

PANDEMIA E INMEDIACIÓN EN CINCO PREGUNTAS

PANDEMIC AND INMEDIACY IN FIVE QUESTIONS

MARCELA PAZ ARAYA NOVOA*
JAIME ANÍBAL ROJAS MUNDACA**

RESUMEN: En el presente artículo los autores abordan la intermediación poniendo el acento en la sobredimensionada concepción que se le atribuye a este principio, lo que se ha visto acrecentado hoy en día por la imperiosa necesidad de realización de las audiencias de juicios orales a través de plataformas virtuales. En este marco se pretende reubicar a la intermediación en el lugar que le corresponde en el sistema racional de valoración probatoria y relevar su interrelación con los otros pilares estructurales del modelo, analizando, además, su vinculación con la prueba directa y la exigencia de motivación, para finalmente, dar cuenta de su compatibilidad con la forma de operar que la pandemia nos ha ineludiblemente impuesto.

ABSTRACT: In this article the authors address immediacy by emphasizing the over-dimensioned conception attributed to this principle, which has been increased nowadays by the imperative need to conduct oral trials through virtual platforms. In this framework, it is intended to relocate said principle in its rightful place in the rational system of evidentiary assessment and to expose its interrelation with the other structural pillars of the model; analyzing, in addition, its link with direct evidence and the requirement of reasoned judgment, to lastly account for its compatibility with the procedures that the pandemic has inescapably imposed on us.

PALABRAS CLAVE: Intermediación, valoración racional, videoconferencias, motivación.

KEYWORDS: Immediacy, rational valuation, videoconference, justification.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Austral de Chile y Doctora en Derecho por la Universidad de Girona en España. Profesora de Derecho Probatorio y Problemas Probatorios en el Proceso Penal en la Universidad Austral de Chile, sede Puerto Montt, y jueza de garantía en la misma ciudad. Correos electrónicos: mparaya@pjud.cl y marcela.araya@uach.cl.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile y magíster en Derecho Penal por la misma universidad. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Santo Tomás, sede Puerto Montt, y juez del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt. Correos electrónicos: jarojas@pjud.cl y jaimerojas@santotomas.cl.

I. INTRODUCCIÓN

El tránsito temporal y el constreñimiento espacial que, a causa de la pandemia, nos ha tocado enfrentar en estos meses de obligado encierro, han vuelto probable lo improbable, transformando la excepcionalidad de la regla contenida en el inciso penúltimo del artículo 329 del Código Procesal Penal, tributaria de la forma y modo en que prestan declaración los testigos y peritos en la audiencia de juicio oral por sistema de videoconferencia, en una regla de aplicación general, tensionando así su contenido y hermenéutica como blasón del derecho a defensa, a contrainterrogar, a conocer la prueba de cargo, entre otros y, por supuesto, del que pretendemos hacernos cargo en lo sucesivo: del sacro santo principio o garantía de inmediación.

En efecto, entre todas las garantías que se presumen amagadas con la declaración de testigos y peritos, y en general con la incorporación de los demás elementos de juicio durante el desarrollo de una audiencia de juicio oral por sistema de videoconferencia, es el de inmediación, el que ha ocupado un lugar preponderante en las alegaciones de la defensa, privilegiándose en el despliegue de argumentos, la consideración de que el testimonio que se recibe por dicha vía, impide al juez estar conectado con el testigo en forma directa, ya que no puede ver los movimientos de quien depone, su singular estado de ánimo, el nerviosismo que pudiere tener, y toda una gama contextual que escapa a la observación en dos dimensiones. El mismo reproche es el que recibe la incorporación de los demás elementos de juicio, como fotografías, planos, videos y un largo etc., que, bajo la nomenclatura de “otros medios de prueba”, suelen incorporarse hoy en día “compartiendo pantalla”.

En lo que sigue, no pretendemos agotar, como adelantamos, el amplio número de objeciones planteadas a los juzgamientos por este sistema, pero sí dar cuenta del voluntarismo que trasunta algunas de estas alegaciones. En forma preferente suele afirmarse que el juzgamiento penal requiere de un juzgador que esté en el *iter* del juicio oral, apreciando presencialmente —en tres dimensiones— los elementos de juicio, pues de esa conexión viva deviene necesariamente la corrección en la decisión del caso. Es en este contexto que nuestros esfuerzos se dirigirán a desmitificar el verdadero dogma tejido en torno a la inmediación y a articular una concepción de la misma que le devuelva su verdadero significado como pilar estructural de un sistema cognoscitivo de valoración probatoria, como es el contemplado en nuestro Código Procesal Penal.

Si bien uno de los cuestionamientos a la justicia virtual que se deja ver con mayor robustez es el supuesto quebranto a la intermediación vinculado al derecho a comunicarse el defensor libremente con el acusado, consagrado en el artículo 327 del Código adjetivo penal, más allá que su contenido y desarrollo exceden este trabajo, solo podemos afirmar que ello es técnicamente posible, mediante *salas privadas de conferencia*, en cualquiera de las plataformas que existen. Es cierto que la virtualidad no puede suplir al “cuchicheo” entre defensor y acusado, pero ello no permite predicar la conculcación de dicho derecho, antes bien, la relevancia del mismo debe ser correctamente conectada con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del Código citado —obligación de registro— que imponen la nula posibilidad de incorporación de elementos de juicio que no se hayan develado en forma previa, derivación necesaria del derecho a conocer la prueba de cargo y que, en esta medida, debió ya haberse considerado cuando defensa material y defensa técnica delinearon su teoría del caso y estrategias para soportar el *ius puniendi* estatal.

Es de rigor, para avanzar en este análisis, efectuar ineludiblemente dos advertencias:

La primera es que toda decisión judicial está compuesta por dos premisas: la premisa fáctica y la normativa, por lo que se afirma que este tipo de decisión está internamente justificada “si la norma individual que es el resultado decisivo (*i.e.*, la decisión producto) se sigue deductivamente de la conjunción de una premisa mayor, normativa, y una premisa menor, fáctica”¹. Pero también se sostiene que la justificación interna solo nos proporciona criterios de corrección formal, que se desentienden de consideraciones materiales y, amén de ella, se contempla como imperativo insoslayable la justificación externa.

La premisa normativa carece de valor de verdad, pues las normas solo son válidas o inválidas; en cambio, de la premisa fáctica es dable predicar su verdad o falsedad, “pues se trata de un enunciado expresivo de una proposición empírica”². Entonces, la justificación externa de cada una obedecerá a razones de distinta índole. Tratándose de la justificación de la premisa fáctica, dependerá de la solidez o robustez epistémica de las razones en favor de determinado enunciado o proposición sobre los hechos del caso.

¹ DEI VECCHI (2018), p. 712.

² DEI VECCHI (2018), p. 714.

Pues bien, es aquí donde se centra el presente trabajo, en el papel que juega la intermediación en la justificación externa de la *quaestio facti*, por lo que es clave puntualizar que será estudiada en el marco del sistema racional de valoración probatoria, en los que la práctica de la prueba se verifica en audiencias concentradas, orales y públicas, las que hoy, como se adelantó, se están realizando forzosamente y, a fin de lograr el distanciamiento social inevitable por razones sanitarias, a través de videoconferencias.

La segunda advertencia es que resulta insoslayable señalar que a pesar que la doctrina se refiere a la intermediación como “principio”, no existe claridad respecto de su naturaleza jurídica, de modo tal que, si bien en este trabajo nos referiremos a la materia concernida de dicha forma, la utilización del vocablo “principio” es neutra y la tomamos de algunos autores que la caracterizan de esta manera, pero igualmente será mencionada como garantía o sin apelativos, indistintamente. Se ha reflexionado en torno a ello que “[l]a escasa regulación que recibe la intermediación en las normas procesales, su diferente alcance en el proceso civil y en el penal, la diversidad de definiciones que los autores han dado de esta garantía, muestra que la primera dificultad con que nos encontramos es determinar la naturaleza de esta figura jurídica, concretar si realmente estamos ante un principio del proceso, una forma procesal, una garantía de las partes o incluso una institución de la que forman parte todos estos aspectos”³.

II. PRIMERA PREGUNTA: ¿QUÉ ES EN RIGOR LA INMEDIACIÓN?

Efectuadas las necesarias advertencias anteriores y, atento a las críticas y clamores que, según se señaló, se oyen por estos aciagos días, creemos que quizá el mejor acercamiento a este principio sea reconociendo que existen al menos dos formas de entenderlo. La primera, conforme a la cual la intermediación —a través el contacto directo del órgano decisor con los medios de prueba— provoca en este un conocimiento instantáneo, mágico e inefable que solo a él le pertenece y que, por lo tanto, no puede ser verbalizado, permaneciendo en el ámbito de su inexpugnable íntimo convencimiento. Conceptualizado y entendido de esta manera, el principio de intermediación se erige en un verdadero método para valorar las pruebas y, conforme a este

³ HERRERA (2006), p. 3. En todo caso, dilucidar este problema escapa a los márgenes y objetivos de este trabajo.

predicado, la decisión sobre los hechos ocurrirá en contacto directo con el elemento de juicio.

Frente a esta concepción existe otra que predica que la inmediación es solo una técnica para la valoración probatoria, que exige la presencia ininterrumpida del juez y de los demás intervinientes, en la práctica de la prueba, de lo que se deriva que solo se podrá considerar a efectos de la decisión de hechos probados la rendida en la audiencia de juicio oral y, además, que la causa deberá ser fallada, es decir, adoptada la decisión final, por el mismo juez ante el cual se practicó la actividad probatoria⁴.

Así, la única consecuencia que debiera derivarse del principio de inmediación es la de limitar el ámbito de aquellos elementos de juicio a partir de los cuales se debe justificar la decisión en relación a la prueba, es decir, el tribunal únicamente puede formar su convicción sobre la base de lo alegado y probado en el juicio oral y no en otros elementos como su conocimiento privado de un hecho o en prueba que no ha sido sometida al control del contradictorio. No puede formar parte de la argumentación probatoria ningún elemento que no se haya producido en el juicio oral y que, por tanto, no ha sido objeto del contradictorio, así el conocimiento privado del juez no es susceptible de ser integrado en la valoración probatoria, pues se transgrediría, de esta forma, no solo el principio de inmediación, sino los de bilateralidad y de contradicción, constituyendo la inmediación un límite en este sentido.

Desde hace algún tiempo se ha afirmado que la base de la convicción del juez es el contenido total de los debates y el resultado de la eventual recepción de la prueba, pues las normas procedimentales pertinentes se valen de esta formulación o de otras similares para describir de dónde ha de sacar el juez su convicción.

⁴ El artículo 374 letra b) del Código Procesal Penal reza que “el juicio y la sentencia serán siempre anulados: b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de algunas de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286”.

El artículo 284 prescribe: “Presencia ininterrumpida de los jueces y del ministerio público en el juicio oral. La audiencia del juicio oral se realizará en presencia ininterrumpida de los jueces que integren el tribunal y del fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 258”. El artículo 286 señala en lo pertinente: “Presencia del defensor en el juicio oral. La presencia del defensor del acusado durante toda la audiencia del juicio oral será un requisito de validez del mismo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 103”.

