

EZURMENDIA, Jesús; GONZALEZ, María de los Ángeles; VALENZUELA, Jonatan:
“Incertidumbre probatoria por exceso: El manejo masivo de datos y la inclusión probatoria
en el proceso penal chileno”.

Polít. Crim. Vol. 17 N° 34 (Diciembre 2022), Art. 8, pp. 635-650.
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2022/12/Vol17N34A8.pdf>]

Incertidumbre probatoria por exceso: El manejo masivo de datos y la inclusión probatoria en el proceso penal chileno

Evidential uncertainty by excess: Massive management of data and the introduction of evidence in the Chilean criminal justice system

Jesús Ezurmendia Álvarez

Profesor Asistente Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile
Doctor en Derecho, Universidad del País Vasco, LLM, Univerity College of London

jezurmendia@derecho.uchile.cl
<https://orcid.org/0000-0002-0616-2823>

María de los Ángeles Gonzalez Coulon

Profesora Asistente Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile
Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, Magíster en Derecho,
Universidad de Chile

magonzalez@derecho.uchile.cl
<https://orcid.org/0000-0003-4499-8960>

Jonatan Valenzuela Saldías

Profesor Asociado Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Chile
Doctor en Derecho, Universitat de Girona

jvalenzuela@derecho.uchile.cl
<https://orcid.org/0000-0002-9792-5637>

Fecha de recepción: 06/01/2022.

Fecha de aceptación: 16/05/2022.

Resumen

El trabajo se enfoca en mostrar como el principio general de inclusión en materia de prueba penal puede colapsar por exceso de información. Se sirve para ello del fenómeno del manejo masivo de datos disponible a partir de la existencia de pruebas en soporte digital. Esta circunstancia pone en jaque la idea de que entre mayor es la información, mejor será la decisión que se tome, porque la inclusión de una gran cantidad de evidencia puede provocar dificultades en el procesamiento y conocimiento de la misma diluyéndose el soporte de la hipótesis acusatoria. Debe considerarse que la producción de evidencias en este modo tiene un claro impacto en el ejercicio del derecho a defensa de los acusados. La producción masiva de pruebas digitales puede provocar un incumplimiento de las cargas probatorias de la fiscalía, generando un exceso de información.

Palabras clave: derecho probatorio, proceso penal, tratamiento masivo de datos, inclusión de la prueba.

Abstract

This article shows how the principle of general inclusion in criminal evidence can collapse due to an excess of information. To achieve this goal, this article relies on the phenomenon of the massive handling of data available from evidence in digital support. This circumstance challenges the idea that the more information there is, the better the decision to be taken. We argue that the incorporation of a large amount of evidence can cause problems in its processing and reviewing, weakening the support of the accusatory hypothesis. It should be considered that the production of evidence in this way has a clear impact on the exercise of the right to defense of the accused. The massive production of digital evidence can cause a breach of the burden of proof by the prosecution, generating an excess of information.

Keywords: evidence law, criminal justice, massive treatment of data, introduction of evidence.

1. Planteamiento del problema

La conformación del material probatorio es un ejercicio ineludible en toda decisión racional que supone la búsqueda de datos, vestigios de elementos de juicio, para confirmar una cierta proposición relativa a la realidad. En el escenario de la prueba jurídica, es una etapa que busca determinar los elementos de juicio que permiten confirmar o refutar las hipótesis de hecho en juego.¹ Lo anterior, basado en el desarrollo que se le ha otorgado al derecho a la prueba, que tiende a “(...) permitir la máxima actividad probatoria de las partes, siendo preferible el exceso en la admisión de pruebas a la postura restrictiva”,² en otras palabras, la cantidad de antecedentes o información excluida debiese ser la mínima.

El principio general de inclusión (en adelante PGI) es fundamental en una visión en la que todo dato pertinente o relevante debe, en principio, ser incluido en el subconjunto de elementos o datos probatorios que sirven de base para el desarrollo de la valoración de la prueba y para la etapa de decisión probatoria propiamente tal.³ En particular, en el proceso penal este punto de vista ha sido intensamente defendido, habida consideración de las altas exigencias probatorias que suelen asociarse a este sistema de enjuiciamiento.⁴

Así, la inclusión probatoria ha sido vista como una fase del razonamiento probatorio que debería evitar la escasez de evidencias para la valoración y decisión propiamente tal.⁵ En alguna medida, el aumento de la probabilidad de acierto de la sentencia suele vincularse a una amplia inclusión de datos o medios que deberían aumentar la probabilidad de éxito, puesto que aumentaría los niveles de conocimiento de las hipótesis de hecho.

¹ FERRER (2007), p. 41.

² PICÓ I JUNOY (2004), p. 3.

³ TARUFFO (2008), pp. 37-38.

⁴ Véase entre otros LAUDAN (2013), *passim*; VALENZUELA (2017), *passim*.

⁵ FERRER (2007), p. 38.

Sin embargo, esta intuición no ha logrado imponerse al fenómeno del *manejo masivo de datos*. Las instituciones jurídicas que delimitan el campo de la indagación probatoria enfrentan un particular desafío frente a la existencia de flujos amplísimos de datos, y de un almacenamiento y administración cada vez más sofisticados. La producción de datos hoy en día es ampliamente accesible por los litigantes y la cantidad de información que puede producirse y está disponible respecto de múltiples hipótesis de hecho, como nunca en la historia, traspasa la capacidad de manejo efectivo del procedimiento.

