



DEFENSORIAS REGIONALES

MINUTA REGIONAL

**“TERGIVERSACIÓN DE LA PRUEBA
Modalidades, Control, Problemas, Posibles Soluciones y Revisión de Casos”**

N° 1/2010/Diciembre

Ignacio Barrientos Pardo

Consulta sobre la versión oficial de este documento a:

estudios@defensoriapenal.cl

TERGIVERSACIÓN DE LA PRUEBA

Modalidades, Control, Problemas, Posibles Soluciones y Revisión de Casos

Ignacio Barrientos Pardo*

“Ha senso controllare la motivazione solo se attraverso essa si controlla la giustezza della decisione” (Francesco Mauro Iacovello)

Introducción

El contar una historia puede ser una labor nada fácil e, incluso, dependiendo de la historia, un proceso muy complejo. Por lo general cuando la historia es provechosa para el autor, este trata de realzar todo cuanto lo haga brillar. No es raro, entonces, que deje de lado o altere aquellos aspectos que puedan hacer deslucir al protagonista, mientras que, por otro lado, exagere habilidades y virtudes. La Historia con mayúscula tiene muchos ejemplos que mostrar.¹ Pues bien, si hacemos caso de lo que señala el gran Francesco Carnelutti, en cuanto el juez es un historiador de pequeñas historias y su labor es reconstruir históricamente el hecho que origina el proceso penal, admitamos que pueda enfrentar situaciones que den cuenta de algunas dificultades y complejidades. Al contar una historia, incluso una en la que el autor no tiene ninguna intervención directa, se puede producir, por decirlo de alguna manera, una “especie de aislamiento u olvido” de circunstancias fácticas que puedan alterar o desdibujar, a conveniencia, el relato o generar una interpretación de los hechos, en su conjunto, que sirva a los intereses del relator. Contar una historia es ante todo una descripción de sucesos que guardan relación unos con otros, por lo que cualquier modificación en uno de ellos afecta o altera los subsecuentes. Me anticipo a aceptar que el proceso y la sentencia penal tienen reglas y finalidades definidas, por lo que hay que cuidarse de todo intento de asimilación ligera a cualquier modo no reglado de contar una historia. Eso es cierto e, insisto, lo admito. Pero esto no es óbice para detectar casos en que la decisión jurisdiccional está marcada por una distorsión, mayor o menor, de la historia, como consecuencia de la omisión, suposición o adición de algún aspecto de la prueba rendida.

El propósito de este trabajo es analizar un vicio de la motivación de la sentencia denominado *tergiversación de la prueba*. Los procesalistas italianos llaman a este vicio “*il*

* Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso. Asesor Jurídico de la Defensoría Regional de Antofagasta. Diploma de Estudios Avanzados, Programa de Doctorado “Derechos Fundamentales”, Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de la Universidad Católica del Norte.

El autor agradece a todos quienes le suministraron material bibliográfico y jurisprudencial para concluir este trabajo. Mis agradecimientos especiales para María Antonieta Ubillo, Alejandro Viada, Andrés Rieutord y Christian Villarroel.

¹ VILLALOBOS, Sergio (1989). *Portales. Una Falsificación Histórica*. Ed. Universitaria, 234 pp.; SATER, William F. (2009). *La imagen heroica en Chile. Arturo Prat, Santo Secular*. Ediciones Centro de Estudios Bicentenario, 231pp. En el caso de Prat no quiero decir, en ningún caso, que su imagen sea falsa. Mi arraigado “pratriotismo” me lo impide. Lo que sí se desprende del texto es que la popularidad de Prat, e incluso el uso político de su imagen, dependió de las condiciones internas del país, lo que produjo una alteración de su imagen para satisfacer las necesidades de determinados sectores.

travisamento della prova”². Según Fernando Díaz Cantón “este es un supuesto de violación del principio lógico-inductivo de razón suficiente por motivación *no verdadera*, por tergiversación, es decir, el falseamiento del contenido o significado de un medio de prueba”³. La tergiversación de la prueba es, por ello, vista como un vicio que constituye un obstáculo a la reconstrucción de la “verdad real”⁴.

Después de la reforma al Código de Procedimiento Penal italiano en el año 2006, que modificó, entre otras normas, el art. 606 que establece los motivos del recurso de casación, la discusión sobre la tergiversación de la prueba y la omisión en la valoración de la prueba, se ha reavivado, especialmente porque la doctrina ha preguntado si se creó un sistema de tercera instancia o si se mantiene el carácter limitado de la casación, esto es, si la casación sigue siendo un juicio de legitimidad o se transforma en un juicio de mérito.⁵ El art. 606 dice que el recurso de casación puede ser interpuesto por los siguientes motivos, letra e): “Ausencia, *contradictoriedad* o manifiesta ilogicidad de la motivación cuando el vicio resulte del texto del decisorio impugnado o bien de otros actos del proceso específicamente indicados en los motivos de *gravamen*”.⁶ Esta última frase ha sido interpretada, aunque no mayoritariamente, como un

² Este vicio lo conocí a través de la lectura de un texto de: DÍAZ CANTÓN, Fernando (2007). “La relación entre el Recurso de Casación Penal y el Recurso Extraordinario Federal: Panorama y Prospección”. *Suplemento de Administración de Justicia*, El Dial, 15/05/2007. [www.procesal2007mdp.com.ar/.../Díaz%20Cantón%20\(Congreso%20procesal%202007\).doc](http://www.procesal2007mdp.com.ar/.../Díaz%20Cantón%20(Congreso%20procesal%202007).doc) Aunque en Chile no es conocido con este nombre en: PRAMBS JULIÁN, Claudio (2005). *El Control del Establecimiento de los Hechos en las Sentencias Penales*. Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 481 pp., aparece mencionado una forma de vicio de motivación insuficiente denominado “expresión contradictoria entre el hecho declarado probado y lo obrante en las actas del juicio oral” (p. 381). En los años 2005, 2007 y 2008, en las causas RUC N° 0300168898-6, RIT N° 129-2005; RUC 0600266343-9, RIT 40-07; RUC N° 0600156799-1, RIT N° 1755-2006; RUC 0500278575-9 RIT 258-07, respectivamente, del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta se interpusieron, sin éxito, recursos de nulidad por este vicio, aunque sin la denominación doctrinaria que se analiza.