“La fórmula de ‘suma del debate’ expresa que todo lo que haya sido objeto del debate oral es aprovechable para la decisión. Se indica, sin embargo, que la referida fórmula de la ‘suma’ sugiere que el juez al formar su convicción, sólo debería utilizar aquello que fue objeto del debate; no podría pues aprovechar su saber privado, lo que tiene como *ratio* la imposibilidad psicológica de juzgar imparcialmente cuando el juez mismo es testigo”⁵.

Dentro de este contexto, no puede desconocerse que el juez conoce *privadamente* ciertos hechos que pueden influir en el contexto de descubrimiento, y ello, por cierto, ocurre. Sin embargo, el contexto de justificación exige que el juez aporte razones que deben ser buenas razones para adoptar una decisión y el “conocimiento privado del juez sobre ciertos hechos en sí mismo, no puede considerarse una razón que justifique su veracidad. En suma la justificación no puede resumirse en un ‘esto es así porque yo lo sé’”⁶.

Es posible sostener que la intermediación rectamente entendida debe incidir en la producción de la prueba, es decir, en el examen original de las distintas fuentes de esta; de ahí que, en rigor, su vigencia impida al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio propiamente dicho, imperativo de una lógica irreprochable, que se ha traducido en la prohibición legal de introducir en ese acto materiales de la investigación, lo que en Chile está prohibido normativamente en el artículo 334 del Código Procesal Penal, que establece expresamente que no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público.

Inspirada en el mismo principio, la norma –artículo 329 del cuerpo de leyes citado– relativa a los peritos y testigos, prescribe que durante la audiencia de juicio oral, estos deberán ser interrogados personalmente, añadiendo que su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren⁷.

⁵ WALTER (1985), pp. 291-292.

⁶ GASCÓN (2004), p. 204.

⁷ Las normas legales traídas a colación, artículos 329 y 334 del Código Procesal Penal, reconocen como excepción los siguientes casos:

Se suele afirmar que la inmediación, junto a la oralidad, constituyen un binomio indisoluble, pero, sin embargo de reconocerse la utilidad y los beneficios prácticos del despliegue conjunto de ambas garantías procesales, no necesariamente deriva que ellos concurren al unísono. Corrobora lo que se viene indicando la situación prevista por los artículos 191, 192, 280 y 331 a) del Código Procesal Penal, que regulan los casos de prueba anticipada que se rinde ante el juez de garantía, con asistencia del fiscal, defensor e imputado reproduciendo la lógica y salvaguardas del juicio oral, a la sazón, audiencias con oralidad, no obstante ello, en ausencia de inmediación, pues será un juez distinto del que ha asistido a su práctica –los jueces del tribunal oral–, quienes deberán adoptar la decisión debiendo ponderarla al igual que los otros medios de prueba que sí se han practicado en su presencia.

Entendida igualmente en su vinculación con el principio de oralidad, se ha señalado que para que esta despliegue su máxima eficacia, las actuaciones procesales realizadas oralmente deben efectuarse ante el destinatario de las mismas, esto es, con la inmediación del juez sentenciador.

“Artículo 331. Reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral. Podrá reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos:

- a) Cuando se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en discapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignore o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192 y 280;
- b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;
- c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado, y
- d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía”.

“Artículo 332. Lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral. Sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal, en su caso, o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiese elaborado”.

En la *praxis* judicial, estas excepciones, hasta ahora, se han utilizado con bastante prudencia, rigiendo como regla general los principios de oralidad e inmediación.

“El contacto directo de éste con los sujetos intervinientes en el proceso da seriedad al acto oral y, en cierta medida, hace que la justicia sea más cercana al justiciable, ya que se permite a las partes ‘ver la cara al Juez’, en quien en definitiva han confiado la resolución de su conflicto”, “[e]ste contacto permitirá al juez hacerse una recreación de la realidad lo más certera posible, pues tendrá acceso directo a las declaraciones de todas las personas que conocen los hechos litigiosos, pudiendo formularles precisiones o aclaraciones que contribuyan a realizar su enjuiciamiento fáctico”⁸.

Las conclusiones previas reflexionan o se construyen sobre un ideal, sobre un óptimo, cuyo contraste con la realidad, por decirlo de algún modo, es al menos precario. En efecto, no son pocas las ocasiones en que la “conexión viva tridimensional” y en modo presencial del juzgador con los elementos de juicio falla porque estos se encuentran en la misma audiencia entregados a labores preferentes, como, por ejemplo, el término de la redacción de un fallo cuyo plazo concluye apenas horas después, porque se encuentran revisando jurisprudencia en línea, porque se encuentran realizando trámites ineludibles, revisando la prensa o, lisa y llanamente, porque alguno ha sido vencido por el agotamiento. Es cierto que en nuestro país no se conocen casos como los reseñados, y aunque es altamente improbable que esto llegue a suceder, no es óbice para contradecir los argumentos que solo el sistema presencial salvaguarda la inmediatez, pues, como se advierte, si bien con ejemplos foráneos, esta es tan falible en tres como en dos dimensiones.

La oralidad-inmediatez es, entonces, “una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez”⁹, lo que quiere decir que solo tiene valor instrumental y de medio al servicio de otros medios (los de prueba) y como tal puede ser objeto de usos correctos o incorrectos, dentro de los primeros a fin de que el juez forme su convicción sobre la base de los elementos de juicio aportados por los intervinientes en la audiencia de juicio oral y, dentro de los segundos, su concepción como método autónomo de valoración.

La inmediatez, entonces, posee un valor desde el punto de vista de la epistemología, pues asegura mayor fidelidad en la transmisión de la información, desde que, a más intermediarios en el traspaso de esta, mayor posibilidad de distorsión en su entrega y con ello mayor probabilidad de errores.

⁸ CERRATO y PICÓ (2008), p. 225.

⁹ IACOVELLO (1997), p. 151.

Igualmente, en el contexto de la interpretación acertada, se ha afirmado que “el testimonio oral agiliza el control del juez sobre la veracidad de las declaraciones, baste pensar en la posibilidad de contestar inmediatamente a cada antinomia o ambigüedad contenida en la deposición y, sobre todo, de observar la actitud del testigo durante el examen. [...] Tampoco es cuestionable que las partes del juicio están en las mejores condiciones para encontrar las preguntas idóneas para desenmascarar falsedades o reticencias, para poner en claro olvidos e inexactitudes del testigo [...] pues, en definitiva, de la discusión (del interrogatorio cruzado, en este caso) sale la luz”¹⁰.

De este modo, la respuesta necesaria a qué es en rigor la inmediatez, debe cubrir *a priori* su aspecto negativo, a la sazón, que no puede ser entendida como un método para valorar las pruebas, no se trata de que los juzgadores en contacto con los elementos de juicio alcancen ese estado mágico de convencimiento y decidan el caso al conectarse con “los ojos de la víctima”, por ejemplo, o con el nerviosismo del acusado al declarar, ni que este estado de cosas inefables les libere de dar fundamentadas razones de lo resuelto, en rigor, la inmediatez no transforma, en nuestro sistema de justicia penal, a los jueces en jurados. Este principio es simplemente una técnica para la formación de la prueba, que solo tiene un valor instrumental y de medio al servicio de otras garantías, que exige la presencia ininterrumpida del juez y de los demás intervinientes, en la práctica de la prueba, de lo que deriva que solo pueden ser considerados al momento de la decisión, los elementos de juicio incorporados durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral, y que la resolución del caso solo puede emanar del o los jueces ante quienes se practicó dicha actividad probatoria.

III. SEGUNDA PREGUNTA: ¿CUÁLES SON LAS COORDENADAS DE LA INMEDIACIÓN EN LA CARTOGRAFÍA DE LA VALORACIÓN RACIONAL?

La libre valoración racional o cognoscitivismo crítico es aquel sistema que se despliega en ausencia de reglas de valoración determinadas *ex ante* por el legislador, por oposición al de prueba tasada, modelo este último en el que existen reglas jurídicas que predeterminan el peso de las pruebas y su suficiencia. Pero es un sistema negativo solo en el sentido apuntado, pues la declaración de hechos probados no se desarrolla con absoluta libertad,

¹⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ (2003a), p. 60.

sino que sujeta al juez a las reglas de la epistemología general, es decir, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En este sistema, la estructura básica o molecular de la argumentación probatoria adquiere la forma de una inferencia, lo que en términos muy simplistas quiere decir que la actividad probatoria consiste en remontarse de lo conocido a lo desconocido y, por consiguiente, se precisa del auxilio de alguna mediación para recorrer racionalmente este espacio intermedio. En palabras de GONZÁLEZ LAGIER, el razonamiento probatorio se despliega a través de inferencias que permitirían obtener al juez conclusiones probatorias epistémicamente fiables, y esta “mediación” –que se denomina enlace o conexión–, que se despliega entre los elementos de juicio y la hipótesis a probar, puede tener un carácter empírico, normativo o conceptual¹¹.

En las inferencias probatorias empíricas, el enlace o regla de conexión es una generalización empírica que correlaciona hechos como los descritos en las premisas con los consignados en la conclusión a partir de una asociación entre ambos; en estos casos las generalizaciones empíricas estarán compuestas por máximas de experiencias y conocimientos científicos. En las inferencias probatorias normativas, el enlace es una norma que establece que si se dan ciertos hechos, como los descritos en las premisas (hecho base), se debe dar por probada una determinada hipótesis (el hecho consecuencia) y, finalmente, las inferencias probatorias interpretativas o conceptuales, en que la conexión viene dada por una definición o regla conceptual; en este tipo de inferencias lo que está en juego no es tanto la ocurrencia de un hecho, sino su “interpretación”, es decir su clasificación dentro de una u otra categoría genérica de hechos¹².

Para entender de mejor manera el rol de la inmediatez en la justificación de la premisa fáctica¹³, es necesario señalar que tratándose de los sistemas de *libertad de prueba*, que se han denominado de confianza del legislador

¹¹ GONZÁLEZ LAGIER (2018), p. 16.

¹² *Vid.* GONZÁLEZ LAGIER (2018), pp. 18-19.

¹³ “El principio de inmediatez tiene un papel más o menos importante en la actividad probatoria que se desarrolla para la prueba de los enunciados que describen hechos, razón por la que es importante conocer cuál es el contexto en el que se toma la decisión sobre esos enunciados fácticos, puesto que ello nos permitirá ubicar en qué momento de la actividad probatoria la inmediatez puede resultar relevante”. ALLENDE (2019), p. 227.

(hacia el juez)¹⁴, es posible reconocer dos tipos: el de íntima convicción y el de libre valoración racional, que se corresponden con dos grandes tradiciones o concepciones en materia de valoración probatoria: la concepción racional u objetiva de la prueba y la concepción subjetiva o irracional¹⁵. Estas dos tradiciones evidencian cuatro rasgos o características estructurales, que poseen perfecta coherencia interna entre ellas y, como espejo, se contraponen a las del sistema que es su antagonista.

Las notas de la concepción persuasiva son la apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión; una concepción de la inmediatez en sentido fuerte, inexistentes exigencias de motivación e imposibilidad de control de la decisión por un órgano distinto del que declaró probados los hechos.