El cometido central de esta etapa ha sido visto como el acopio de información pensando en generar un subconjunto de evidencias que puede impactar en un error en la decisión final del procedimiento por haberse excluido una información. Así, el modo de comprensión más recurrente en torno a este principio supone que “más información” es igual a “mayor conocimiento”.⁶

La existencia de mecanismos tecnológicos para administrar información ha supuesto un cambio impresionante en la vida social que parece impactar en esta comprensión de la inclusión de evidencias. No es extraño pensar que los habitantes del planeta tengan a la mano la posibilidad de llevar adelante diversas operaciones basadas en la existencia y disponibilidad de caudales inmensos de información. La información personal, de salud, preferencias y muchas otras, se encuentran disponibles allí donde las redes sociales han permitido niveles de interacción nunca antes experimentados por la civilización y los documentos digitales parecen disponibles de maneras muchísimo más rápidas que hace cincuenta años. Recabar información aparece como una operación pensada en términos de la modernidad tecnológica, pero parece ser que nos encontramos ante una era donde el acceso a la información no es un desafío en sí mismo.⁷

El fenómeno descrito impacta en todo tipo de procesos en su etapa de inclusión probatoria, pero especialmente en el proceso penal. En ese sentido, es posible apreciar un potencial colapso de las investigaciones penales debido a que la cantidad de información disponible, al contrario de las ideas tradicionales sobre PGI, puede producir que el contexto de incertidumbre sea mayor porque surgirán más hipótesis de hecho a investigar y porque se puede tornar imposible procesar todos los antecedentes que se entreguen, al menos desde el punto de vista de la producción del conocimiento.

Lo que señalamos en el párrafo anterior, se debe a que el Ministerio Público desde su posición de dirección de la investigación, tiene disponible los mejores, mayores y más sofisticados medios tecnológicos de acceso a la información, produciéndose una especie de doble caudal de antecedentes. Así, no sólo tendrá los mejores medios para acceder a dicha información, sino que bastará con que obtenga la autorización judicial respectiva para que acceda a una cantidad inimaginable de datos de cada imputado, lo que creemos que puede tener como efecto un menor conocimiento de una determinada hipótesis si los datos que se nos presentan son excesivos.

⁶ FERRER (2007), p. 37.

⁷ Aunque por cierto el desafío parece ser el establecimiento de consideraciones de confianza en esa información.

EZURMENDIA, Jesús; GONZALEZ, María de los Ángeles; VALENZUELA, Jonatan:
“Incertidumbre probatoria por exceso: El manejo masivo de datos y la inclusión probatoria
en el proceso penal chileno”.

De esta manera, el exceso de datos puede aumentar la probabilidad de error de la decisión judicial y, en algún caso, la producción excesiva de información en realidad nos conduce a un terreno donde las hipótesis respecto a los hechos son tantas y tan variadas que finalmente parece que “sabemos menos” de la hipótesis de hecho de que se trata. Es decir, se produce el efecto contrario al atribuido de manera tradicional al PGI, ya que tantos antecedentes no permiten una mejor decisión porque las posibilidades se nos amplían y por ende, la información para cada hipótesis es menor y produce mayor confusión.

En el contexto procesal penal, la manera en que se construya la narración probatoria que constituye a la hipótesis acusatoria tiene un impacto evidente en la identidad de los hechos del juicio del que se trate.⁸ Este punto de partida (el relato de los hechos y la evidencia producida) debe encontrarse en las imputaciones realizadas por el Ministerio Público.

El análisis del material probatorio supone reconocer, como mínimo, la concurrencia de una determinada estructura para el razonamiento acerca de los hechos. Esto quiere decir, que el despliegue del análisis judicial en materia de prueba requiere un ejercicio inicial de organización. En ese sentido, la identificación de hipótesis de hecho individuales, así como la identificación de hipótesis globales, permiten diferenciar diversas operaciones que conducen a la construcción de la premisa fáctica de la sentencia. Así, la actividad probatoria en el contexto del proceso penal incluye una etapa de inclusión de pruebas, una etapa de valoración de evidencias y una etapa de decisión propiamente tal o de aplicación de un estándar de prueba.⁹

La etapa de *inclusión probatoria* está constituida por el acopio de información relevante y pertinente para el conocimiento de los hechos materia del caso en cuestión.¹⁰ Como se ha dicho anteriormente, se trata de un momento del proceso “en que la evidencia que posteriormente deberá ser valorada por el sentenciador es incorporada y depurada conforme a ciertos elementos, establecidos normativamente.”¹¹ Si bien uno podría asociar, en el proceso penal, estas etapas con ciertas audiencias, donde ciertamente la audiencia de preparación de juicio oral sería parte de este momento probatorio, éste último comienza en la denominada “etapa de investigación”, la que coincide con el ejercicio de inclusión del material probatorio para el proceso ya que lo esencial de esta etapa es la conformación de un

⁸ VALENZUELA (2017), p. 28.

⁹ FERRER (2007), p. 4; FERRER (2021), p. 22; TARUFFO (2008), p. 37. Esta estructura no se opone a una visión más general según la cual existe en el proceso penal un derecho a la prueba de contenido complejo. En este sentido, el “derecho a la prueba ha sido entendido como aquel “derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición; (...) supone que el medio probatorio admitido sea practicado; y (...) finalmente, en tercer lugar, el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y probado sea valorado por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda virtualidad y eficacia”, véase PICÓ I JUNOY (1996), pp. 21-25. En el mismo sentido PICÓ I JUNOY (2004), *passim*.

¹⁰ TARUFFO (2008), pp. 37 y 38.

¹¹ EZURMENDIA (2020), p. 103.

conjunto de datos y evidencias que deben ser funcionales al conocimiento de los hechos que serán juzgados.