³ DÍAZ CANTÓN (2007). El principio de razón suficiente según De la Rúa es aquel “[...] por el cual todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad”. DE LA RÚA, Fernando (2006). *La Casación Penal*. Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires. pp. 153-162.

⁴ Expresión empleada por: DE LA RÚA (2006) p. 136.

⁵ Sobre este debate, ver: IACOVELLO, Francesco (2009). “Giudizio di Cassazione”. En: SPANGLER, Giorgio (Director). *Trattato di Procedura Penale, Volumen V Impugnazioni*. UTET Giuridica, Turín, pp. 677-689; LATTANZI, Giorgio (2007). “Cassazione o Terza Istanza?”. *Cassazione Penale* N° 3, pp.1369-1387. KOSTORIS, Roberto (2008). “Le Impugnazioni Penali, Travagliato Terreno alla Ricerca di Nuovi Equilibri”. *Rivista di Diritto Processuale* N° 4, pp. 915-929, especialmente pp. 926-929; LOZZI, Gilberto (2008), *Lezioni di Procedura Penale*, 7° edición, Giappichelli Editore, Turín, pp. 728-729. Concretamente, Luciano Calò señala que: “La jurisprudencia posterior a la Reforma ha observado casi unánimemente que la reformulación del art. 606, fracción I, letra e), admitiendo un control que se extiende a aquellas formas de patología del discurso justificativo reconocible como el resultado de una *cognitio facti ex actis*, pone “correctamente el fenómeno de la prueba omitida o tergiversada, relevante y decisiva, como inherente a la estructura argumentativa de la *ratio decidendi*, en el contexto que le es propio: ese vicio motivacional”. (Traducción del autor). CALÒ, Luciano (2008). “Il Vizio di Motivazione Dopo la Modifica dell'art. 606 C.P.P.: Ambito e Limiti”. *Cassazione Penale* N° 7/08, pp. 2899-2906

⁶ Las cursivas corresponden a las modificaciones introducidas. La reforma es fruto de la Ley N° 46 del 20 de febrero de 2006, publicada en Gaceta Oficial N° 44 del 22 de febrero de 2006, conocida comúnmente como *Legge Pecorella*. Hasta febrero del 2006 se sostenía por parte de la doctrina y jurisprudencia italiana que el vicio de tergiversación probatoria se podía fundar en el art. 606 letra c), en relación con el art. 526, ambos del Código de Procedimiento Penal, pues este considera como motivo del recurso de casación: “La inobservancia de normas procesales que establezcan sanción de nulidad, inutilizabilidad, inadmisibilidad o caducidad”. A su vez el art. 526 establece que: “El juez no puede utilizar a objeto de la deliberación pruebas diversas de aquellas legítimamente obtenidas en la audiencia del juicio”. (Traducción del autor). IACOVELLO, Francesco (2002). “El Control de la

mandato dirigido a la Corte de Casación para controlar la motivación incluso autorizándola a escrutar actos procesales distintos a la sentencia, concretamente los actos probatorios (testimonios, pericias, interceptaciones, etc.).⁷ Como se verá más adelante una discusión similar, por cierto sobre base normativa diversa, se puede dar entre nosotros.

En este trabajo, desde la perspectiva de la finalidad central del proceso penal, es decir, la averiguación de la verdad, se explorará y analizará el vicio comentado. Comenzaré (1) analizando el rol de algunos valores intrínsecamente asociados al proceso penal; a continuación, (2) me ocuparé de las principales modalidades de tergiversación material de la prueba recurriendo especialmente a jurisprudencia comparada; en seguida, (3) analizaré cómo el derecho a la prueba se afecta por la tergiversación probatoria; más adelante, (4) daré cuenta breve y superficialmente sobre la forma como entiende nuestra jurisprudencia el deber de fundamentación de la sentencia y sus consecuencia para el problema planteado; a continuación, (5) me ocuparé de la exigencia de la esencialidad y relevancia de la prueba tergiversada para que produzca efecto anulatorio; (6) una cuestión ligada a la anterior, dice relación con los límites del control en sede de nulidad frente a la determinación de la relevancia de la prueba tergiversada; también (7) se abordará la forma de acreditación del vicio de tergiversación; finalmente, (8) se analizarán algunos casos en que se ha controlado jurisdiccionalmente, en Chile, la tergiversación de la prueba.

I.- Valores del proceso penal: Verdad, fidelidad, legitimidad y racionalidad.

En el proceso penal concurren una serie de valores o principios que informan –o deberían informar– el comportamiento de todos aquellos que participan o intervienen en él. La verdad, fidelidad, legitimidad y racionalidad constituyen aspiraciones o ideales de lo que un “buen sistema procesal” debería proveer a los justiciables y a todos quienes participan en él.⁸

Existe consenso que uno de los objetivos centrales de la prueba jurídica es la averiguación de la verdad.⁹ A pesar que se admita que la verdad es un objetivo institucional de la

Casación sobre la Motivación”. *Revista Nueva Doctrina Penal* 2002/A, Buenos Aires, p.96. También, LATTANZI (2007) p.1680.

⁷ Para consultar las dos posiciones que existen sobre este aspecto, consultar: LATTANZI (2007) p.1681; KOSTORIS (2008) pp. 926-928; LOZZI (2008) p. 725-729; GHIZZARDI, Nicolangelo (2008). “Sindacato di Legittimità e Vizio della Motivazione”. *Archivio Nuova Procedura Penale* N° 2. http://latribuna.corriere.it/dynuni/dyn/allegati/PDF_Focus/2008/Nicolangelo%20Ghizzardi.pdf Una opinión más categórica sobre la conducta jurisprudencial y doctrinaria tiene Luciano Calò quien no vacila en afirmar que: “La doctrina de forma casi unánime y la jurisprudencia mayoritaria no tienen ninguna duda en afirmar que la nueva redacción del art. 606, letra e) del C.P.P. permite la llamada “heterointegración”. La prohibición de acceso a los actos del juicio ha venido a menos. La Corte podrá meter mano, pero sólo en aquellos específicamente indicados por el recurrente. Sin que esto pueda ser considerado una patología”. CALÒ (2008) p. 2905. (Traducción del autor).