La primera postula que un hecho está probado cuando el juez alcanza el convencimiento a partir de las pruebas presentadas, esto es, cuando se haya convencido del hecho; predica igualmente un principio de inmediatez en sentido fuerte, que es exigente de la presencia del juez en la práctica de la prueba, para que sea la práctica de la prueba la que *crea* o *funde* su convicción, pero que a su vez es excluyente de la revisión de otro órgano externo, que no la haya presenciado. Establece igualmente esta tradición nulas exigencias de motivación, pues supone que un hecho se entiende probado cuando el juez se ha convencido de que ha sucedido, por tanto, esta convicción, que permanece en su fuero interno, no es posible de motivar y, finalmente, niveles bajos o inexistentes de control por un tribunal distinto del que formuló la decisión sobre los hechos.

Las notas anteriores le otorgan perfecta coherencia interna al modelo, pues si se estima que un hecho está probado cuando el juez ha logrado convencerse de que este ha sucedido, cuando ello ocurre no existe margen para el error y tal convencimiento se extrae de manera mágica o extática del contacto con los medios de pruebas, adquiriendo el órgano juzgador un convencimiento que solo a él pertenece y que permanece inefable en su fuero interno. Así, cualquier intento de motivación será estéril, pues si el juez, al adquirir esta convicción sobre los hechos es infalible, no se puede equivocar, ya que no existen criterios externos a esa valoración, no existe

¹⁴ FERRER (2007), p. 61.

¹⁵ En esta materia seguiremos a FERRER (2007), pp. 61 y ss., y especialmente en línea: <<https://www.youtube.com/watch?v=qnv1xXea13U>>.

ninguna posibilidad de control por un tribunal superior y distinto del que arribó a la decisión y que además no ha presenciado la práctica de la prueba.

Contrariamente, los rasgos o notas definitorias del sistema cognoscitivo son el recurso al método de corroboración de hipótesis como forma de valoración de la prueba; la defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediación; una fuerte exigencia de motivación de los hechos y la defensa intensa de un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de la decisión por un órgano distinto del que dictó la resolución.

Estas notas igualmente ofrecen perfecta coherencia interna, pues se estima que un hecho se encuentra probado cuando existe corroboración suficiente a partir de las pruebas presentadas, lo que exige determinar cuándo una hipótesis se encuentra probada y cuándo es suficiente, lo que nos remite al sistema de corroboración y refutación de hipótesis y al estándar de prueba, lo que supone diseñar métodos para la valoración de la prueba y criterios (externos) para juzgar si el juez se equivocó o acertó en la decisión de hechos probados. Como adelantábamos, contempla este sistema un *principio de inmediación en sentido débil*, no para fundar el convencimiento del juez, sino para que este pueda participar en el desarrollo de la prueba ordenando el procedimiento y garantizando el principio de contradicción, impone entonces la presencia del juez, pero no es excluyente del control por un órgano distinto. Dicho control descansa sobre la exigencia de una detallada motivación judicial, lo que implica una justificación en sentido estricto, no explicaciones sobre las creencias o el *iter* psicológico del juez que le llevó a la decisión.

La motivación debe basarse en elementos de juicios disponibles que, mediante las correspondientes *inferencias probatorias epistémicas*, justifiquen si la hipótesis se encuentra probada y en qué grado. Así, el control ahora es posible debido a la interacción combinada de todos los rasgos definitorios de esta concepción, pues se pueden revisar las razones por las cuales se ha decidido de cierta manera, ya que se dispone de una detallada motivación que da cuenta de las inferencias realizadas en el marco del sistema de corroboración y refutación de hipótesis, lo que ha permitido dar por probado ciertos hechos y descartar otros.

Sirva de ejemplo de la realización de inferencias probatorias y el adecuado control plasmado por la corte, la reflexión el siguiente:

“El principio de inmediación permite, precisamente, que tratándose de la prueba testimonial, el tribunal aprecie directamente la actitud y reacciones de quienes

concurren a estrados a prestar declaración; y en el caso de autos, difícilmente se puede obviar el hecho de que en un primer momento el testigo víctima haya hecho un relato tan neutro y poco expresivo de sus emociones, donde inicialmente omite toda información sobre la intimidación, señalando que no se acuerda; y solo cuando se le refresca memoria alude al garabato y al supuesto cuchillo en su espalda. No parece entonces coherente y fundada la conclusión del tribunal, de que se mostró conmovido; pues si bien pudo haber sido así en el momento de la declaración judicial, lo cierto es que resulta poco convincente que al ocurrir los hechos haya sufrido tan grande conmoción, si a los pocos meses ya lo había olvidado". (SCA Valparaíso, Rol N° 1624-2016, de 21 de octubre de 2016).

En este pronunciamiento el tribunal de control efectúa inferencias, examinando las generalizaciones que echa en falta y que debió haber realizado el tribunal de mérito, por lo que concluye estimando que existe un vicio en cuanto a la valoración probatoria y anula la sentencia y el juicio que le precedió.

La inmediatez, en consecuencia, nada tiene que ver con la valoración de la prueba, sino con su práctica y, por tanto, la concepción racional reposiciona la importancia de este principio.

En síntesis, en la cartografía de la valoración racional, las coordenadas de la inmediatez, se ajustan a la concepción racional u objetiva de la prueba y no a la de la concepción persuasiva que apela a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión, sin exigencias de motivación e imposibilidad de control de la decisión por un órgano distinto del que declaró probados los hechos, o dicho en esta clave, a aquel que presenció directamente la prueba.

Así, la correcta ubicación de la inmediatez en este plano obliga a entenderla en *sentido débil*, esto es, no para fundar el convencimiento del juez, sino para que este pueda participar en el desarrollo de la prueba ordenando el procedimiento y garantizando el principio de contradicción, donde la presencia del juez no excluye el control por un órgano distinto, control que descansa sobre la exigencia de una detallada motivación judicial, justificación y no explicaciones sobre las creencias o el *iter* psicológico del juez o jueces que decidieron el caso.

IV. TERCERA PREGUNTA:

ENTONCES ¿POR QUÉ SE TIENDE A SOBREALORAR LA INMEDIACIÓN?

Pese a que nuestro sistema probatorio en materia procesal penal se puede encuadrar dentro de la tradición racionalista o cognoscitiva, se sigue operando (más frecuentemente de lo que podría ser esperable a veinte años

de su instauración), en clave subjetivista, si bien no tan abiertamente como ocurría en sus albores, esta pervivencia del subjetivismo indefectiblemente irradia a la inmediatez.

Dijimos que este principio demanda la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales en la práctica de la prueba, excluyendo la participación de intermediarios que pueden provocar distorsión en la entrega de la información y que, además, el juez que presencié la práctica de la prueba debe ser el mismo que dicte la sentencia, esto es, pronuncie la decisión de hechos probados.

Se suele diferenciar entre inmediatez en general, que solo exigiría la presencia judicial en las actuaciones que se desarrollen en el proceso, y la inmediatez en sentido estricto, que es para gran parte de la doctrina la verdadera inmediatez, y que exige que sea precisamente el juez que dicte finalmente la sentencia el que haya estado presente en las actuaciones judiciales. Los dos *tipos de inmediatez* responden a dos finalidades que son inherentes a esta técnica de actuación y que permiten calificar a la inmediatez de garantía procesal¹⁶.

Entonces, la respuesta a la pregunta para qué sirve la inmediatez no puede ser satisfecha, en un sistema racional como el nuestro, indicando que constituye *per se* un sistema valorativo, que surge del contacto “directo” o “sensorial” con los elementos de juicio y que provoca en el adjudicador convencimiento mágico, instantáneo, inefable. En nuestro sistema la inmediatez solo es una garantía instrumental al servicio de la formación, práctica y valoración probatoria.

Todavía, no obstante, es posible encontrar reminiscencias de interpretaciones que conciben la libre valoración de la prueba, en su dimensión íntima en conexión con el principio de inmediatez, “[...] entendido como la intervención personal y directa (inmediata) del juez en la práctica de la prueba, que suele presentarse como la condición inexcusable para la libre valoración, pues solo fundando el juez su convicción en la ‘impresión inmediata’ recibida y no en referencias ajenas puede reputarse ésta como libre”¹⁷.

Respondiendo a la pregunta de por qué se sobrevalora la inmediatez, podríamos proponer como una razón plausible que dicha concepción –de la inmediatez– ha permitido que los jueces no motiven su razonamiento

¹⁶ HERRERA (2006), p. 4.

¹⁷ GASCÓN (2003), p. 48.

de la *quaestio facti*, limitándose en las sentencias a dar cuenta en una larga retahíla de los medios de prueba producidos por las partes y, especialmente, de lo que dijeron los testigos y peritos, lo que al parecer provocaría el “convencimiento” del juez, sin que pueda ni deba este ser verbalizado, ni menos justificado, utilizando luego fórmulas sacramentales como las que señalan que “*valorada la prueba conforme las reglas de la sana crítica, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, estos jueces estiman probado, más allá de toda duda razonable los hechos contenidos en la acusación y la participación que en ellos ha correspondido al acusado*”.

La réplica a esta forma de entender la inmediatez por parte de los tribunales superiores no ha sido mejor, pues se suelen escudar en este principio para autoimponerse límites o cortapisas a sus facultades de revisión sobre el juicio de hecho, siendo muy frecuente encontrar en las sentencias de nulidad afirmaciones tales como que la Corte no puede examinar cómo han sido establecidos los hechos por el tribunal de fondo, por impedirlo el principio de inmediatez; que esta garantía constituye un límite a la facultad revisora de la Corte en materia de hechos o que los jueces del tribunal oral en lo penal son soberanos para valorar la prueba que solo ellos han percibido, entre muchas otras, lo que da cuenta de una interpretación tanto del principio de libre valoración como de la inmediatez, reconducido al sistema irracional o subjetivo; en circunstancias que el diseño legal del establecimiento de los enunciados probatorios contempla la posibilidad de control de la declaración de hechos probados que las cortes cercenan, mezclando así rasgos distintivos de ambas tradiciones sobre la prueba; la subjetiva y la cognoscitiva, sistema este último que prevé —a la par— fuertes e intensas exigencias de motivación (artículos 36, 297 y 342 letra c) del Código Procesal Penal).

Nuestras Cortes de Apelaciones exhiben razonamientos en sintonía con la interpretación hipertrofiada de la inmediatez que se ha desarrollado, señalando que:

*“En el proceso oral, por imperativo del principio de inmediatez, el Tribunal ante el cual se realizó el juicio, es soberano para apreciar y valorar la prueba y por tanto la credibilidad de los testigos de cargo y de la defensa, de modo tal que a esta Corte le parezca o no acertada las conclusiones de esa valoración; le está vedado alterar los hechos establecidos por el fallo”*¹⁸.

¹⁸ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, *Ministerio Público con Jaime Figueroa Durán*, Rol N° 2040-2017, de 19 de julio de 2017.