Las evidencias deben servir para mejorar el conocimiento del tribunal que ha de juzgar los hechos y, en particular, debe permitir una evaluación holista del caso de manera de justificar una sentencia condenatoria y en caso de incertidumbre acerca de los hechos o de concurrencia respecto de una hipótesis de hecho alternativa incompatible con la acusatoria, debe justificarse una sentencia absolutoria.¹²

El proceso de acopio de evidencias es altamente relevante a estos efectos. En general, se considera que un subconjunto de evidencias profuso tiende a mejorar la posición epistémica del tribunal. Es decir, se sostiene que mientras más pruebas existan disponibles para la etapa de juicio mayor probabilidad de acierto tiene el tribunal. Como ha señalado recientemente Ferrer, “cuanto más rico sea el conjunto de elementos de juicio del que dispongamos para tomar la decisión, mayor probabilidad de acierto”¹³, de forma tal que es esperable, incluso incentivado, el intentar reunir el mayor caudal de información posible que pueda ser presentada ante el juzgador, ya que con ello se mejoran las expectativas de acierto en la construcción de la premisa fáctica en la decisión judicial. Este punto de partida intuitivo en torno al principio general de inclusión debe, empero, ser contrastado con la función central de la etapa de inclusión: lo que debe acopiarse son todas las evidencias disponibles de manera de mejorar esa posición epistémica del juzgador.

El manejo masivo de información a través de la tecnología ha puesto en entredicho la clásica intuición del proceso penal: en muchos casos tener *más datos* disponibles redundante, en realidad, en un empeoramiento de la posición epistémica para la decisión. La información que constituye el subconjunto de elementos que permiten el despliegue del ejercicio de valoración probatoria y posterior decisión en el mismo ámbito debe ofrecer cierto nivel de fiabilidad. Para esto es clave poder leer y conocer las evidencias disponibles.¹⁴

Con flujos muy altos de datos, no es posible realizar el ejercicio analítico más básico de siquiera conocer con qué antecedentes contamos puesto que este requiere que podamos leer y comprender lo que los datos dicen. Varios *terabytes* de información impiden este ejercicio y nos llevan a una disgregación de hipótesis las cuales tampoco son posibles de acreditar, lo que termina en una especie de círculo vicioso. Pareciera que el acervo probatorio debe analizarse no sólo desde el punto de vista *cuantitativo*, sino que debemos analizar, *cualitativamente*, si las evidencias disponibles en la investigación dirigida por el Ministerio Público provocan, en realidad, mejor conocimiento de la hipótesis de hecho de la acusación, de lo contrario la sentencia debiese absolver por la imposibilidad de acreditación.

¹² ACCATINO (2006), p. 14.

¹³ FERRER (2021), p. 22.

¹⁴ Una de las características más sobresalientes de la construcción de conocimiento colectivo en los últimos 50 años es la relativa a la producción y acceso a fuentes de información. Éste fenómeno se encuentra detrás de una serie de polémicas en torno al uso de tecnologías en el ámbito social y jurídico, véase KANDEL *et. al.* (2013), pp. 659–664.

EZURMENDIA, Jesús; GONZALEZ, María de los Ángeles; VALENZUELA, Jonatan:
“Incertidumbre probatoria por exceso: El manejo masivo de datos y la inclusión probatoria
en el proceso penal chileno”.

Por cierto, en el proceso penal, basándose principalmente en valores como la economía procesal y en un proceso más eficiente, se han establecido reglas sobre abundancia excesiva. Luego, esta superabundancia como causal de exclusión tiene por objeto descartar evidencia por innecesaria, pero entendiéndose lo que dicha evidencia señala. En cambio, la abundancia a lo que nos referimos en este artículo impide conocer los hechos porque esta sobreabundancia no nos permite comprender lo que dice cada evidencia. Nos referiremos, entonces, a la manera en que creemos debe abordarse el cumplimiento del principio general de inclusión en el proceso penal chileno considerando el fenómeno de producción de un número cuantioso de evidencias digitales. Junto a ello abordaremos las proyecciones que esta situación genera en el proceso sobre todo desde el punto de vista de la organización del contradictorio como desde el punto de vista de la afectación de la posición procesal de la defensa.

2. El principio general de inclusión en materia penal

Como hemos anunciado, el principio general de inclusión en materia penal es un punto de entrada a la idea de alta exigencia probatoria de ese procedimiento, porque finalmente será este momento el que impactará en la sentencia estando la decisión basada en la información disponible, y no sólo en la cantidad de la misma, sino que en la posibilidad de procesar y utilizar dichos antecedentes para poder apoyar la hipótesis acusatoria. Esa exigencia parece haber justificado una producción altamente profusa de medios probatorios. Una cantidad estimable de fuentes probatorias podría hacernos pensar que se trata de un caso en que la fiscalía ha logrado aclarar de manera importante la hipótesis de hecho del caso por el que se acusa, o incluso, que ese gran acervo de información es el motivo —o uno de los motivos— determinante por el que, cerrada la investigación, ha decidido ejercer la pretensión punitiva mediante la acusación¹⁵.

Al respecto, el artículo 295 del Código Procesal Penal chileno impacta en este terreno permitiendo que toda forma de evidencia pueda ser incluida en el ejercicio probatorio del proceso penal,¹⁶ haciendo suya la idea planteada al inicio en relación al derecho a la prueba y la interpretación y utilización de forma restrictiva de las normas de exclusión. Sin embargo, en la audiencia de preparación de juicio oral el Juez de Garantía puede excluir de la etapa de juicio a aquellas evidencias que muestren “efectos puramente dilatorios en el juicio oral”, es decir que, en lugar de aclarar el punto de vista indagatorio del caso, simplemente le demoren,¹⁷ por lo que habría que preguntarse si el exceso de evidencia produce este efecto.

El principio general de inclusión se dirige a la necesidad de acopiar todos los datos relevantes para un adecuado conocimiento de la hipótesis de hecho que se juzga. Por ello debería ser

¹⁵ Artículo 240 del Código Procesal Penal.

¹⁶ El artículo 295 del Código Procesal Penal dispone que: “Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.”