⁸ Probablemente cuando decimos esto no estamos sino aludiendo a lo que Michelle Taruffo denomina racionalidad instrumental de la ley procesal. TARUFFO, Michele (1999). “Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal”. *Doxa* N° 22, p. 311-320.

⁹ Este consenso se ve corroborado por la bibliografía existente, a saber, entre muchos otros: TARUFFO, Michele (2002). “Consideraciones sobre Prueba y Verdad”. *Revista Derechos y Libertades. Instituto Bartolomé de Las Casas*, año 7 N°11, pp. 99-124; BOVINO, Alberto (2005). “Juicio y Verdad en el Procedimiento Penal”. En: VV. AA.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 219-240.

actividad probatoria en el proceso judicial, siguen persistiendo dudas acerca del mismo concepto de verdad.¹⁰

En este trabajo voy a asumir el concepto de verdad como correspondencia con la realidad, esto es, la verdad como la adecuación de un enunciado o concepto con un hecho real.¹¹ Existen buenas razones para adherir a este concepto de verdad. En primer lugar, la verdad como correspondencia parece estar vinculada intrínsecamente a una concepción garantista del proceso.¹² En segundo término, y tributaria de una óptica garantista, la tradición racionalista de la prueba, que está en la base del modelo analítico de la prueba, supone la verdad como correspondencia, por ser éste concepto más adecuado para dar cuenta de las exigencias de la aplicación del derecho.¹³

La fidelidad a la prueba, que implica que los jueces respeten con pulcritud el contenido del material probatorio aportado por las partes, tiene una cuádruple importancia. En primer lugar, la fiel consideración del material probatorio determinará la correcta fijación de los hechos. Por

¹⁰ Michele Taruffo aborda varias perspectivas de la verdad: la concepción semántica de la verdad, la verdad como coherencia y la concepción consensualista de la verdad. TARUFFO, Michele (2009). *La Prueba de los Hechos*. Editorial Trotta, 3º edición, España, p. 170-182.

¹¹ Para una revisión de la verdad como correspondencia se puede consultar TARUFFO, Michele (2009) pp. 118, 170 y ss., 180 y ss., 313-319, y; FERRAJOLI, Luigi (2006). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, 8º edición, España, p.59-67. Taruffo reconoce que la verdad como correspondencia es un ideal regulativo y que la verdad que se puede alcanzar en el proceso admite gradaciones. En particular, Ferrajoli intenta compatibilizar la verdad como correspondencia con los criterios de coherencia y aceptabilidad justificada, en cuanto estima que el primero expresa el genuino *significado de verdad*, mientras que los restantes son *criterios de verdad*.

¹² Sobre la vinculación de la verdad como correspondencia con el garantismo se puede consultar: FERRAJOLI (2006) p. 51, 68-69, 85, 106-108 y 152, entre otras. Al igual que Taruffo, el profesor florentino sostiene que la verdad como correspondencia es un ideal regulativo y que si bien no dice nada respecto de los criterios de verdad, el único significado de la palabra “verdadero” es la correspondencia más o menos argumentada y aproximativa de las proposiciones de las que se predica realidad objetiva, que en el proceso viene constituida por los hechos juzgados y por las normas aplicadas. La relación de la verdad como correspondencia y garantismo se explica partiendo de la idea, como señala Luigi Ferrajoli, que “ni las condiciones de uso del término “verdadero”, ni las condiciones para asegurar que una tesis judicial es verdadera son independientes del modo como está formado el sistema legal con referencia al cual la verdad procesal es predicable, sino que está estrechamente ligada a las técnicas legislativas y jurisdiccionales normativas”. Ferrajoli menciona como técnicas las garantías penales y procesales, en cuya “[...] ausencia... no se puede hablar de *verdad* en el proceso ni siquiera en sentido *aproximativo*”. Con esto, me parece que según lo que manifiesta Ferrajoli, si la verdad como correspondencia es un ideal, para acercarse lo más posible a él no da lo mismo cualquier sistema procesal. Por ello dice que en el proceso se logra mayor autenticidad si se satisfacen las garantías del juicio contradictorio, la oralidad, la intermediación y la publicidad. Podemos, además, decir que si se cumple con las condiciones o garantías de la verdad fáctica que apunta Ferrajoli, a saber: la necesidad que la hipótesis acusatoria esté confirmada por una pluralidad de pruebas; la posibilidad de refutar o contraprobar; la imparcialidad de la elección judicial de la hipótesis explicativa en competencia; a lo que se debe añadir el deber de motivar racionalmente las elecciones y decisiones en el proceso, estaremos más cerca de establecer, con todas las limitaciones que imponen las reglas procesales, los hechos tal como ocurrieron. Es precisamente un sistema garantista el que considera tales condiciones o garantías y, por consiguiente, el que más permite aproximarse a la “verdad real”.

¹³ Respecto del nexo entre tradición racionalista de la prueba y la verdad como correspondencia ver: FERRER BELTRÁN, Jordi (2007). *La Valoración Racional de la Prueba*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 166 pp. Este autor afirma que: “[...] aplicar la norma que prescribe una consecuencia jurídica para el caso en que se dé *h* requiere que se haya producido *h* y, por tanto, que los enunciados que se declaran probados en el proceso se correspondan con lo ocurrido en el mundo” (p. 19). Más adelante expresa, poniendo el acento en la finalidad del derecho como mecanismo de regulación de la conducta humana, que: “Solo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios” (p. 30). En similar sentido, consultar del mismo autor: (2005) *Prueba y Verdad de los Hechos*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2º edición, p.71.