Se ha afirmado igualmente:

*“Las supuestas contradicciones que menciona el recurrente en su escrito respecto de lo declarado por las víctimas y testigos escapa de la competencia de este tribunal en lo atinente al presente recurso, por cuanto es el tribunal de primera instancia quien ha de formarse su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral (principio de inmediación). La jurisprudencia al respecto ha señalado que está vedado reexaminar a través de este recurso la credibilidad o veracidad que los jueces de la instancia han atribuido a testigos y peritos”*¹⁹.

Finalmente, en otro pronunciamiento se expone que *“distinciones de los recurrentes que dicen relación con los hechos y pruebas establecidas y ponderadas por el Tribunal Oral en lo Penal, conforme a sus facultades privativas, y que quedan fuera del control de este tribunal, desde que los jueces son soberanos en la ponderación de los medios probatorios que han recibido y percibido directamente en la audiencia, estando facultada esta Corte sólo para pronunciarse sobre si para establecer tales hechos se vulneraron las reglas del artículo 297 del Código Procesal Penal”*²⁰. (Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 293-2013, de 4 de noviembre de 2013).

Decíamos que la argumentación probatoria en los sistemas de libre valoración racional se verifica predominantemente mediante *inferencias probatorias epistémicas*, a través del método de corroboración de hipótesis, el que, mediante inferencias, sirve para expresar la relación lógica de corroboración o confirmación entre un elemento de juicio y la hipótesis acerca de la ocurrencia de un hecho principal o de un hecho secundario que, a través de una nueva inferencia, otorgará apoyo inductivo, a su vez, a un hecho principal. Ello está presente normativamente en el artículo 297 del Código adjetivo penal, cuando refiere que la prueba será valorada con libertad, pero sujeta a los principios de la lógica.

Cuando los procesalistas argumentan que la prueba ha de valorarse de acuerdo con las *reglas de la lógica* y las *reglas de la sana crítica*, en muchas ocasiones están haciendo referencia a las regularidades empíricas (máximas de

¹⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia, *Cruces Lefibiuala, Juan Perfecto con Ministerio Público*, Rol N° 536-2017, de 5 de enero de 2010.

²⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, *S.A.A.D. y D.A.A.D. con Ministerio Público*, Rol N° 293-2013, de 4 de noviembre de 2013.

experiencia y conocimientos científicos), que en los argumentos deductivos parecen cumplir el papel de “reglas de inferencia”.

El razonamiento probatorio, entonces, se realiza en dos etapas, la primera consistiría en la práctica de las pruebas (donde la inmediatez tiene merecido protagonismo al exigir la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales) y, por tanto, en la obtención de la información a partir de ellas, esto es, a partir de lo que dicen los testigos, los documentos, los peritos, etc. Una segunda fase consiste en extraer una conclusión de la información obtenida en la primera etapa. El primer momento puede verse también como el establecimiento de las premisas del argumento que trata de probar una determinada hipótesis (que es lo que en realidad sucedió) y el segundo como la realización de la inferencia que permite pasar de la premisa a la conclusión²¹.

Quienes se erigen en fervorosos defensores de la inmediatez en su versión amplificada (o en *sentido fuerte*, según nomenclatura de FERRER), suelen asociarla con la percepción de “aquellos elementos prosódicos (no verbales: como el nerviosismo, el aplomo, el azoramiento, el llanto, las muecas, el movimiento de las manos, etcétera) que acompañan una declaración”²², y en que en tanto no son recogidos en la motivación, solo son de conocimiento para los juzgadores que los han presenciado o percibido. Se produce así una paradoja, pues si estos elementos son gravitantes en el razonamiento probatorio (incluso como para inclinar la balanza hacia alguna de las tesis en juego), pero no se consignan en los argumentos justificativos de la decisión —como comúnmente ocurre—, se convierte a la declaración de hechos en un “esto ha ocurrido así porque yo lo creo” y blindando de este modo a esa *creencia* a cualquier diálogo intersubjetivo.

Entonces, en los sistemas racionales de valoración probatoria, como ocurre con el nuestro, este “conocimiento” que adquiere el juez debe ser el producto razonado de la realización de inferencias, para lo cual deberá utilizar criterios epistemológicos que doten de racionalidad a sus conclusiones. Tal como lo señala IGARTUA, el tipo de razonamiento inferencial es el que desplegamos cotidianamente, aunque no nos percatemos de ello, así, por ejemplo, cuando vemos a un espectador saltar de júbilo en un estadio cuando un equipo consigue un tanto, inferimos que es hinchas de ese club,

²¹ Vid. GONZÁLEZ LAGIER (2005), pp. 53-54.

²² IGARTUA (2009a), p. 86.

o si sentimos que el aliento de alguien huele a alcohol y que se le traba la lengua al hablar, inferimos que ha bebido más de la cuenta²³.

Esta naturalidad con que efectuamos este tipo de razonamiento en la vida diaria nos lleva a que permanentemente permanezca soterrado y que al momento de dictar sentencia no sea explicitado en los fallos por los jueces, en circunstancias que es en este contexto en que el deber tomar conciencia de las inferencias y explicitarlas –sacarlas a flote– constituye en Chile un imperativo, impuesto normativamente por los artículos 36 y 342 letra c) del Código Procesal Penal.

Los datos probatorios de uno u otro color –a favor o en contra de la hipótesis– nada significan de por sí, ni llevan a ningún lado; a no ser que haya una inferencia que los conecte con algún otro dato o directamente con el *factum* estelar. El juez se afana en reconstruir los hechos del pasado a partir de estos datos del presente, y ese vacío que media entre una cosa y la otra tiene que ser llenado con algún tipo de razonamiento. Esto es, se necesita algo que funcione como “pegamento” entre el *factum probans* y el *factum probandum*²⁴.

Así, entonces, el modelo de corroboración de hipótesis o de inferencia inductiva requiere, en el razonamiento probatorio judicial (y en el ámbito del conocimiento empírico en general), en primer lugar, que se asuma hipotéticamente la ocurrencia de un hecho, para derivar, recurriendo a los conocimientos científicos y a nuestra experiencia previa acerca del mundo, ciertos eventos que debieran haber tenido lugar si ese hecho efectivamente ocurrió. La constatación de estos eventos corrobora (atribuye probabilidad inductiva) a la hipótesis de que el hecho sucedió²⁵. Por ejemplo, la hipótesis en juego es que Pedro ingresó a la casa de Juan y sustrajo especies (predicción); recurriendo a nuestros conocimientos de cómo funciona el mundo, se puede decir que cada vez que alguien toca objetos con sus manos desnudas dejará huellas en las superficies (generalización empírica-máxima de experiencia); se encontraron huellas de Pedro al interior de la casa. La conclusión extraída es: Pedro fue el autor de la sustracción, pues existen elementos de juicio que apoyan la hipótesis.

²³ Vid. IGARTUA (2009a), p. 126.

²⁴ IGARTUA (2009a), p. 125.

²⁵ ACCATINO (2010), pp. 126-127.

Pues bien, al parecer, al valorarse la prueba “con inmediatez”, se opera concibiendo este principio como un *atajo* para soslayar esta estructura inferencial, y que habiendo percibido la prueba el juez, este *acto de percepción* transforma la información obtenida en convencimiento instantáneo sobre el hecho, que lo libera de procesar dicha información y, lo que resulta igual o más grave, se estima que lo libera de motivar el razonamiento que lo ha llevado a la conclusión.

En los estrictos términos indicados, la inmediatez únicamente libera al juez de justificar lo que ha constatado directamente por sus sentidos, por ejemplo, que el testigo Pedro *declaró* que vio a Juan disparar sobre Diego, siendo acertado afirmar que el hecho de que el testigo Pedro dijo que vio a Juan disparar sobre Diego no requiere justificación, pues fue apreciado directamente por el juez, pero ello solo prueba que el testigo dijo aquello y nada más.

Lo anterior resulta coherente si consideramos que “las constataciones son enunciados conceptuales, es decir, enunciados sobre un hecho formulado por el juez tras la observación (la comprobación empírica *directa*) de ese hecho. Por ello, en sentido estricto, las constataciones no requieren motivación; mejor dicho, la motivación se reduce a dar cuenta de que los hechos que describen fueron definitivamente observados”²⁶.

Las constataciones, como puede desprenderse, no necesitarían motivación –aportar razones que justifiquen su veracidad– sino que esta se ve cumplida con su simple manifestación, pues ellas derivan de la observación directa del juez, “de manera que siendo el propio juzgador el que ‘directamente’ ha observado el hecho que constata, la constatación se resume en la expresión de esa constatación”²⁷.

Sin embargo, no queremos significar que ello ingrese al campo de lo incontrolable, pues el juez puede haber experimentado errores de percepción, pero mientras no se dé cuenta de tales errores, la manifestación de lo que el juez ha percibido es prueba válida de aquello que se describe. Si el juez ha experimentado –con inmediatez– errores de percepción, en nuestro sistema existe registro de audio para confrontar lo que se ha consignado en el fallo con lo que da cuenta dicho registro. Por lo demás, normalmente no son estos los enunciados fácticos cruciales de la decisión judicial y son los

²⁶ Vid. GASCÓN (2004), p. 205.

²⁷ GASCÓN (2004), p. 205.

que DEI VECCHI llama “enunciados de inmediación”, único campo en que esta garantía resulta relevante sin más²⁸.

En términos conclusivos, es insoslayable proponer como una explicación a la sobredimensión de la inmediación que dicho modo de entenderla y ponderarla permite que los jueces no motiven su razonamiento de la *quaestio facti*, y que se limiten en sus sentencias a dar cuenta en una larga retahíla de los medios de prueba incorporados por las partes en la audiencia de juicio oral, con los que supuestamente han estado conectados y les han convencido, sin justificar las decisiones, salvo por las fórmulas sacramentales que ya se han descrito. Desde el punto de vista de los litigantes, la sobrevaloración de la inmediación, les permite argumentar sobre elementos equívocos que pueden alcanzar cierto rendimiento tanto a defensores como acusadores, a nivel persuasivo, dependiendo de sus condiciones personales y técnica de litigación, a saber, el nerviosismo, el azoramiento, el llanto, el movimiento de manos, y un largo etcétera de quienes deponen en una audiencia.

V. CUARTA PREGUNTA:

¿EXISTEN DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA DIRECTA Y LA INDIRECTA?

Es fecundamente difundida la idea de que la prueba directa pone en contacto al juez con los hechos, eficacia de la que carecería la prueba indirecta, confusión que nos hace poner el acento en la enrevesada e inútil distinción entre ambos tipos de prueba y que está muy amarrada a la concepción sobrevalorada de la inmediación.