¹⁷ Así aparece de lo dispuesto en el artículo 276 del Código Procesal Penal.

interpretado como un principio epistemológico general que busca la existencia de un conjunto de datos fiables para poder adoptar una determinada decisión en el proceso penal¹⁸.

Las exigencias de elucidación del proceso son altas debido a consideraciones de corte valorativo o político. Existe una definición en torno al valor de la libertad y la censura penal que permiten dar cuenta de una necesidad de evitación del castigo del inocente, lo que genera una distribución inequitativa del riesgo de error en el proceso.¹⁹

Las evidencias del caso deben servir, como hemos anunciado más arriba, a la justificación de una decisión judicial. La estructura de toda decisión racional —y con ello también de las decisiones judiciales— supone reconocer dos premisas que deben justificarse en la resolución de que se trate: una premisa normativa y una premisa de hecho. En el escenario de la premisa normativa nos referimos a la selección de disposiciones normativas dispuestas en el derecho positivo que sirven, interpretación mediante, para justificar una determinada decisión.²⁰ La exigencia de congruencia en nuestro sistema procesal penal admite cierta variación de lo que se denomina “calificación jurídica”, es decir, admite cierto grado de flexibilidad en el campo de la premisa normativa de la decisión.²¹

Existe también una premisa de hecho, en la cual se define la adecuación de la premisa normativa en el caso concreto. La premisa de hecho supone verificar probatoriamente la decisión conforme con las reglas de prueba disponibles y, por cierto, frente a las evidencias existentes. Sobre esta premisa no existe la flexibilidad apuntada para el caso de la premisa normativa: el sistema chileno es claro en orden a exigir identidad en el relato. En definitiva, el o los hechos que determinada o determinadas personas habrían realizado,²² contenidos en la formalización y que ahora se incorporan a la acusación, constituirán el objeto del proceso penal en términos de permitir una decisión justificada, y al juez sentenciador no le será posible ir más allá de éstos al momento de resolver el asunto sometido a su conocimiento²³.

Así las cosas y para poder resolver ese asunto, el tribunal debe poder comprender la pertinencia y el valor de las evidencias disponibles. Para poder comprender y valorar las evidencias disponibles estas deben poder ser objeto de proposiciones en el proceso por parte de los intervinientes, lo que supone que los intervinientes puedan conocer el contenido de esas pruebas. Un material probatorio, por ejemplo, excesivamente escaso, impide que pueda verificarse la tesis que se pretende probar, puesto que, salvo que se trate de pruebas de alto valor y que permitan superar el nivel de incertidumbre exigido por la duda razonable, no serán capaces de justificar la decisión judicial condenatoria. Este es el escenario, con el que suele enfrentarse el problema de la inclusión probatoria en Chile, suele pensarse que se trata de acopiar la mayor cantidad de datos y artefactos que puedan demostrar, por su cantidad, la

¹⁸ Véase LAUDAN (2013), pp. 240 y ss.

¹⁹ VALENZUELA (2017), p. 20; LAUDAN (2013), pp. 34-35.

²⁰ CARBONELL (2017), p. 23.

²¹ Véase por ejemplo el artículo 341 del Código Procesal Penal.

²² Se ha dicho que “como lógica consecuencia de una investigación que ha versado sobre más de un hecho o más de un imputado, la acusación puede referirse a todos ellos, en la medida que a su respecto haya existido formalización de la investigación” FALCONE (2014), p. 195.

²³ CAROCCA (2009), p. 146; MATURANA y MONTERO (2010), p. 686.

EZURMENDIA, Jesús; GONZALEZ, María de los Ángeles; VALENZUELA, Jonatan:
“Incertidumbre probatoria por exceso: El manejo masivo de datos y la inclusión probatoria
en el proceso penal chileno”.

existencia de rastros persistentes de la existencia de los hechos que se trata de probar, sin embargo, se olvida de la labor de procesar dichos antecedentes para tomar una decisión.

El problema resulta particularmente interesante si consideramos que en algunos delitos puede ser muy importante considerar la existencia de pruebas digitales. Las evidencias que conforman el subgrupo de este tipo de pruebas parecen corresponderse con archivos, fotografías, grabaciones de video y sonido, entre otras muchas alternativas, que pueden resultar de importancia para clarificar la verdad de la hipótesis investigada. La realización de muchos delitos depende en parte importante del despliegue de acciones virtuales (a través de softwares) así como del acaecimiento de hechos cuyo registro más fiable son los datos que, al parecer, contienen soportes digitales.

Un primer problema con estas evidencias es la vaguedad de su utilidad o sentido en el marco del proceso en el que se insertan. Las evidencias digitales requieren un análisis individual de cara a la valoración racional de su capacidad de apoyar a la hipótesis acusatoria. Cuando lo que se incluye son amplios contenidos de datos, estos no son más que información que no contribuirá necesariamente a la decisión final si no son posibles de procesar. Dicho de un modo simple: la existencia de una cantidad importante de discos duros u otros mecanismos de almacenamiento no nos agrega nada sobre la información en ellos contenida ni menos sobre su relevancia en la investigación en la que se hayan recabado. No es posible saber con exactitud por qué todos esos artefactos son importantes y en qué medida lo son. Este problema, en lugar de mejorar el punto de vista del tribunal, en realidad lo oscurece, no sólo por la confusión que produce respecto a la hipótesis acusatoria sino porque puede generar además otras diversas hipótesis con menor apoyo.

Señalar la existencia de un dispositivo de almacenamiento no es igual que aludir a los datos o parte de ellos contenidos en ese mismo dispositivo. En la audiencia de preparación de juicio oral debe debatirse sobre la existencia de medios de prueba que resulten útiles en la etapa de juicio. ¿Cómo podría organizarse esa discusión en el contexto de una acusación fiscal que descansa en enormes cantidades de información disponible en formato digital?