ello, si la prueba distorsionada u omitida, o parte de ella, es decisiva, esto es, esencial o relevante para llegar a una conclusión absolutoria o condenatoria, esa distorsión u omisión determinará una fijación fáctica errónea. En segundo lugar, en la medida que a partir de esta fijación fáctica se determina el derecho aplicable cualquier distorsión u omisión influirá en la correcta aplicación de una norma jurídica.¹⁴ Tercero, como garantía de la fidelidad, es incontestable que la fundamentación de la sentencia y su antecedente –la valoración– deben cimentarse en la prueba producida en el juicio, de manera que no exista ningún quiebre en la construcción lógica de la sentencia que afecte lo que Perfecto Andrés Ibáñez llama “transparencia argumental”.¹⁵ En fin, aunque resulte obvio, para la justicia de la decisión jurisdiccional es necesario que la sentencia sea fiel al proceso.¹⁶

Asimismo, la distorsión u omisión de material probatorio incorporado al juicio no sólo implica una incorrecta fijación de los hechos y aplicación del derecho, sino una afectación al derecho a la prueba, probablemente una de las facultades derivadas del derecho de defensa que tiene mayor trascendencia en el proceso penal.¹⁷ No resulta muy aventurado sostener que la distorsión u omisión, incluso parcial, de prueba rendida en el juicio infringe la cláusula constitucional del procedimiento e investigación racional y justa, pues supone, en el caso de condena, una decisión que desvirtúa el estado de inocencia sin que se cumpla con los presupuestos básicos para ello.¹⁸ Si en la valoración que precede a la decisión judicial se omite o

¹⁴ La afirmación anterior se ve corroborada por un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 30 de noviembre de 2009, en causa Rol N° Rol 881-2007. En dicha resolución sostuvo: “7°) Que la ponderación de toda la prueba rendida, inclusive la desestimada, constituye una cuestión relevante, en lo concerniente al relato fáctico que se declara probado, o no probado, y el ejercicio de subsunción de los hechos en el tipo penal procedente, elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas y consecuencias punitivas y civiles, para el evento de una condena, todo lo cual resulta imprescindible”. Ver también: IACOVELLO (2009) p. 675.

¹⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1998). “Carpintería de la Sentencia Penal (en materia de “hechos”)”. *Revista del Poder Judicial*, N° 49, primer semestre, España. En CALÓ (2008), p. 2904, se pone el acento en la vinculación que existe entre la fidelidad de la motivación con los actos del proceso y la censurabilidad de la tergiversación de la prueba después de la Reforma de 2006.

¹⁶ IACOVELLO (2009) p. 680.

¹⁷ Sobre la relación de prueba tergiversada, derecho a la prueba y derecho de defensa, consultar: LOZZI, Gilberto (2008) p. 718.

¹⁸ Sobre este aspecto consultar la sentencia de la Corte Suprema chilena de 29 de julio 2009, Rol N° 6575-2008 que señala: “[...] conviene destacar que el legislador exige, so pena de nulidad, que todo veredicto debe extenderse conforme al mérito del proceso, haciéndose cargo los jurisdicentes de todas las probanzas que sean pertinentes con el fin de determinar las circunstancias que de ellas se derivan y que interese asentar para la resolución que acuerden, así como de las alegaciones, defensas y excepciones opuestas por los litigantes, lo que particularmente aparece precisado en los preceptos detallados precedentemente, *lo que constituye requisito esencial e ineludible para todo edicto, y que proviene de la calificación de justo y racional del procedimiento que debe mediar para asentar las decisiones de los órganos que ejercen jurisdicción en el Estado*” (Considerando undécimo). Asimismo, la Corte de Apelaciones de Concepción en resolución de 17 de diciembre de 2009, causa Rol N° 574-2009 asevera que: “8° Que, esta fundamentación exigida por el legislador, es atendible para la existencia de un debido proceso, si se resolviera el proceso sin motivar la decisión, *omitiendo, ponderando parcialmente o no ponderando toda la prueba rendida en el proceso, se vulneraría tal derecho*”. Fuera de nuestras fronteras se puede ver: sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-452/98, 26 de agosto de 1998 que señala que: “De allí resulta, sin duda, que los defectos del análisis probatorio, o la ausencia total del mismo, no menos que la falta de relación entre lo probado y lo decidido, vulneran de manera ostensible el debido proceso y constituyen irregularidades de tal magnitud que representan vías de hecho. Tal expresión encaja en los indicados supuestos como ninguna otra, ya que el fallador que se aparta del material probatorio, que no lo evalúa en su integridad, o que lo ignora, plasma en su sentencia su propia voluntad y no la de la justicia ni la de la ley. Decide de facto y quebranta, en consecuencia, los fundamentos esenciales del orden jurídico”. En el mismo sentido, la sentencia de la misma Corte Constitucional, T-329, 25 de julio de 1996 que, en

distorsiona una prueba rendida tal decisión se torna ilegítima en cuanto supone una selección arbitraria del material probatorio.¹⁹

Adicionalmente, el tribunal que tergiversa material probatorio, omitiendo o agregando información, transgrede sus propias competencias y se arroga la de los intervinientes, pues de alguna manera al tergiversar “prueba”, participa de una actividad exclusiva de los intervinientes. Con ello abandona su rol pasivo e imparcial, lo que también puede estimarse, dependiendo de la sustancialidad, como causal de infracción al debido proceso.²⁰

La cuestión que planteo aquí es quizás menos evidente que la – ¡espero inexistente!- distorsión u omisión de toda la prueba o de un medio en particular. Se trata, entonces, de la distorsión u omisión parcial de un medio de prueba por el ente jurisdiccional. Suele ocurrir que los jueces se hagan formalmente cargo de toda la prueba rendida, y discurren, incluso, más o menos, extensamente sobre su contenido, pero no sean del todo fieles, por ejemplo, a lo que un testigo o perito depone o a lo que expresa una grabación o documento. Esto puede ocurrir por diversas razones, a saber, por la valoración conjunta o global de la prueba²¹, por la preterición

lo pertinente, dice: "Para la Corte es claro que, cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela".[...] "La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez y distorsiona el fallo, el cual -contra su misma esencia- no plasma un dictado de justicia sino que, por el contrario, la quebranta". [...] "...el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (arts. 187 C.P.C y 61 C.P.L), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell)". También ver, sobre la necesidad de motivación del relato fáctico para proteger la presunción de inocencia: AVILÉS MELLADO, Luis (2004). "Hechos y su Fundamentación en la Sentencia, Una Garantía Constitucional". *Revista de Estudios de la Justicia* N° 4. Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, pp. 193-194. Sobre la presunción de inocencia como regla de juicio del proceso, ver: MONTANÉS PARDO, Miguel Ángel (1999). *La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 41-43.