Para comprender mejor la distinción concernida, es ineludible, analizar y relevar que existen varios criterios para discernir entre prueba directa e indirecta, a saber:

1. Criterio que distingue conforme la naturaleza del medio empleado

Para este criterio, que atiende a la naturaleza del medio empleado (histórico y no histórico), serían directas las denominadas pruebas históricas (testimonios, peritos, documentos), pues se dice que estas exponen directamente el hecho que se quiere probar. Sin embargo, pese a esta categorización, se ha señalado que “[t]al afirmación resulta incorrecta, pues la distinción

²⁸ DEI VECCHI, (2018), p. 727.

de prueba directa y prueba indirecta es más bien de carácter funcional y relacional, es decir, no se basa en ningún aspecto que pueda ser considerado ‘inherente’ a la naturaleza de las pruebas, sino que depende más bien de la conexión entre las pruebas y los hechos litigiosos. En consecuencia, un medio de prueba no puede de antemano ser considerado como prueba directa o indirecta [...] todo dependerá de si ésta tiene por objeto el ‘hecho a probar o hecho principal’ o por el contrario dice relación con otro hecho secundario”²⁹. Además, para relevar lo implausible de esta distinción o clasificación se ha señalado que “[d]ado el lenguaje de la jurisprudencia, parece que no es preciso el concepto y la distinción de las pruebas directas o indirectas [...]. *Pruebas directas*, según la misma, son la confesión, las declaraciones de testigos, la pericial, las inspecciones judiciales, los documentos; e *indirectas*, los indicios. Ahora bien, los indicios son, sin duda, pruebas indirectas, pero en mi opinión, las demás indicadas no son siempre y sólo directas, pues pueden muy bien no serlo. En efecto, o se refieren a una de las circunstancias *constituyentes* del delito, o bien a una de las *indiciarias*; en el primer supuesto, son pruebas directas; en el segundo, indirectas”³⁰.

2. Criterio que atiende a la percepción del juez en relación con el hecho a probar

Es necesario partir señalando que este criterio es confuso y oscuro y, por lo tanto, muy deficiente para sustentar en él la distinción. Presupone que el acento debe ponerse en la percepción del juez en cuanto al hecho a probar y denomina prueba directa a aquel procedimiento probatorio consistente en la contrastación empírica directa que realiza el juez del hecho que se prueba; es decir, en la observación inmediata del hecho al que el enunciado se refiere, en cambio, se denomina prueba indirecta al procedimiento probatorio que permite al juez llegar al hecho que se prueba a partir de la percepción de otro u otros que conducen al primero a través de un proceso inferencial³¹.

Plantea el inconveniente que no define qué es *la percepción del juez*, como si ello fuera algo preestablecido, pacífico y sin mayores disquisiciones, y además parece confundir dos sentidos distintos en que puede hablarse de

²⁹ CARNELUTTI (1982), p. 99.

³⁰ ELLERO (1994), p. 89.

³¹ Es sostenido por Carnelutti y seguido por unos cuantos autores. CARNELUTTI (1982), p. 54.

prueba directa: como constatación u observación empírica del hecho a probar y como prueba relativa al hecho principal. TARUFFO indica que, si bien CARNELUTTI en su obra *La prova civile* habla repetidamente de la expresión “percepción” y de la “percepción indirecta”, no analiza nunca el concepto de percepción, como si este fuera simple e intuitivo, limitándose a subrayar que no incluye solo la vista, sino también el tacto, el gusto y el olfato³².

3. Criterio que atiende a la necesidad de un método inferencial

Este criterio, que es igualmente incierto y oscuro, atiende a la necesidad o no de un razonamiento inferencial, lo que resulta a todas luces incorrecto, pues tanto la prueba directa como la indirecta requieren tal razonamiento, por ello no resulta acertado señalar que la prueba directa, al recaer *directamente* sobre el hecho a probar, libere al juez del razonamiento probatorio, por surgir este en forma espontánea.

Tanto la prueba indirecta como la directa exigen, en un sistema racional de valoración de la prueba, el correspondiente ejercicio inferencial, que cubra tanto la credibilidad o atendibilidad del medio de prueba como la constatación de su adherencia a la realidad empírica. Lo único que diferencia uno u otro caso es el número de pasos inferenciales en la cadena argumentativa.

4. Distinción conforme al criterio canónico

Desde el punto de vista que se ha denominado criterio canónico, que pone su atención en la relación entre la prueba (medio de prueba) y hecho principal a probar, es posible afirmar que el binomio prueba directa/prueba indirecta no pierde pertinencia, [...] porque se llama “prueba directa” a la que versa directamente sobre el hecho principal (p. ej., que Fulano fue el autor de los disparos contra Mengano). En palabras más rigurosas y autoritativas:

“La prueba podrá definirse como directa o indirecta según la relación que se establece entre el hecho a probar y el objeto de la prueba (o mejor: entre los hechos que son afirmados en las dos enunciaciones)”³³.

La más simple situación respecto de la prueba de una hipótesis sobre el hecho es aquella en la que existe un único elemento de prueba que versa

³² TARUFFO (2002), p. 454.

³³ IGARTUA (2009b), p. 494.

directamente sobre esa hipótesis, como lo sería una declaración testifical que confirma la existencia de un hecho o de un documento que lo representa: el objeto y el resultado de la prueba pueden ser expresados en una proposición que coincide, en su contenido, con la que constituye la hipótesis sobre un hecho. En este tipo de situaciones, claramente, el grado de confirmación de la prueba equivale al grado de confirmación de la hipótesis³⁴.

Entonces, existe prueba directa cuando los enunciados tienen como objeto el mismo hecho, o sea cuando la prueba versa sobre el hecho principal. Habrá, en cambio, prueba indirecta cuando no se verifica esta situación, o sea cuando el objeto de la prueba esté constituido por un hecho diferente del que debe ser probado en cuanto jurídicamente relevante para los fines de la decisión.

“Para entender mejor: el testimonio de quien ha presenciado el robo constituye una prueba directa; el testimonio de quien ha visto al imputado comprarse un pasamontañas (quizás para robar) no pasa de prueba indirecta”³⁵.

Todas estas distinciones, más que aclarar el punto, producen mayor opacidad en la distinción concernida.

Uno de los criterios –como se adelantó– es el que atiende a la necesidad de un razonamiento inferencial, que de ordinario solo se exige respecto de la prueba indirecta, estimándose que la llamada directa no requiere ningún tipo de razonamiento y que el conocimiento fluye espontáneamente del contacto directo del juez con los elementos de juicio en virtud de la inmediación.

A propósito de esta clasificación, GASCÓN señala que una de las distinciones más habituales en el discurso sobre la prueba es la que media entre prueba directa y prueba indirecta y, aunque no existe unanimidad sobre el criterio que funda esta distinción, puede decirse que la concepción “canónica” de la misma, por ser la normalmente usada por la doctrina y sobre todo por la jurisprudencia, entiende por prueba directa aquella que se identifica con la histórica y en la que el hecho a probar surge directa y espontáneamente, sin mediación alguna ni necesidad de raciocinio, del elemento de prueba y que tiene la virtualidad por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho, pues la prueba versa directamente sobre el mismo. El caso paradigmático es la testifical³⁶.

³⁴ Vid. TARUFFO (2002), pp. 257-258.

³⁵ Vid. IGARTUA (2009b), p. 494.

³⁶ GASCÓN (2009), p. 98.

Conforme a este criterio, en la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que se trae a colación, prueba indirecta, crítica, circunstancial o indiciaria, es aquella en la que el hecho que se quiere probar no surge directamente del medio o fuente de prueba, sino que se precisa del razonamiento y, además, es incapaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho.

Vinculado a lo anterior, parecería que la espontaneidad en un caso y la necesidad de razonar en el otro conlleva también una diferente calidad epistemológica y, por tanto, un diferente valor o fuerza probatoria de los resultados de ambos tipos de prueba: mayor en el primer caso, por ser en mayor medida teñida de objetividad y, por ende, de imparcialidad; menor en el segundo, porque hace entrada en ella la subjetividad del juez en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia³⁷.

Es posible reafirmar que este criterio es, sin embargo, errado y confuso, pues ambos tipos de prueba –directa e indirecta– requieren la realización de un ejercicio inferencial, por cuanto “en mayor o menor grado, todas las pruebas son ‘indiciarias’ pese a que se restrinja ese calificativo para designar a las pruebas ‘indirectas’ (que, ciertamente, lo son y por partida doble: sirve de indicio para probar un hecho secundario, y el hecho secundario se erige después en indicio para probar el hecho principal)”³⁸. No existen, entonces, diferencias ontológicas entre prueba directa y prueba indirecta, como si fueran de distinta naturaleza y de diferente fuerza probatoria, sino que apuntan a objetivos diversos; la primera al hecho principal y la segunda a un hecho secundario.

Otro error frecuente que se produce en torno a esta división –entre prueba directa y prueba indirecta– es aquel que asigna mayor valor de corroboración a las pruebas de carácter personal, como los testigos, los peritos o la víctima, pues se suele operar en la creencia de que cuando el juez oye “directamente” y con inmediación al testigo, víctima o perito, está exento de realizar todo tipo de inferencias –ya sea que declaren sobre hechos principales o secundarios– y que la información proporcionada por esta clase de elementos de juicio ingresa a formar convicción, sin necesidad de procesar la información aportada. Estas ideas “se basan en la creencia

³⁷ Ídem.

³⁸ IGARTUA (2009b), p. 495.

de que el juez podría, durante la declaración, y con base en su experiencia, analizar circunstancias subjetivas (forma de hablar, grado de confianza, postura durante la declaración, etc.), que serían muy importantes para saber si el sujeto está o no mintiendo”³⁹.

Sin embargo, como se indicó, el razonamiento inferencial es común a ambos tipos de prueba, como en el caso de la declaración de un testigo presencial de los hechos, que depende en sí misma de generalizaciones, pues los testigos filtran sus observaciones del caso en base a sus propios sesgos, prejuicios y preconcepciones⁴⁰, así, por ejemplo, que el testigo Hugo declare que vio a Paco golpear a Luis, no prueba (directamente) nada más que Hugo dijo haber visto a Paco golpear a Luis, pero no que esto realmente ocurriera, es decir, prueba directamente que el testigo dijo lo que dijo y esto es algo que los jueces pueden constatar producto de la inmediación por sus propios sentidos. A partir de esa información (de ese elemento de juicio) podremos considerar confirmado el otro enunciado –que Paco golpeó a Luis–, pero es necesario que la declaración del testigo Hugo pueda ser aceptada como creíble y la credibilidad del testigo –que Hugo no ha mentado, ni que ha tenido errores de percepción o de memoria– es, desde el punto de vista justificativo, el resultado de un proceso racional de una inferencia o de varias inferencias, que son también las que deben estar presentes en el caso de la prueba indiciaria⁴¹.

Se señala que la prueba directa, y es obvio, por lo que se viene analizando, requiere necesariamente alguna inferencia para acreditar la atendibilidad del elemento de prueba que nos transporta al hecho principal. La prueba indirecta demanda, en cambio, inferencias en mayor número: primero, las exigencias para testear la fiabilidad de los medios de prueba que conducen a la prueba del hecho secundario y, luego, las imprescindibles para enlazar el hecho secundario con el hecho principal.

Así, podríamos responder que no existe diferencia entre un tipo de prueba u otro; la única diferencia que pudiera existir es el número de pasos inferenciales entre los elementos de juicio y la confirmación del enunciado

³⁹ DE PAULA RAMOS (2019), p. 61.

⁴⁰ LARROUCAU (2012), p. 793.