Una inclusión de pruebas masivas genera una duda sobre la necesidad de contar con una cierta clarificación en torno al sentido que tiene la evidencia que se propone como sustento de la acusación. Esa necesidad surge del objetivo básico de contar con una etapa de inclusión de evidencias que permita al juez desplegar el razonamiento probatorio propio de la valoración de las pruebas. La valoración de las pruebas supone que el juzgador pueda “(...) evaluar el apoyo empírico que los elementos de juicio incorporados aportan a una determinada hipótesis u otra”.²⁴ En otras palabras, se analizarán de manera individual los medios de prueba que hayan sido incluidos y desarrollados en juicio para determinar si son o no capaces de corroborar la hipótesis propuesta²⁵.

²⁴ FERRER (2007), p. 46. En el mismo sentido ACCATINO (2011), p. 485.

²⁵ En el sistema chileno esto toma la forma de un sistema libre de valoración de las evidencias conforme con el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Una posible propuesta, descansa a nuestro juicio en la satisfacción de tres operaciones básicas:

- a) Las evidencias deben poder individualizarse: sólo puede definirse la capacidad individual de las evidencias aportadas si es posible considerarlas unitariamente porque de esa manera se puede procesar el conocimiento que ellas contienen. De este modo, no parece satisfacer esta operación la presentación de archivos que pueden contener muchas evidencias imposibles de identificar o simples soportes capaces de contener cierta magnitud de información.
- b) Las evidencias deben explicar a la hipótesis de hecho que se pretende probar: debe evitarse la opacidad de las evidencias presentadas. Esto quiere decir que las pruebas que se presentan deben permitir definir cómo esos datos se vinculan a una determinada hipótesis de hecho del caso, no generando confusión ni hipótesis alternativas que alteren la principal.
- c) Las evidencias no deben ser excesivamente profusas: es decir, un enunciado basado en un grupo de evidencias digitales cuya descarga (y no lectura) puedan exceder por ejemplo los plazos de la investigación deben ser considerados excesivos por su capacidad de aumentar la incertidumbre sobre la hipótesis de hecho.

3. La exclusión de pruebas: problemas de fiabilidad de la evidencia

Como sostuvimos más arriba, el razonamiento probatorio se concentra en tres momentos analíticamente diferentes. Como señala Ferrer hablamos de: (i) Conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas; (ii) La valoración de los elementos de juicio o pruebas; y (iii) La adopción de la decisión sobre los hechos probados²⁶. Ya hemos señalado que la conformación de los llamados “elementos de juicio” permite el desarrollo de las etapas de valoración y decisión propiamente tal. Las pruebas equivalen a los elementos que van a apoyar o rebatir las distintas hipótesis sobre los hechos del caso²⁷.

Para determinar qué elementos incluir y cuáles deben descartarse, se han señalado criterios de diversa índole, algunos en aras del procedimiento como tal, donde nos encontramos con la exclusión por pertinencia o abundancia; otros, en razón de protección de valores ajenos a la averiguación de la verdad, pero que son considerados valiosos dentro del sistema, como la exclusión de prueba ilícita por vulneración de garantías fundamentales en su obtención,²⁸ los testigos de oídas o *hearsay* e inmunidades o prohibiciones de declarar de ciertos sujetos en virtud de calidades profesionales o vínculos con los intervinientes, que en el derecho del

²⁶ FERRER (2007), p. 41.

²⁷ El derecho a la prueba, aunque garantizado constitucionalmente, cesa cuando la proposición de prueba se hace fuera de plazo, sin guardar las formalidades básicas, y se intenta allegar al proceso prueba impertinente, inútil o reiterativa. En este caso, el límite del derecho a la prueba vendría dado por el respeto a los demás derechos fundamentales que reconoce el ordenamiento, tales como el derecho a la integridad física o psíquica, al honor y a la intimidad personal, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, por mencionar algunos. PICÓ I JUNOY (1996), pp. 41 ss

²⁸ TARUFFO (2008), pp. 37-38.

EZURMENDIA, Jesús; GONZALEZ, María de los Ángeles; VALENZUELA, Jonatan:
“Incertidumbre probatoria por exceso: El manejo masivo de datos y la inclusión probatoria
en el proceso penal chileno”.

common law llama *privileges*,²⁹ así como el principio de no autoincriminación o *nemo tenetur*.³⁰

Existen por tanto varios mecanismos de depuración que permiten discutir la conducencia de los elementos probatorios que pretenden llevarse al juicio. Todos estos mecanismos se justifican en la existencia de lo que Laudan considera *valores no-epistémicos de política pública*, establecidos por el legislador de forma tal que deban preferirse por sobre el acceso al conocimiento para el establecimiento de los hechos en el proceso.³¹

Las investigaciones penales permiten determinar la verdad de los hechos objeto de esta, pero no a cualquier precio: el respeto de los valores del debido proceso como de los derechos de los intervinientes opera como una justificación para dejar de contar con las evidencias que puedan, por esta vía, controvertirse.