¹⁹ DE LA RÚA (2006) p. 168. De La Rúa sostiene que la *arbitrariedad fáctica*, además del apartamiento de las reglas de la sana crítica, incluye los casos en que se resuelve “*contra o con prescindencia de las pruebas fehacientes regularmente presentadas en el juicio*” o se funda “*en pruebas que no constan en el proceso*”. En el sistema argentino, este tipo de arbitrariedad da lugar a la interposición del recurso extraordinario que por esta vía admite el análisis de problemas de hecho y prueba.

²⁰ Observación efectuada por José Manuel Fernández Ruiz, abogado del Departamento de Estudios y Proyectos, durante el proceso de revisión de esta minuta.

²¹ Para casos en que se invocó la omisión de prueba por valoración conjunta consultar resoluciones: Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29 de septiembre de 2004, Rol 135-2004; Corte de Apelaciones de Arica, 6 de febrero de 2008, Rol N° 203-2007.

intelectual de una versión de los hechos o simplemente por descuido en la redacción de la sentencia.

En todo caso, cualquiera que sea la razón por la que se distorsione u omita una prueba, o una parte de ella, en el momento de la valoración y en la consecuente motivación de la sentencia, es razonable que el perjudicado por esa omisión o distorsión piense que dicho material, incorporado al juicio, no fue considerado, o al menos no lo fue fielmente, para tomar la decisión que le causa agravio.

Así, si el objetivo de la prueba judicial es la obtención de “la verdad de las aserciones referidas a hechos del mundo empírico”²², ¿qué se puede hacer si, en la sentencia, el tribunal de mérito afirma cosas que no ocurrieron en el juicio u omite, aunque sea parcialmente, decir cosas que sí ocurrieron y que son relevantes para la decisión? ¿Qué vicio de nulidad se puede invocar frente a una sentencia que en su motivación cita a un testigo y silencia a otros, señala un párrafo de un examen pericial o testifical y descuida los otros, reproduce un documento y desconsidera otros? ¿Cuáles son los límites que el tribunal debe observar a la hora de reconstruir el hecho? ¿Permite nuestro sistema recursivo el control de lo actuado en el juicio oral de manera tal que lo consignado en la sentencia sea el fiel reflejo de lo que acaecido en el juicio? ¿Puede constituir la solución revisora una intromisión en la facultad del tribunal de mérito en relación al establecimiento de los hechos? Todos estos interrogantes, intentaré responderlos en las secciones que siguen.

II.- Principales modalidades de la tergiversación de la prueba

La tergiversación de la prueba es una noción novedosa para nosotros, aunque hay más casos en la jurisprudencia chilena que los que podríamos imaginar *a priori*. Sin embargo, en varios países tiene un desarrollo jurisprudencial mayor. Es el caso de Colombia e Italia. En Colombia la tergiversación probatoria recibe el nombre de error de hecho por falso juicio de existencia y error de hecho por falso juicio de identidad.²³

²² Esta es una frase que usa: TARUFFO (2009) p.169.

²³ La revisión de la doctrina de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia permite advertir cierto grado, sino de confusión, al menos de dubitativa aproximación sobre la tergiversación de la prueba, que, en todo caso, paulatinamente ha ido desapareciendo. En el 2001, en resolución de 16 de junio, en Proceso N° 10.988, sostuvo que se habría incurrido en: “[...] falso juicio de existencia por suposición, ya que presuntamente el fallador habría imaginado un medio de convicción, mas no tergiversado una prueba en concreto para hacerle decir algo que no aparece en su contenido”. En el año 2002, en Proceso N° 18855, la sentencia de 21 de mayo expresaba que: “El error de hecho, que es el postulado por el libelista, puede estar determinado por: falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio. [...] Incurre en error de hecho por falso juicio de existencia el fallador que se equivoca al contemplar materialmente el medio, ya porque omite apreciar una prueba legalmente aportada al proceso o porque la supone existente sin estarlo [...]; y, si es por suposición, indicar en qué parte del fallo se alude al medio que sin obrar materialmente en el proceso no ha sido considerado. [...] El error por falso juicio de identidad supone, en cambio, que el juzgador si tiene en cuenta el medio probatorio, y no obstante al sopesarlo lo distorsiona, tergiversa, recorta o adiciona en su contenido, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de su expresión fáctica. En tal evento, el censor tiene la obligación de confrontar por separado el tenor literal del medio probatorio con lo que el Tribunal estimó sobre su expresión fáctica; y así, demostrada la diferencia y el error, indicar la repercusión definitiva del yerro [...]”. Por su parte en 2006 la Corte Suprema, en Proceso N° 24173, sentencia de 14 de febrero de 2006, expresó que: “1. El *falso juicio de identidad* se caracteriza porque el juez tergiversa, desdibuja, la *materia objetiva que compone la prueba*. Esa tergiversación puede suceder, por ejemplo, porque se le quite algo al medio; se le agregue; se le modifique; o porque se le parcele. 2. También forma parte del *falso juicio de identidad* el cambio material, objetivo, que debe sufrir el medio cuando es alterado en cualquiera de

En fallo de 2008 la Corte Suprema colombiana distinguió tres tipos de errores de hecho: *error de hecho por falso juicio de existencia*, *error de hecho por falso juicio de identidad* y *error de hecho por falso raciocinio*. *El primero*, se configura cuando un medio de prueba es excluido de la valoración que efectúa el juzgador no obstante resultar incidente de cara al fallo controvertido (ignorancia u omisión) o porque el juzgador lo inventa o crea a pesar de no existir materialmente en el proceso, otorgándole un efecto trascendente en la sentencia (suposición o ideación). *El segundo*, a su vez, se verifica cuando el juzgador tergiversa o distorsiona el contenido objetivo de la prueba para hacerla decir algo no expresado por ella materialmente. También se incurre en este error de hecho cuando el juzgador toma una parte de la prueba como si fuera el todo, en tanto ello constituye una forma de distorsión, pues en su proceso de valoración se le suprimen contenidos incidentes, omitiendo de esa manera su apreciación integral. Por último, el *falso raciocinio* se presenta cuando el juzgador se aparta de las reglas de la sana crítica al momento de valorar las pruebas, esto es, los principios lógicos, las máximas de la experiencia o las reglas científicas.²⁴