⁴¹ Aceptar la premisa probatoria (Zutano dice que “p”) implica, siempre y en todo caso, un haz de inferencias sobre la sinceridad del testigo, sobre la calidad de sus percepciones y sobre su memoria, por lo que también en las pruebas directas las inferencias adquieren un protagonismo decisivo. IGARTUA (2009b), p. 495.

o la hipótesis. Es falso, entonces, cualquier conclusión que establezca que la llamada prueba directa no requiere de razonamiento alguno, como que la denominada prueba indirecta sea incapaz por sí sola de fundar la convicción judicial, ambas demandan razonamiento del adjudicador en menos o más pasos inferenciales y, por cierto, la supuesta espontaneidad y la necesidad de razonar no mutan la calidad epistemológica de una u otra, ni por cierto su valor o fuerza probatoria.

VI. QUINTA PREGUNTA:

¿CUÁL ES EL REAL APOORTE DE LA INMEDIACIÓN?

LA INMEDIACIÓN Y SU EQUILIBRIO

Esta tendencia a sobredimensionar el papel que le cabe a la inmediación en el sistema racional u objetivo de valoración probatoria es posible de comprender, prioritariamente, por la confusión presente en la doctrina, y especialmente en la jurisprudencia⁴², de los contextos de descubrimiento y de justificación.

Los tribunales, al valorar con inmediación, se comportan como si este proceso se situara en el fuero interno del adjudicador, en un plano inexpugnable, pues al “entrar” en contacto directo con la prueba adquieren de forma automática el conocimiento que el elemento de juicio les aportaría, quedando así exentos tanto de racionalizar la información como de motivar las inferencias de ella extraídas. Pues bien, postulamos, con sustento doctrinario suficiente, que esta errada concepción tiene su justificación en la confusión de que se ha dado cuenta.

Para explicar esta afirmación, podríamos simplificar las cosas y partir por señalar que el contexto de descubrimiento implica la forma cómo el juez razona o investiga para llegar a una cierta conclusión, y que el contexto de justificación se refiere a la corrección de ese razonamiento que lo llevó a determinada conclusión. La distinción entre los contextos anotados no es propia de la filosofía del derecho⁴³. Esta disciplina la tomó de la teoría de la ciencia de corte neopositivista. En tal disciplina “se suele distinguir (cfr. Reichennbach, 1951) entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las teorías científicas. Así, por un lado, está la actividad

⁴² *Vid.* ARAYA (2018), pp. 104-109 y 259 y ss.

⁴³ ATIENZA (2006), pp. 31-32.

consistente en descubrir o enunciar una teoría que, según opinión generalizada, no es susceptible de un análisis de tipo lógico, lo único que cabe aquí es mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico, lo que constituye una tarea que compete al sociólogo y al historiador de la ciencia. Pero, por otro lado, está el procedimiento consistente en justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez; esta última requiere un análisis de tipo lógico (aunque no sólo lógico) y se rige por las reglas del método científico (que, por tanto, no se aplican en el contexto de descubrimiento). La distinción se puede trasladar también al campo de la argumentación en general, y al de la argumentación jurídica en particular”⁴⁴.

Esta distinción tiene ya cierta tradición entre los filósofos del derecho que, a contar de la década de los sesenta, comenzaron a tomarla del lenguaje de la filosofía de la ciencia.

“En este último terreno esa distinción había sido desarrollada años antes con el fin de circunscribir y caracterizar el ámbito operativo de la epistemología y diferenciarlo del objeto propio de la psicología o filosofía del conocimiento”⁴⁵.

Para intentar clarificar los conceptos concernidos, es útil recurrir a la conceptualización que de estos planos nos proporciona GONZÁLEZ LAGIER, quien afirma que, de acuerdo con esta distinción, una cosa es el conjunto de operaciones que realizamos para descubrir o formular una hipótesis (contexto de descubrimiento) y otra el conjunto de operaciones que realizamos para validarla, justificarla o mostrarla como correcta (contexto de justificación o validación)⁴⁶.

TARUFFO por su parte indica que el análisis estructural del razonamiento del juez debe partir, necesariamente, de la individuación de la función típica de dicho razonamiento. Así, mientras que la estructura del razonamiento decisorio está condicionada por el hecho de que la finalidad que este persigue es alcanzar la decisión, la estructura de la motivación está condicionada por el hecho de que esta se encamina a justificar la decisión. Distingue consecuentemente entre *context of discovery* y *context of justification*, entendiendo con el primer término el procedimiento que conduce a formular una determinada

⁴⁴ ATIENZA (2006), pp. 31-32.

⁴⁵ *Vid.* ACCATINO (2002), pp. 9-25, y (2005), p. 148.

⁴⁶ GONZÁLEZ LAGIER (2003), p. 45.

solución de un problema, y, con el segundo, el procedimiento encaminado a demostrar, justificándola, la validez de dicha solución⁴⁷.

La diferenciación entre ambos contextos –como se ha esbozado– ha traído aparejado el planteamiento de que no cabe una “lógica del descubrimiento” –y consecuentemente, en el tema que nos ocupa, que no es posible el control de logicidad de este momento–, por lo que no sería posible la existencia de pautas racionales que guíen nuestros procesos de invención de hipótesis⁴⁸. Es importante relevar que esta distinción no excluye que, de hecho, haya coincidencias o interferencias entre los dos procedimientos, pero estas no eliminan la distinción.

1. Los planos de descubrimiento y justificación y la motivación; entre la actividad y el discurso

La distinción de que nos hacemos cargo permite analizar la motivación como un ejemplo particular de *context of justification*, que es autónomo del *context of discovery* representado por el procedimiento decisorio, aunque no deben ser infravalorados los vínculos que pueden existir entre los dos tipos de razonamiento⁴⁹.

Los planos de que nos ocupamos son disímiles no solo desde un punto de vista estructural, sino también fenomenológico, pues el contexto de descubrimiento es una *actividad* y el de justificación es un *discurso* que ni siquiera es el resultado de dicha actividad⁵⁰. Entonces, la forma de comprender esta distinción está imbricada con la manera de entender la motivación, a saber: como actividad o como el resultado de la misma. La primera “motivación-actividad” sería el procedimiento mental que ha con-

⁴⁷ TARUFFO (2011), p. 206.

⁴⁸ Se dice que las objeciones de los realistas americanos afectan al contexto de descubrimiento, pero no muestran que sea imposible la justificación (aunque sea *a posteriori*) de las decisiones judiciales. Incluso se ha afirmado: “tensado el argumento: qué más nos da que el juez condene a un individuo movido por el afecto/desafecto si, después, logra motivar su decisión con razones inapelables. La distinción se usa, por tanto, para rechazar la tesis de que la motivación deba consistir en la explicitación del *iter* mental del juez. Motivar –se dice– es justificar, y justificar es distinto de mostrar cómo hemos llegado de descubrir una hipótesis a tomar una decisión”. Vid. GONZÁLEZ LAGIER (2003), p. 46.

⁴⁹ TARUFFO (2011), p. 207.

⁵⁰ Vid. TARUFFO (2011), p. 208.

ducido al juez al formular como verdadero un enunciado sobre los hechos y que versa sobre el contexto de descubrimiento, y, a la segunda, “motivación-documento”, que es el conjunto de enunciados del discurso judicial (o el documento en que se plasman), en los que se aportan las razones que permiten aceptar otros enunciados fácticos como verdaderos y versa sobre el contexto de justificación⁵¹.

Algunos entienden la “motivación-documento” en el sentido de que ella no guarda ni tiene que guardar ninguna relación con el proceso mental que ha llevado al juez a tomar la decisión, porque este procedimiento no es racional o, siéndolo, es de una racionalidad distinta. En esta aproximación, la motivación es entendida como una ficción o, a lo sumo, como una racionalización *a posteriori* de la decisión. CALAMANDREI lo grafica como “hipocresía formal”, indicando que “[l]as disposiciones de las leyes procesales que hemos recordado con anterioridad pueden hacernos pensar que la motivación es un expediente de hipocresía formal establecido, por así decirlo, para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la injusticia⁵².

La posición contraria –también extrema– entiende que la motivación-documento ha de ser un fiel reflejo de la motivación-actividad, y se alcanza cuando se hace explícito el *iter* mental que ha conducido al juez a adoptar la decisión, sea cual fuere el tipo de racionalidad de este *iter* o la ausencia de toda racionalidad.

La tesis que no repara suficientemente en la distinción entre descubrimiento y justificación es la llamada *concepción mentalista o psicologista* de la motivación, que expresa la posición de quienes entienden que motivar consiste en hacer explícito el proceso mental que ha llevado a la decisión, en realizar en definitiva un ejercicio de sinceridad⁵³, pareciendo ajustarse esta manera de entender la motivación y los contextos analizados, a los rasgos característicos de la concepción irracional o subjetiva de la valoración probatoria.

Los que sustentan esta postura continúan estimando imposible la motivación de la *quaestio facti*, pues consideran que es imposible o muy difícil

⁵¹ Vid. GASCÓN (2004), p. 206.

⁵² CALAMANDREI (1960), p. 124.

⁵³ GASCÓN (2000), p. 629.

la explicitación del proceso mental que ha llevado a la decisión; por lo mismo, refieren que en el caso de los tribunales colegiados, como ocurre con nuestros tribunales de juicio oral en lo penal, es imposible una motivación detallada, pues los diversos miembros del tribunal habrán de *descubrir* la conclusión, eventualmente de diversas formas, lo que da cuenta del error conceptual de asimilar la motivación a la reproducción del *iter* mental del juez de los hechos.

No debe existir, en consecuencia, una absoluta identificación de la motivación como discurso o documento, con la actividad que consiste en “descubrir” un enunciado fáctico, pero tampoco pueden resultar escindidos, pues siempre existirán elementos irracionales en el razonamiento probatorio del juez, pero no podrá servirse de ellos “sino es haciéndolos pasar por el tamiz de la justificación racional, pero el juez, al menos en un modelo cognoscitivistista tampoco puede descubrir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar honesta o coherentemente mediante unos mismos patrones de racionalidad; y para ello deberá hacer uso de tales patrones en el propio proceso de averiguación de la verdad”⁵⁴.

2. La inmediatez y los planos de descubrimiento y de justificación

Todo este esfuerzo realizado a fin de entender el proceso de razonamiento judicial y la distinción entre los contextos ya anotados no es baladí y cobra realce si se le conecta con la inmediatez –la intervención personal y directa del juez en la práctica de la prueba–, pues, como se ha señalado, se suele sostener que las impresiones recibidas por el juez no pueden ser comunicadas, con lo cual la inmediatez se transforma en una barrera para el despliegue de la exigencia de motivación.