Hay ciertas normas de exclusión basadas en distintos principios o valores que suponen la exclusión del acervo de evidencia que será considerada en juicio a todas las pruebas que se consideren atentatorias contra dichos principios.³² Estas reglas operan como reglas contra-epistémicas que deben respetarse, pero que impiden que contemos con toda la información disponible para decidir.³³

Además, existen condiciones generales para la determinación de qué elementos deben incluirse en el material probatorio: la relevancia y la admisibilidad. Una evidencia es relevante en tanto pueda estimarse para la evaluación de ciertas hipótesis. Esto quiere decir que la prueba debe incluirse y valorarse sólo si, siendo fiable, hace que la hipótesis sea más probable de lo que era.³⁴ En otras palabras, sólo será relevante un elemento si es útil para establecer la confirmación de la hipótesis referida³⁵ y obedece a “la codificación jurídica de los principios de la lógica”.³⁶ Así, este criterio se relaciona directamente con el objeto del proceso en el que se discute.³⁷

Respecto a la admisibilidad, esta se vincula a criterios jurídicos y busca “(...) establecer qué elementos o medios de prueba deben ser admitidos e incorporados al proceso”.³⁸ En relación a esta característica, debe determinarse si el proceso en que han sido incorporados los elementos de juicio contiene o no normas sobre exclusión. Como se ha señalado, “en

²⁹ ROBERTS y ZUCKERMAN (2010), p. 364.

³⁰ CÁCERES (2015), p. 2287. Véase también ROBERTS y ZUCKERMAN (2010), p. 538.

³¹ LAUDAN (2013), p. 20.

³² BAYÓN (2010), p. 7. También véase GASCÓN (2005), p. 128.

³³ BAYÓN (2010), p. 7. Usando la voz *extra epistémicos* véase también BENTHAM (2001), p. 391.

³⁴ LAUDAN (2013), p. 44. Es importante señalar que Laudan hace un análisis previo de credibilidad o fiabilidad, el que, como desarrollamos en esta investigación, no debiese afectar luego la prueba testimonial.

³⁵ TARUFFO (2005), p. 375.

³⁶ TARUFFO (2005), p. 126.

³⁷ TARUFFO (2005), p. 42.

³⁸ TARUFFO (2008), p. 37.

términos generales, los problemas de admisibilidad serán resueltos por la aplicación de reglas más bien precisas que definen cuando cierta información puede ser presentada en juicio y cuando debe ser excluida de éste”.³⁹

Uno de los principios básicos del proceso penal chileno es la libertad probatoria. El artículo 295 del Código Procesal Penal, ya citado, establece la libertad probatoria que busca contar con la mayor cantidad de antecedentes fiables disponibles, en la medida que estos sean funcionales a la disminución del error judicial.⁴⁰ Este enunciado normativo tiene por objeto una mayor flexibilización del proceso impidiendo la existencia de barreras de entrada de ciertos medios de prueba, o más claro aún, que existan prohibiciones para corroborar ciertos enunciados específicos. Ergo, se busca que el acervo probatorio sea lo más completo posible, permitiendo un mayor grado de conocimiento que tenga como consecuencia averiguar la verdad en razón de lo alegado por los intervinientes.

La fiabilidad de las pruebas supone poder determinar la capacidad de las evidencias de incidir en un juicio de probabilidad de los hechos que son materia de la acusación. En tal sentido, se ha dicho que este ejercicio de averiguación de la verdad orbita completamente en función de encontrar e incorporar piezas de evidencias que sean confiables. En el *common law*, se sostiene incluso, que la confiabilidad que emana de la evidencia (*reliability*) resulta la piedra angular del ejercicio judicial de averiguación de los hechos (*fact-finding*) y que,⁴¹ por consiguiente, toda prueba que no sea incorporada por algún motivo es, de mayor o menor grado, un ejercicio de exclusión fundado en la falta de fiabilidad.⁴² Es decir, finalmente se resta acervo probatorio por toda pieza excluida que es en realidad feble o poco confiable, siendo esta la razón fundamental para cualquier exclusión desde un punto de vista del denominado engranaje epistémico que supone el proceso penal.⁴³

Un grupo enorme de datos fijados en un registro físico o virtual no nos dice, por sí mismo, nada sobre la corroboración de los hechos. La reducción del error es un cometido que se basa en el conocimiento posible por parte de los juzgadores. Esto quiere decir que la evidencia es pertinente y fiable en la medida que permita mejorar el conocimiento del tribunal en lo relativo a la hipótesis de hecho del caso. Por cierto, esta condición impacta de lleno en el ejercicio del derecho a defensa durante el proceso. Lo anterior debido a que el exceso de información y sus problemas de identidad impiden la generación de ciertas estrategias de

³⁹ COLOMA *et. al.* (2009), p. 305. En el proceso penal chileno existe una regla que se titula “exclusión de pruebas para el juicio oral”, que incluye, como categorías susceptibles de ser excluidas por el juez de garantía las siguientes: 1) pruebas manifiestamente impertinentes; 2) pruebas que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; 3) reducción de número de testigos o documentos cuando se estimare que producirían efectos puramente dilatorios, o cuando versen sobre hechos y circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que será sometida al conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal; 4) pruebas provenientes de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas; 5) pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (artículo 276 del Código Procesal Penal).

⁴⁰ LAUDAN (2013), p. 22.

⁴¹ ROBERTS y ZUCKERMAN (2010), pp. 179-180.

⁴² STEIN (2005), p. 133. En ese sentido, el autor señala que la exclusión de la copia de un documento se hace no en función de que epistémicamente no contenga información relevante, sino por la falta de fiabilidad de esa copia en tanto su forma de obtención y su concordancia con el original.

⁴³ CHOO (2015), p. 13.

EZURMENDIA, Jesús; GONZALEZ, María de los Ángeles; VALENZUELA, Jonatan:
“Incertidumbre probatoria por exceso: El manejo masivo de datos y la inclusión probatoria
en el proceso penal chileno”.

defensa (como aquellas que se vinculen a mostrar la insuficiencia probatoria de la tesis de la acusación) y, por cierto, dada la generación de una hipótesis oscura o vaga, dificulta la determinación de su compatibilidad o no con hipótesis defensivas independientes o alternativas.

Finalmente, el control judicial que debe ejercerse respecto del material probatorio muestra que el tribunal debe poder efectivamente comprender en detalle cuál es la prueba que se propone por los intervinientes. Este es el sentido del inciso primero del artículo 276 del Código Procesal Penal que sostiene:

“Artículo 276.- Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.”