En Italia, Francesco Mauro Iacovello afirma que son dos las formas de patología de la motivación que obedecen a la separación entre proceso y sentencia: tergiversación de la prueba y omisión de evaluación de una prueba decisiva. Señala que la jurisprudencia tiende a pensar que se trata de un mismo problema con una única solución, pues se dice que al omitir evaluar una prueba decisiva se tergiversa el hecho al cual esa prueba se refiere. Por el contrario, para el magistrado italiano, en la tergiversación se introduce dentro de la motivación un dato relevante que no existe en el proceso, mientras que en la omisión de valoración de prueba se saca de la motivación un dato relevante que existe en el proceso.²⁵

Los criterios para distinguir estas formas patológicas serían, según Iacovello, tres: 1) La obligación que se viola. Por un lado, la tergiversación infringe la obligación de utilizar sólo las pruebas legalmente producidas en el juicio, y por otro, la omisión quebranta la obligación de evaluar también la prueba contraria a aquella puesta en la base de la decisión²⁶; 2) El factor sobre el que incide. Así señala que la tergiversación incide sobre la prueba, o mejor dicho, sobre el dato probatorio e, indirectamente, sobre la motivación. La omisión, en cambio, no toca la prueba sino directamente la motivación. El dato probatorio no es mal interpretado, sino que simplemente ignorado en el desarrollo del discurso argumentativo; 3) El problema que se enfrenta. La tergiversación nos pone ante un problema de verdad o falsedad del dato probatorio. La omisión ante un problema de relevancia de un dato probatorio en particular. Dice, entonces, que si se

sus modalidades. Por eso se habla de *tergiversación* o *desdibujamiento* de la prueba. Dicho de otra forma, si se mira objetivamente el medio probatorio *antes* de la supresión, la adición, el recorte o la modificación, y se le compara objetivamente con el medio *después* de la supresión, la adición, el recorte o la modificación, y el mensaje objetivo que transmite es el mismo, no es posible hablar de falso juicio de identidad; y al contrario, si ese mensaje objetivo varía, se puede ir pensando en la existencia de tal falso juicio²⁷. En fallo de 13 de junio de 2007 la Corte Suprema en Proceso N° 27.281, distinguió tres tipos de falso juicio de identidad: falso juicio de existencia por cercenamiento, falso juicio de identidad por adición y falso juicio de identidad por tergiversación. El primer tipo se manifiesta cuando el operador jurídico al aprehender su contenido le suprime apartes trascendentales de su tenor. El segundo, en cambio, se presenta cuando se le agrega circunstancias fácticas que no corresponden a su texto. El último se da cuando se desnaturaliza, trueca o cambia el significado de una expresión literal.

²⁴ Corte Suprema de Colombia, Sala de Casación Penal, 7 de julio de 2008, Proceso N° 29512.

²⁵ IACOVELLO (2002) p.95.

²⁶ Me refiero a *prueba contraria* para aludir a aquella parte del material probatorio que permitiría refutar la hipótesis que el tribunal estima corroborada. Este material, de no haber sido ignorado, podría haber conducido a una conclusión distinta a la contenida en la decisión.

tergiversa una prueba evidentemente no se omite evaluarla; si se omite evaluarla, evidentemente no se la puede tergiversar.²⁷

En sentencia de 15 de junio de 2007, Recurso N° 24.667, la *Corte di Cassazione* expresó que: “El fenómeno de la prueba "omitida", sustancial y decisiva (es decir, el vicio de pronunciamiento omitido respecto a un dato procesal o probatorio significativo), como el de la prueba "tergiversada", también sustancial y decisiva, esto es, la diferencia notoria del resultado probatorio en relación con el elemento de prueba que surge de los actos procesales (es admitido un hecho seguramente excluido o contradicho con los actos del juicio, o se excluye un hecho manifiestamente confirmado en los actos; es establecida como existente una prueba fenoménicamente inexistente o es supuesto el contenido de una prueba, si bien existente, pero incontrovertiblemente divergente del resultado probatorio), era bien conocida por la jurisprudencia forjada durante la vigencia del antiguo Código de Procedimiento Penal”.²⁸

Así pareciera ratificarse con la jurisprudencia más reciente la formulación de Iacovello en cuanto a que “*prova omessa*” y “*prova travisata*” son dos categorías diferentes. La primera es la que no ha sido considerada en la toma de la decisión jurisdiccional pese a haberse producido, mientras que la segunda es aquella en que las pruebas consideradas en la sentencia en realidad no existen o su contenido declarado en el fallo es divergente de las pruebas rendidas. Si bien, yo mismo comparto esa distinción, en la medida que ambas categorías responden a un problema de infidelidad de la sentencia con el proceso, me parece que esa diferencia, siendo efectiva, no impide que se pueda incluir la omisión como una forma de tergiversación, si se distingue a su vez entre tergiversación de la prueba o del material probatorio, como concepto general, y tergiversación del dato probatorio concreto o en sentido estricto. Por esta razón, cuando me refiera en este texto a prueba tergiversada lo haré en el primer sentido, esto es, como concepto general, incluyendo en él la omisión material de prueba.

En nuestra doctrina y jurisprudencia no existe ninguna sistematización sobre las modalidades de tergiversación probatoria.²⁹ No obstante, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del año 2009 distingue tres tipos omisiones en la motivación relacionados con el objeto de este trabajo: la omisión de prueba, la ponderación parcial y la no ponderación de toda la prueba.³⁰ Admitamos desde ya que de los defectos mencionados solo los dos primeros son intelectualmente posibles en el estadio de evolución de nuestro sistema. Una sentencia que no pondere en su totalidad la prueba debiéramos considerarla una rareza procesal. Por lo mismo, los dos primeros vicios parecen mucho más atendibles. Como se puede apreciar la única forma de tergiversación que se admite en la sentencia penquista es de carácter omisiva.

