como verdadera.

4.- Criterio de la confirmación, el que exige justificar las pruebas o indicios que pueden ser constataciones, conclusiones o hipótesis, demostrando en este último caso que existe un nexo causal entre la hipótesis y los indicios, de manera que éstos (justificados) hacen probable a la hipótesis en un grado suficiente. Sin embargo para poder considerar justificada una hipótesis no siempre basta con que la misma haya superado los criterios

empíricos de la no refutación y confirmación por las pruebas disponibles, pues puede suceder también que otras hipótesis rivales sobre los mismos hechos no hayan sido refutadas y gocen de suficiente grado de apoyo empírico en cuyo es menester explicar a la colectividad no solo las razones por las cuales se ha elegido una hipótesis sino que también el proceso de confrontación con la hipótesis rival.

5.- Criterio de simpleza, se debiera preferir las hipótesis que explican más con un menor número de presuposiciones, esto es, menos hechos desconocidos, se le concede mayor credibilidad.

En este sentido, y refiriéndonos a materia penal, este criterio se expresaría que en el evento que las pruebas permiten dos interpretaciones razonables, una de culpabilidad y otra de inocencia, se debe optar por la segunda lo cual obliga a eliminar cualquier otra hipótesis que no sea la de la culpabilidad, cuestión que se vincula también al criterio de refutabilidad y que en definitiva no es sino la aplicación del principio *in dubio pro reo* el que siempre cede en favor del acusado cuando una hipótesis alternativa plausible que conduzca a su inocencia no sea derrotada por un razonamiento judicial, el que basado en la apreciación probatoria, logre acreditar, de un modo razonable y razonado una hipótesis de condena.