Como puede apreciarse, todos los juicios y conclusiones del juez en esta etapa suponen que el juez de garantía pueda *examinar* las pruebas ofrecidas, lo que, considerando los argumentos expuestos más arriba, aparece como un ejercicio empíricamente difícil cuando se quiere introducir una cantidad de evidencia excesiva que impide el procesamiento y real conocimiento y análisis de la misma, así como generar nuevas hipótesis producto de la confusión que este exceso produce.

4. La congruencia y el ejercicio de la defensa

Hasta aquí nos hemos detenido en la capacidad de las deficiencias del acervo probatorio del caso analizado pensando en su rendimiento de cara a la etapa de juicio. Lo anterior resulta incompleto si no nos referimos a los efectos que durante el procedimiento puede generar una investigación que se desarrolla con este tipo de evidencia masiva.

En primer lugar, es claro que la generación de medios de prueba que resultan muy difíciles de acceder (dado que su descarga podría demorar años en algunos casos) implica un inmediato y obvio problema para la defensa. El ejercicio de la defensa no se agota en la realización de meras representaciones de letrados en las audiencias, sino que deben comprenderse dentro de esta garantía, necesariamente, la concurrencia de acciones que se derivan de la lectura y comprensión de la investigación y de los medios probatorios.⁴⁴ Para poder ejercer el derecho a defensa se necesita conocer realmente de qué nos defendemos, por lo tanto, no basta un listado de evidencia sino el poder procesarla, permitiendo relacionarla con la hipótesis acusatoria y los antecedentes que se cuentan.⁴⁵

De hecho, una proyección del denominado principio de objetividad en materia penal supone reconocer a la defensa como un actor legítimamente interesado en la información disponible en la investigación. Conforme con ese principio, consagrado en el artículo 3 de la Ley N°

⁴⁴ VALENZUELA (2017), p. 137.

⁴⁵ Véase LAUDAN (2013), pp. 297-298.

19.640, en su labor investigativa los fiscales deben velar por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, los fiscales deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen. Desde el punto de vista que hemos defendido en este trabajo, resulta claro que ese principio, que a través del artículo 77 del Código Procesal Penal debe hacerse presente en el desarrollo de la etapa de investigación, ciertamente obliga a considerar las hipótesis alternativas que pudiere plantear la defensa. ¿Cómo podría cumplirse con este precepto si no es posible conocer lo que las evidencias en realidad dicen?

En el proceso penal, el tipo de problemas enunciado en el párrafo anterior parece insalvable y tiene como consecuencia que las defensas no puedan actuar de acuerdo a la información de la que se dispone, ya que la cantidad de la misma presentaría dificultades para acceder a los antecedentes con evidencia relevante que permitan investigar y sustentar la acusación. Este defecto, a su turno, se vuelca en un problema de congruencia. Si no podemos reconocer el relato de los hechos de la mano de la evidencia disponible no es posible asegurar la mínima estabilidad que este relato reclama de las reglas del procedimiento penal.

Taruffo, en referencia a los relatos procesales sostiene que “(...) los hechos son seleccionados y definidos de acuerdo con su relevancia en el caso. Las circunstancias irrelevantes no son tomadas en cuenta al definir qué hechos deben ser probados. Un hecho es jurídicamente relevante (en la nomenclatura jurídica norteamericana: material) cuando corresponde al supuesto de hecho definido por una norma jurídica (...)”.⁴⁶ Es lo que, en litigación, constituye una proposición fáctica relevante normativamente y que, por ende, requiere ser probada.

El relato o narración procesal es esencial para poder enfrentar los problemas de la construcción del acervo probatorio de un caso. Es claro que la manera en que se presentan las alegaciones requiere de cierta estructura que, en alguna medida, anticipa el ejercicio de la decisión final del caso. El relato debe permitir determinar qué hechos son *materiales* en el proceso. Esa determinación permite organizar las actividades tanto de la fiscalía como de la defensa, siendo carga de la fiscalía, a través de los actos formales de comunicación durante el proceso (formalización y acusación), generar este escenario. Pero ese escenario debe reflejarse en las evidencias del caso. Si las pruebas no entregan claridad sobre el relato de los hechos que configurará al proceso, entonces se corre un serio riesgo de caer en un problema de congruencia en la etapa de juicio, provocando la necesidad de control recursivo de esa sentencia.

Conclusiones

Puede señalarse que la producción de evidencias en el proceso penal supone considerar un modo canónico de comprensión del principio general de inclusión. Ese modo comporta una producción que evite que el acervo probatorio del caso sea débil por insuficiencia de datos o información probatoria. Dicho de otro modo, existe una visión relativa a que más evidencias es igual a mejor conocimiento.

⁴⁶ TARUFFO (2010), p. 55.

EZURMENDIA, Jesús; GONZALEZ, María de los Ángeles; VALENZUELA, Jonatan:
“Incertidumbre probatoria por exceso: El manejo masivo de datos y la inclusión probatoria
en el proceso penal chileno”.

En el caso de las pruebas masivas en formato digital, es posible apreciar un problema que escapa a ese modo canónico de comprender el principio general de inclusión. Es posible advertir que una profusa producción de evidencias en formato digital dificulte el conocimiento de las hipótesis de hecho del caso. Es decir, la visión común según la cual más información es más conocimiento puede ser puesta en entredicho sosteniendo que la existencia de demasiada información, en realidad, reduce el conocimiento.