Otra sentencia chilena que admite la existencia de omisión probatoria reconoce que esta puede referirse a un “particular medio de prueba”, o a “determinadas declaraciones formuladas por un determinado testigo” y hace consistir la omisión en la “no constancia expresa en la

²⁷ IACOVELLO (2002) pp. 95-96.

²⁸ La traducción del párrafo de la sentencia fue realizada por el autor.

²⁹ De los libros chilenos consultados los únicos que hacen un catálogo de vicios de motivación, entre los cuales se podría incluir la tergiversación probatoria están: CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2006). *El Recurso de Nulidad. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, pp. 220-221, y; PRAMBS (2005).

³⁰ La Corte de Apelaciones de Concepción en resolución de 17 de diciembre de 2009, causa Rol N° 574-2009 asevera que: “8° Que, esta fundamentación exigida por el legislador, es atendible para la existencia de un debido proceso, si se resolviera el proceso sin motivar la decisión, *omitiendo, ponderando parcialmente o no ponderando toda la prueba rendida* en el proceso, se vulneraría tal derecho”. (Las cursivas son del autor).

sentencia”.³¹ Así, la omisión puede implicar la postergación o preterición material de todo un medio de prueba (llámese documento, testigo o perito) o sólo de una parte de él.

Resumiendo, podemos decir que la tergiversación puede ser omisiva o aditiva. En el primer caso, la omisión o cercenamiento puede ser total o parcial.³² Es total cuando el tribunal ha omitido materialmente todo un medio de prueba y, parcial, cuando la preterición afecta sólo a una parte incidente o decisiva de un medio probatorio. La tergiversación aditiva puede ser, a su vez, también total o parcial. Será total cuando el tribunal crea o consigna en la sentencia un medio de prueba que no existe materialmente y, parcial cuando, sin invención o creación, distorsiona el contenido de la prueba existente agregando o suponiendo determinados aspectos.³³

III.- Derecho a la prueba y prueba tergiversada

Uno de los elementos que definen el derecho a la prueba es el derecho (entiéndase de las partes) a una valoración racional de las pruebas practicadas. Como señala Jordi Ferrer, recordando a Michelle Taruffo, el derecho a la admisión y práctica de las pruebas sería una garantía ilusoria si no se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión.³⁴

Podemos hablar de prueba omitida en tres casos: (i) Prueba que no ha sido admitida para ser producida en el juicio; (ii) Prueba producida en el juicio y consignada en el sentencia, pero que no ha sido valorada, siendo relevante; y (iii) Prueba que no ha sido consignada en el texto de la sentencia de la forma como fue producida en el acto del juicio. En este ensayo cuando me refiera a la omisión de prueba o a prueba omitida aludiré a la *omisión material de la prueba* y no a la *omisión de la valoración de la prueba u omisión intelectual*.³⁵ Por ello, abordaré sólo la

³¹ Corte de Apelaciones de La Serena, 22 de julio de 2005, Rol 179-2005.

³² La tergiversación omisiva total a la que aludo no dice relación con la preterición de toda la prueba rendida en el juicio, situación que insisto me parece inconcebible, sino con la omisión de “todo” un medio de prueba. Por ejemplo, si se ha omitido consignar todo lo declarado por un testigo, la omisión será total. Si sólo se ha omitido consignar una parte de la declaración de ese testigo, la omisión será parcial.

³³ Esta clasificación, muy básica por cierto, alude solamente a lo que como se ha declarado varias veces el objeto de este trabajo: *la tergiversación material de la prueba*, omisiva o aditiva. Por lo tanto, no me refiero, por exceder mi propósito, a otras posibilidades de clasificación.

³⁴ FERRER BELTRÁN (2007) p. 56.

³⁵ Creo que es conveniente que se haga esta distinción para efectos metodológicos. Una cuestión es decir que existe omisión material de un dato probatorio, esto es, que en la sentencia no se ha consignado lo dicho por un testigo, un perito o lo que consta en un documento, y otra distinta es que el material probatorio no sea considerado a pesar que consta en la sentencia. En ambos casos se infringe el art. 297, pues la fundamentación no se hace cargo de toda la prueba y ambos tienen virtualidad o efecto anulatorio. Pero claramente ambos suponen formas distintas de infringir el mandato legal y exigen una distinta actividad argumentativa. Además creo que ambos tipos de omisión ocurren en momentos distintos. Para explicar esto último me valdré de la distinción de Daniela Accatino entre un momento de *valoración en sentido estricto* y, otro, *de justificación de los enunciados probatorios*. El primero es aquel que designa la determinación del apoyo empírico que los elementos de juicio aportados al proceso proporcionan a las hipótesis en conflicto. El segundo momento es aquel que corresponde al establecimiento de relaciones lógicas de corroboración entre los enunciados fácticos que se trata de probar y los elementos de juicio disponibles. Me parece que el vicio de la tergiversación omisiva está vinculado más al primer momento que al segundo, pues es en aquel en que el juzgador puede, para determinar los hechos que tendrá por probados, omitir o distorsionar los elementos de juicios disponibles, es decir, las pruebas rendidas. Entonces, el líbello que lo denuncia debe demostrar antes que todo que la prueba omitida o tergiversada, debiendo integrar los “elementos de juicios disponibles que prestan apoyo empírico”, o está fuera del caudal probatorio o es incorporada a éste de una forma sesgada. No pierdo de vista, eso sí, que probablemente cuando se haga el análisis de la relevancia de la prueba omitida o tergiversada nos debamos

tercera acepción, aún cuando varios de los argumentos que se viertan sobre este tipo de omisión pueden servir para los otros.