Esta distinción parece no estar clara en el razonamiento de los tribunales de nulidad, los cuales se escudan en la inmediatez para no controlar el establecimiento de los hechos, pues se tiende a identificar el proceso intelectual del juez de fondo por el cual toma la decisión o –en los términos aludidos con precedencia–, *descubre una hipótesis* y aquel por el cual aporta buenas razones para mantener dicha hipótesis –o *motiva su decisión*–. Se estima, entonces –erradamente–, que la fundamentación/motivación corresponde al primer contexto, es decir, se le identifica con lo que sucede en el fuero

⁵⁴ GASCÓN (2000), p. 630.

interno, en el ámbito de lo inefable, normalmente producto de impresiones heurísticas extraídas de los medios de prueba percibidos con inmediatez por los jueces del tribunal oral. Consecuencia de lo anterior es la creencia de que en ello se agota la labor de motivación, es decir, dar cuenta que se apreciaron los medios de prueba y cuál fue el contenido de esa apreciación, sin la elaboración de las necesarias *inferencias probatorias empíricas* y que, por lo tanto, tales impresiones escapan al control que pueden hacer los tribunales a través del recurso de nulidad, concepción que se deja ver en el uso de términos tales como: “soberano”, “íntimo” “exclusivo”, “privativo y excluyente”, “inexpugnable”, “convicción”, etc., y que se suelen invocar como freno a la actividad de censura.

En una sentencia de reciente factura, graficando la crítica plasmada en estas reflexiones, se ha pronunciado la corte en los siguientes términos:

“[E]l vicio propuesto por el recurrente lo es con relación a la ponderación de la prueba, potestad jurisdiccional que el ordenamiento procesal vigente le ha conferido a los jueces del grado en forma privativa y excluyente, y esta Corte no podrá inmiscuirse en el razonamiento empleado por estos [los jueces de fondo], en el presente pleito, para arribar a sus conclusiones, bastando con que la sentencia haya apreciado la prueba y razonado para alcanzar sus convicciones en los términos establecidos por el artículo 297 del Código Procesal Penal, no vislumbrándose en el presente caso que se haya infringido la mencionada norma”⁵⁵.

Es válido sostener que el contacto directo con las pruebas —entendiéndose por tal que todo el material probatorio que será objeto del juicio oral se practique en presencia del juez— proporciona a este elementos de indudable *valor heurístico*, al igual que para quien interroga o contrainterroga, tales como el lenguaje gestual, las inflexiones de la voz, la seguridad al expresarse de los testigos o peritos, pero la identificación de la valoración de la prueba con la convicción que puede surgir en el adjudicador de aquel contacto implica plasmar la confusión entre ambos planos, pues, como señalamos, en el contexto de descubrimiento quedan reservadas aquellas impresiones, los elementos psicológicos o emotivos, no (enteramente) susceptibles de racionalización. En tanto, es algo totalmente distinto, el contenido del segundo de los planos, ya que este se conforma con aquello que sirve para justificar cognoscitivamente una determinada decisión sobre la prueba.

⁵⁵ Francisco Sebastián Ojeda Unquén, Rol N° 484-2020.

Perfecto ANDRÉS señala que un buen ejemplo de esta confusión o la falta de la conciencia necesaria puede verse en la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo N° 813/1993, de 7 de abril, en la que se lee:

“El ánimo homicida, o animus necandi, se ha de sustentar en un juicio de valor, juicio de inferencia propiamente dicho, para deducir racional y lógicamente, nunca de manera arbitraria, esa intención, deseo o dolo que en lo más profundo del alma humana se esconde habitualmente, para conocer el cual [...] los jueces han de actuar en funciones propias de psicoanálisis”⁵⁶.

De esta manera, la inmediatez —en su versión amplificada— sometería al juez a una serie de factores emocionales e irracionales sobre los que no podrá fundar la decisión de tener por probada determinada conclusión fáctica, por no ser posible de ser explicitado y controlado, tornándose así en una excusa para no justificar. La errada forma de entender la inmediatez parte, sin lugar a dudas, de ignorar la diferenciación entre los conceptos de descubrimiento y de justificación. Por lo anterior, es frecuente escuchar en el ámbito judicial expresiones cotidianas, pero que son un reflejo de esta confusión, tales como “*le creí a la víctima, pues sus ojos claramente dicen la verdad*” o que “*el testigo es veraz, pues su postura y presentación refleja que es un hombre de bien*” o finalmente “*el imputado es muy probablemente culpable, pues su mirada es fría y casi nunca levantó la cabeza*”.

Si impresiones como estas, a la hora de decidir, inclinan la balanza por una u otra alternativa, sin mayor fundamento que frases hechas o argumentos de fachada, sin lugar a dudas el sistema de libre valoración racional está lejos de ser comprendido y aplicado correctamente, infiltrándose así, en el razonamiento probatorio efectuado al alero del sistema de la inferencia inductiva, rasgos o elementos propios del sistema irracional o subjetivo de valoración.

Si no puede el juez explicar cognoscitivamente por qué ha dado valor a una declaración en desmedro de otra, o simplemente por qué no ha creído o, al contrario, dado valor de corroboración a determinado testigo, está escuchándose en la inmediatez, claramente mal entendida, para no cumplir con su imperativo de justificar y explicitar cómo alcanzó determinada conclusión probatoria y, por ende, confundiendo el ámbito en que operaran cada uno de los planos que se han reseñado e impidiendo el consecuente control.

⁵⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ (2003a), p. 60.

Solo el juez de instancia está capacitado para determinar si el procesado ha respondido ‘sí’ o ‘no’; si contesta o se evade; si balbucea o responde con firmeza y seguridad; si solloza o ni se inmuta cuando es interrogado; si aduce *lapsus* de memoria ante preguntas embarazosas, y así sucesivamente. Pero ahí concluyen los beneficios de la intermediación. Lo que el juez infiera a partir del contacto directo con las pruebas pertenece ya a la esfera de la razón (no de la percepción). Por ejemplo, si, en el juicio oral, el acusado se desdice de lo declarado anteriormente en la instrucción, el juez deberá ponderar esas dos declaraciones en base a máximas de experiencia. Ahora bien, juzgar sobre la *idoneidad* y la *correcta aplicación* de las citadas máximas está al alcance incluso de quienes no han asistido a la vista⁵⁷.

Lo concerniente a las pruebas personales y, en especial, al tratamiento de la prueba testimonial, según Perfecto ANDRÉS⁵⁸, desde la óptica que nos mantiene ocupados, requiere de dos enjuiciamientos: uno acerca de la credibilidad del testigo, para saber si lo declarado es lo que realmente conoce y si su testimonio es, por tanto, atendible. Y otro relativo a la calidad informativa de los datos transmitidos, o sea, a su adherencia a la realidad empírica, añadiendo que, en lo relativo a la valoración de la credibilidad del testigo, suele operarse con el tópico de que la materia pertenece básicamente al campo de la intuición; es función de un *sexto sentido*, que permite captar en clave, obviamente no técnica, esos matices propios del lenguaje gestual que el juez percibe desde la privilegiada posición que la intermediación propicia y que, por ello, solo él podría apreciar.

Sin embargo, puede afirmarse que, aun tratándose de la obtención y valoración de la información relativa a la credibilidad del testigo, ello no debiera diferenciarse de la línea de enjuiciamiento que se refiere a la calidad informativa, ambos aspectos deben estar sustentados en *inferencias probatorias epistémicas*, cuya justificación externa se ajuste a los patrones formales de corrección, esto es, se deriven lógicamente o necesariamente de las premisas y cuya justificación interna se sustente en premisas epistémicamente robustas, todo lo cual deberá ser explicitado en la motivación a fin de propiciar un adecuado control intersubjetivo. Los elementos integrantes de la puesta en escena adoptada por el testigo (la palidez, el rubor, la seguridad o las dudas, y tantos otros) son procesados de la misma manera que cualquiera de los datos

⁵⁷ Vid. IGARTUA (1994), p. 156.

⁵⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ (2003a), pp. 62-63, y *vid.* (2003b), p. 58.

tomados de la realidad empírica. Esto es, tratados conforme a las máximas de experiencia a las que se atribuye aptitud para asociar deductivamente a aquellos alguna conclusión. La única diferencia es que, al proceder así en este campo –sobre todo si falta conciencia clara del método y se piensa que la cuestión es más bien de olfato–, se opera del mismo modo que en el curso habitual de la vida de relación, cuando se forma criterio sobre las personas⁵⁹.

Efectivamente, si bien puede predicarse que en virtud de la inmediación el tribunal está en una mejor posición para fiscalizar la veracidad de las declaraciones y que las partes están también en una posición privilegiada para evidenciar falsedades o animadversiones, con todo ha de considerarse también que la apreciación que realiza el tribunal no es neutra, pues está cargada de emotividad, juicios, prejuicios o preconcepciones⁶⁰, que, de no mediar la obligación de explicitar el razonamiento de forma intersubjetiva, permanecerán en lo más profundo del fuero interno de quien es obligado a decidir.

Por otra parte, debemos recordar que el juez no tiene la percepción directa del hecho a probar; lo que tiene es la percepción directa e inmediata del elemento de prueba que permite formar su juicio en orden a cómo ha ocurrido un determinado hecho, pudiendo producirse en la percepción de dichos elementos distorsión en la información por ellos aportada, en especial la de los medios personales (testigos, víctima, peritos), cuya percepción de los hechos es un tipo de experiencia abierto a la ambigüedad y al error, pues se señala que “...el problema está ya en la captación de los datos fácticos, esto es, antes aún de entrar en las cuestiones de valoración [...] pues, mientras la literatura jurisprudencial, en el caso de las pruebas personales, habla de la percepción como un fenómeno lineal que se produce casi por contacto como efecto mecánico de la inmediación, los expertos en psicología del testimonio presentan un universo problemático donde los haya, invirtiendo realmente el planteamiento [...] el recuerdo defectuoso no es la excepción sino la regla”⁶¹.

⁵⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ (2003a), p. 63.

⁶⁰ Es aquí, por ejemplo, por donde se infiltran en mayor medida los prejuicios de género. *Vid.* ARAYA (2020), pp. 46 y ss.

⁶¹ ANDRÉS IBÁÑEZ (2003a), p. 61. Es muy clarificador el incidente relatado por este autor referente al “atizador de Wittgenstein”, sobre el que señala: “Aludo al famoso encuentro de Popper y Wittgenstein, producido en el King’s College, de Cambridge, el 25 de octubre de

Finalmente a propósito de contestar la última pregunta de este tránsito, sobre el real aporte de la intermediación, los elementos irracionales que el juez pueda obtener del contacto directo con la prueba, poseen la virtualidad de proveerle de impresiones de gran valor *heurístico*, destinadas, por ejemplo, a formular hipótesis sobre los hechos del caso, pero dado que el juez no aprecia directamente los referidos hechos, en rigor, no estuvo en el sitio del suceso en el momento que estos ocurrieron, y solo tiene la percepción directa e inmediata del elemento de prueba, debe necesariamente racionalizar esas impresiones y someterlas a las obligadas *inferencias probatorias epistémicas*, explicitándolas a través del vehículo que la motivación le provee.