El proceso penal es un rito contra la incertidumbre de hecho que busca justificar la imposición de una pena por haberse realizado un delito. La realización del delito debe ser conocida a través de las evidencias por parte del tribunal que busca justificar la sanción. La existencia de niveles intolerables de incertidumbre de hecho, impiden sostener con claridad la realización de un delito. La alta exigencia probatoria del proceso penal se encuentra vinculada fuertemente a la disolución de esos niveles de incertidumbre, con el fin de permitir la aplicación de sanciones penales de alta incidencia en la vida social.

La pulsión por recolectar altas cantidades de prueba, sobre todo en el ámbito de la producción de pruebas en formato digital, nos conduce a un colapso por exceso de las intuiciones relativas a la inclusión de pruebas en el proceso penal. Como nunca en la historia, más información puede redundar en menos conocimiento, y debemos recordar, que menos conocimiento corresponde a mayor incertidumbre de hecho. La mayor incertidumbre de hecho puede volverse intolerable de cara la justificación de sanciones en el proceso penal.

La incertidumbre fáctica presente en las evidencias que dan sustento a la acusación es un problema de cara a la fase de juzgamiento de la hipótesis de hecho del caso. La relevancia de las evidencias debe permitir establecer la incidencia de las mismas en el aumento de probabilidades de corroboración de los enunciados acerca de los hechos del juicio.

Debe considerarse que la producción de evidencias en este modo tiene un claro impacto en el ejercicio del derecho a defensa de los acusados. La producción masiva de pruebas digitales puede provocar un incumplimiento de las cargas probatorias de la fiscalía, generando un exceso de información. Este exceso puede producir problemas para el desarrollo de la actividad defensiva desde el punto de vista argumentativo como para determinar la insuficiencia probatoria de la acusación como la posible concurrencia de hipótesis alternativas incompatibles con la acusación. Así, es posible advertir un problema en la satisfacción del principio general de inclusión por exceso de información.

Creemos que esta clase de problemas deben ser enfrentados a través de argumentos que doten de sentido a la investigación y a la actividad probatoria del proceso penal. Lo que las evidencias deben ofrecer es un nivel de conocimiento respecto de las hipótesis de hecho que permita elucidar si es posible justificar una condena.

Como hemos sostenido, es posible que un exceso de producción probatoria reduzca el conocimiento posible de las hipótesis probatorias del caso, impidiendo su adecuada inteligencia por la defensa y, por cierto, aportando en realidad amplios márgenes de incertidumbre en la sentencia.

Bibliografía citada

- ACCATINO, Daniela (2006): “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. 19, N° 2), pp. 9-26.
- ACCATINO, Daniela (2011): “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en: *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° 37), pp. 483-511.
- BAYÓN, Juan Carlos (2010): “Epistemología, moral y prueba de los hechos: Hacia un enfoque no benthamiano”, en: *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo* (Vol. 2, N° 4), pp. 6-30.
- BENTHAM, Jeremy (2001): *Tratado de las pruebas judiciales* (trad. Manuel Ossorio, Granada, Comares).
- CÁCERES, Enrique (2015): “Epistemología jurídica aplicada”, en: FABRA, Jorge y SPECTOR, Ezequiel (Coord.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría Del Derecho*, Vol. 3 (Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 2195-2298.
- CARBONELL, Flavia (2017): “Elementos para un modelo de decisión judicial correcta”, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (N° 27), pp. 1–35.
- CAROCCA, Alex (2009): *Manual el nuevo sistema procesal penal*, 5ª edición (Santiago, Legal Publishing).
- CHOO, Andrew (2015): *Evidence*, 4ª edición (Oxford, Oxford University Press).
- COLOMA, Rodrigo, PINO, Mauricio; MONTECINOS, Carmen (2009): “Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° 33), pp. 303–344.
- EZURMENDIA, Jesús (2020): “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”, en: *Revista chilena de Derecho* (Vol. 47, N° 1), pp. 101-118.
- FALCONE, Diego (2014): “Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (Vol. 21, N° 2), pp.183-224.
- FERRER, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- FERRER, Jordi (2021): *Prueba sin convicción* (Madrid, Marcial Pons).
- GASCÓN, Marina (2005): “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en: *Doxa* (N° 28), pp. 127-139.
- KANDEL, Eric, MARKRAM, Henry, MATTHEWS, Paul, YUSTE, Rafael y KOCH, Christof (2013): “Neuroscience thinks big (and collaboratively)”, en: *Nature Reviews Neuroscience* (Vol. 14, N° 9), pp. 659-664.
- LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal* (Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera, Madrid, Marcial Pons).
- MATURANA Miquel; MONTERO, Raúl (2010): *Derecho procesal penal* (Santiago, Abeledo Perrot).
- PICÓ I JUNOY, Joan (1996): *El derecho a la prueba en el proceso civil* (Madrid, J.M. Bosch).
- PICÓ I JUNOY, Joan. (2005): “El derecho a la prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil”, en: ABEL, Lluch; PICÓ I JUNOY, Joan (Eds.), *Problemas actuales de la prueba civil* (Madrid, J.M. Bosch), pp. 27-68.

EZURMENDIA, Jesús; GONZALEZ, María de los Ángeles; VALENZUELA, Jonatan:
“Incertidumbre probatoria por exceso: El manejo masivo de datos y la inclusión probatoria
en el proceso penal chileno”.

ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian (2010): Criminal evidence, 2ª edición (Oxford,
Oxford University Press).

STEIN, Alex (2005): Foundations of Evidence Law (Oxford, Oxford University Press).

TARUFFO, Michele (2005): La prueba de los hechos, 2ª edición (trad. Jordi Ferrer, Milano,
Trotta).

TARUFFO, Michele (2008): La prueba (trad. Jordi Ferrer y Laura Manrique, Madrid,
Marcial Pons).

VALENZUELA, Jonatan (2017): Hechos, pena y proceso. Ensayos sobre racionalidad y
prueba en el derecho procesal penal chileno (Santiago, Rubicón).