VII. CONCLUSIONES

Las reflexiones anteriores nos permiten, en primer término, ubicar correctamente el principio de intermediación en el mapa que, con auxilio de la estructura del sistema racional de valoración probatoria, hemos trazado. La intermediación constituye, de este modo, uno de sus pilares fundamentales, que no puede ser examinado en forma aislada, sino en concurso e interrelación con los demás elementos, a saber: con el sistema de corroboración de hipótesis; la exigencia de motivación y el control de la decisión por medio de los recursos que las legislaciones provean, en nuestro caso, el recurso de nulidad. De ello fluye que la intermediación no es un método autónomo de valoración probatoria, sino únicamente una técnica para la formación de la

1946, con ocasión de la conferencia organizada por la sociedad de Ciencias Morales de la Universidad: Popper, como conferenciante sostenía la existencia de verdaderos problemas filosóficos, Wittgenstein –que tenía en la mano el atizador de la chimenea, encendida– negaba que fueran tales problemas y no enredos o meras cuestiones de lenguaje por aclarar. Pues bien, el estado y el uso de ese instrumento por el filósofo, en el calor de la discusión (si estaba o no al rojo, si gesticulaba con él, alzándolo amenazadoramente, o lo empleaba para recalcar sus palabras, jugueteando, si, al concluir su intervención salió de forma brusca o sosegada...) son cuestiones sobre las que no ha sido posible hacer la luz, a partir de las versiones de lo sucedido ofrecidas por los presentes, entre los que se encontraban observadores tan cualificados como Rusell o Toulmin, por poner sólo dos ejemplos”. Ídem. Es lo que hace decir a Edmonds y a Eidinow: “Resultaba fascinante e irónico que los testimonios, contradictorios entre sí, procedieran de personas que por profesión se ocupan de teorías epistemológicas, acerca de las bases del conocimiento, de cómo se comprenden las cosas y de qué es la verdad. Con todo, se trataba del desarrollo de unos sucesos sobre los que los testigos presenciales se mostraban en desacuerdo respecto a cuestiones cruciales relativas a los hechos en sí, no a su interpretación”. EDMONDS y EIDINOW (2001), p. 15.

prueba o, si se quiere, una garantía instrumental preordenada a hacer efectivos otros principios, como son, entre otros, la libre valoración probatoria.

La intermediación así entendida no produce conocimiento mágico o extático, que fluya del solo contacto, por el juez de los hechos, con el medio de prueba y que de esta manera permanezca inmune a la exigencia epistemológica de realizar las ineludibles inferencias probatorias empíricas, en los dos niveles de análisis a que debe sujetarse la valoración de todo elemento de juicio, es decir, la individual que debe recaer sobre la credibilidad o atendibilidad del medio de prueba y la valoración de conjunto, que permite calibrar la corroboración que ofrecen todas las evidencias a las hipótesis en competencia. Debe descartarse, sin más, la tesis que sostiene que de la prueba recibida con intermediación se obtiene información que excluye todo diálogo intersubjetivo y, por ende, el control por un órgano distinto de aquel que pronunció la declaración de hechos probados. Para clarificar lo anterior, nos parece que ha resultado propicio el análisis realizado de la opaca distinción entre prueba directa y prueba indirecta, y la necesaria conclusión que no existen diferencias ontológicas entre ellas.

La imbricación que existe entre intermediación y motivación es crucial para el estudio realizado, el que pone el acento en la distinción entre los planos de descubrimiento y justificación y la tendencia que existe en identificar la obligación de motivar con la actividad que consiste en dar cuenta del *iter* mental o psicológico del juez que lo ha llevado a determinada conclusión sobre los hechos, lo que se conecta, igualmente, con la errada y amplificada concepción de la intermediación. Nuestro Código Procesal Penal impone altas exigencias a los jueces y juezas a la hora de motivar la decisión a la cual han arribado, en lo que a la premisa fáctica importa. Es por ello que la intermediación debe ser comprendida en su justa dimensión —como técnica al servicio de la producción y valoración probatoria— y no como un escudo que impide el debido escrutinio del establecimiento de los hechos.

Entonces, si la intermediación exige, por una parte, la “presencia” ininterrumpida de todos los sujetos procesales, entre ellos el juez de los hechos, durante todo el desarrollo del juicio oral, y, por la otra, que el juez que recibió directamente la prueba sea el mismo que dicte sentencia, la que debe fundarse en dichos elementos de juicio y no en otros no rendidos en su presencia o en su conocimiento privado, no se vislumbra la pretendida afectación a la intermediación que se reclama en estrados por estos días, pues dichas exigencias se cumplen a cabalidad a través de las audiencias realizadas

por *videoconferencias bidireccionales sincrónicas*, las que permiten el despliegue del contradictorio y la apreciación de la prueba en los términos ya anotados.

Dijimos al inicio de este ensayo que nuestros esfuerzos se centrarían en algunas de las objeciones que se formulan al despliegue de la intermediación a través de audiencias virtuales. Creemos habernos hecho cargo de muchos de estos reparos, no obstante ello la única arista que a través de la interpretación de que hemos dado cuenta no ha resultado del todo cubierta es aquella que, mediante la exigencia de la presencia de los sujetos procesales en el juicio oral, permite la comunicación *in situ*, inmediata y fluida del abogado y su representado a los efectos de tomar rápidas decisiones estratégicas en el marco de la litigación. Para subsanar esta eventual afectación al derecho a defensa, cuya concreción debe ser examinada a la luz de las garantías efectivamente conculcadas, es necesario proveer mecanismos a fin de que el abogado defensor y su representado se encuentren “físicamente” en un mismo lugar, pero para ello no es necesario que, manteniéndose las condiciones de emergencia sanitaria, sea todo el tribunal el que deba trasladarse allí. No obstante lo anterior, la realización de juicios por videoconferencias no afecta a la intermediación en sus otras aristas, en la sana interpretación que hemos propuesto, más allá de lo que puede ser afectada en la *conexión viva tridimensional*.

Finalmente, solo cabe agregar que la forma de realización de las audiencias de juicios orales reconocen sustento normativo en el cambio legislativo sufrido por el artículo 329 del Código Procesal Penal, en noviembre de 2005, que permitió la declaración por sistema de videoconferencia sincrónica y bidireccional, bajo los requisitos y en los casos que regula, pero que al ser extendido a otras hipótesis, permite concluir que no conculca la garantía o principio de intermediación correctamente entendido, según se ha plasmado en este estudio, o al menos como dijimos, no más que cuando se verifica el juzgamiento en modo presencial.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO SCAGIOTTI, Daniela (2002): “Notas sobre la aplicación de la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial”, en *Revista de Derecho UACH*, vol. XIII.
- (2005): *La motivación de las sentencias. Genealogía y teoría*. Tesis Universidad de Granada. Disponible en <<http://hera.ugr.es/tesisugr/15837889.pdf>>.

- (2010): “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios y su control a través del recurso de nulidad”, en ACCATINO, Daniela (ed.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (Santiago, Editorial LegalPublishing).
- ALLENDE SÁNCHEZ, Fernando (2019): “Concepción racional del principio de inmediación en segunda instancia. Una cuestión de compatibilidad y respeto a los derechos fundamentales”, en ARAYA, Marcela *et al.* (coords.), *Reflexiones sobre la prueba judicial. En homenaje al profesor Manuel Miranda Estrampes* (Santiago, Editorial Librotecnia).
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2003a): “Sobre el valor de la inmediación. (Una aproximación crítica)”, en revista *Jueces para la Democracia* N° 46. Disponible en <<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2003/03/revista-46-marzo-2003.pdf>>.
- (2003b): “Sobre prueba y proceso penal”, en revista *Doxa. Discusiones* N° 3. Disponible en <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb2896>>.
- ARAYA NOVOA, Marcela (2020): “Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal”, en *Revista de Estudios de la Justicia* (Universidad de Chile) N° 32. Disponible en DOI: 10.5354/0718-4735.2020.56915.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2006): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (Lima, Palestra).
- CALAMANDREI, Piero (1960): *Proceso y democracia* (traducción de Héctor Fix Zamudio), (Buenos Aires, Ejea).
- CARNELUTTI, Francesco (1982): *La prueba civil* (traducción de Niceto Alcalá Zamora), (Buenos Aires, Depalma).
- CERRATO, Elisabet y PICÓ I JUNOT, Joan (2008): “El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia”, en CARPI, Federico y ORTTELLS RAMOS, Manuel (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Coloquio de la Asociación Nacional de Derecho Procesal. Disponible en <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp7pic.pdf>>.
- DEI VECCHI, Diego (2018): “La apelación por errores en la valoración de la prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, vol. 51, N° 153.

- Disponible en <<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v51n153/2448-4873-bmdc-51-153-711.pdf>>.
- DE PAULA RAMOS, Vitor (2019): *La prueba testifical* (Madrid, Marcial Pons).
- EDMONDS, David y EIDINOW, John (2001): *El atizador de Wittgenstein. Una jugada incompleta* (traducción de María Morrás), (Barcelona, Península).
- ELLERO, Pietro (1994): *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal* (Buenos Aires, El Foro).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2000): “La racionalidad en la prueba”, en *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), N° 45.
- (2003): “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo”, en revista *Doxa, Discusiones* N° 3. Disponible en <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcf919>>.
 - (2004): *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
 - (2009): “La motivación de la prueba”, en ORTEGA, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico* (Lima, Ara Editores).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003): “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, en *Revista Jueces para la Democracia* N° 47. Disponible en <<http://www.jueces-democracia.es/wp-content/uploads/2003/07/revista-47-julio-2003.pdf>>.
- (2005): *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Bogotá, Temis).
 - (2018): “Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba”, en BENFELD, Johann y LARROUCAU, Jorge (eds.), *La sana crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- HERRERA ABIÁN, Rosario (2006): *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)* (Granada, Comares).
- IACOVELLO, Francesco (1997). *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in casazione* (Milán, Guiffré Editore).
- IGARTUA SALAVAERRIA, Juan (1994): *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal* (Valencia, Tirant lo Blanch).

- (2009a): *El razonamiento en las resoluciones judiciales* (Lima, Palestra).
 - (2009b): “Los indicios tomados en serio”, en ORTEGA, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico* (Lima, Ara Editores).
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2012): “Hacia un estándar de prueba civil”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3. Disponible en <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v39n3/art08.pdf>>.
- TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos* (traducción de Jordi Ferrer), (Madrid, Marcial Pons).
- (2011): *La motivación de la sentencia civil* (traducción de Lorenzo Córdova), (Madrid, Marcial Pons).
- WALTER, Gerhard (1985): *Libre apreciación de la prueba* (Bogotá, Temis).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Ministerio Público con Francisco Sebastián Ojeda Unquén* (2020): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 27 de julio de 2020 (recurso de nulidad). Buscador de jurisprudencia poder judicial.
- Ministerio Público con Jaime Figueroa Durán* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de julio de 2017 (recurso de nulidad). Buscador Thomson Reuters, cita *online* CL/JUR/4786/2017.
- Ministerio Público con Jorge Antonio Ambrosetti Kramer* (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 21 de octubre de 2016 (recurso de nulidad). Buscador Thomson Reuters, cita *online* CL/JUR/8023/2016.
- Ministerio Público con S.A.A.D y D.A.A.D* (2013): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 4 de noviembre de 2013 (recurso de nulidad). Buscador de jurisprudencia del Poder Judicial.
- Ministerio Público con Cruces Lefhuala, Juan Perfecto* (2009): Corte de Apelaciones de Valdivia, de 5 de enero de 2010 (recurso de nulidad). Buscador Thomson Reuters, cita *online* CL/JUR/80/2010.