En el caso de la tergiversación omisiva es posible plantear, dos cosas: (1) Una prueba omitida es una prueba sobre la que no se razona y de hecho uno de los motivos por los que se la omite puede ser porque no se quiere razonar sobre ella, es decir, es una prueba molesta, porque, por lo general, conduce a un final de camino que no es el querido por el decisor; (2) Desde una posición meramente intuitiva, es posible afirmar que será difícil que el afectado con la omisión pueda entender que una prueba, o una parte de ella, que no haya sido siquiera descrita en el texto de la sentencia, fue *considerada o tenida en cuenta* en la valoración de la decisión que lo agravia.

Una exigencia para que la motivación sea legítima es que se base exclusivamente en la prueba válidamente introducida en el debate y no omita la consideración material de prueba decisiva introducida en él.³⁶ Esta afirmación que deriva del principio de verdad real o material³⁷, y por derivación de los principios de intermediación y contradicción y de inviolabilidad de la defensa, conduce a la conclusión que al omitirse, por ejemplo, un pasaje de un documento presentado o una parte de un contraexamen se vulnera todo el andamiaje de principios procesales dispuestos por el legislador, pero especialmente el carácter contradictorio del juicio oral.

Partiendo de los *deberes del juez de utilizar todos los medios de prueba incorporados y de no prescindencia* de los elementos probatorios en el juicio³⁸, cabe formular la siguiente regla que, además está establecida legalmente en el art. 297 inciso 2° del CPP: *En caso de desestimarse un medio de prueba o parte de él debe explicarse las razones de esa forma de proceder*. Es así como no es nueva la exigencia que, pretendiendo satisfacer el deber de motivación, asegura también el derecho a que las pruebas rendidas sean íntegramente empleadas en la construcción de la decisión.

En relación a la tergiversación aditiva, el derecho a la prueba también se ve afectado pues el juez utiliza un material probatorio que no existe, que no se produjo o incorporó en el juicio. Con este tipo de distorsión se afecta también el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas, puesto que cuando la ley señala que el juez debe hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, significa que sólo se puede hacer cargo de la prueba producida en su más absoluta literalidad y especificidad, sin suponer ni agregar nada a ella. No podría, me parece, considerarse racional una valoración cuya base empírica puede ser alterada por el juez, seleccionando algunos aspectos, exagerando o minimizando otros.

Por otra parte, un elemento adicional del derecho a la prueba es la obligación de motivar las decisiones judiciales.³⁹ En un modelo racional de valoración de la prueba los jueces deben

situar intelectualmente en el segundo momento. Una distinción parecida se puede encontrar en: IACOVELLO (2009) p. 690, cuando discrimina, en relación con la ausencia de motivación, el caso en que la motivación contiene toda la información fáctica relevante a fin de adoptar una decisión de aquel en que la motivación no la contiene.

³⁶ DE LA RÚA (2006) p. 137.

³⁷ Para una crítica de la distinción entre verdad material y formal, ver: FERRER BELTRÁN (2005) pp.61-68.

³⁸ DE LA RÚA (2006) p. 137.

³⁹ Para ver pronunciamientos sobre el derecho a la prueba, consultar: Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. 4831-2005-PHC/TC, Arequipa Rubén Silvio Curse Castro, sentencia de 8 agosto de 2005, en que declara que el derecho a la prueba está integrado: “7.[...] por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado. 8. Como puede verse, de los elementos que forman parte del

fundar no sólo la aplicación del derecho, sino el establecimiento de los hechos y, en este caso, el único material del que pueden valerse es el aportado en el juicio. Una decisión es motivada o justificada en la medida que desarrolla de manera lógica una argumentación sobre los hechos que se dan por probados basándose “en los elementos de juicio disponibles en el proceso que permitan corroborar de forma suficiente la hipótesis aceptada como probada”⁴⁰. Si en la sentencia se agregan medios de pruebas, o a los producidos se les adicionan contenidos que modifican el resultado del juicio, se produce no solo una selección arbitraria en el ámbito probatorio con clara afectación del derecho de defensa, sino que se afecta también la seguridad jurídica del interviniente agraviado, que es sorprendido con un contenido probatorio que por ser nuevo, o más bien inexistente, no pudo controvertir. En un escenario procesal como el planteado la sentencia no tiene ninguna posibilidad de constituir un texto racional a través del cual se corroboren efectivamente las hipótesis formuladas en el juicio.

IV.- ¿Cómo entender el deber de fundamentación de la sentencia en el establecimiento de los hechos?

Los tribunales superiores interpretando la exigencia del art. 297 del CPP han resuelto, con matices, cuál es el contenido de la exigencia de que la sentencia debe hacerse cargo de toda la prueba producida. Matices, por cierto, no carentes de importancia para el objeto de este trabajo.

En mi opinión, la jurisprudencia nacional se ha movido desde la necesidad que exista exposición íntegra del contenido de los medios de prueba a la aceptación de la reproducción suscita, y por lo tanto parcial, de los medios de prueba.⁴¹

En sentencia de la Corte Suprema de 2 de julio de 2003 se sostuvo en alusión al art. 297 del CPP que

“La nueva legislación procesal penal ha sido especialmente exigente en orden a imponer a los jueces que conocen y resuelven en definitiva en juicio oral un *trabajo de elaboración particularmente meticuloso y cuidadoso en la elaboración de sus sentencias*. La preocupación esencial de toda sentencia penal de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieran por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297. Esta norma, [...] exige que para hacer esa valoración el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con señalamiento de los medios de *prueba*, únicos o plurales, por los cuales se dieran por probados cada uno de los hechos y circunstancias atinentes a la litis. [...] El fin de la fundamentación no es otro que permitir la reproducción y fijación del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia. Pero ha

contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables. 9.- Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso.”

⁴⁰ FERRER BELTRÁN (2007) p. 66.

⁴¹ Sobre este punto se puede consultar: RIEUTORD ALVARADO, Andrés (2007). *El Recurso de Nulidad en el Nuevo Proceso Penal*. Editorial Jurídica, 1° Edición, Santiago de Chile, pp. 63-75.

ido más allá la ley. [...]De todo lo relacionado resulta muy claro que el nuevo proceso penal *obliga a los jueces en su sentencia a indicar todos y cada uno de los medios probatorios atinentes a fijar los hechos y circunstancias propuestos por los intervinientes, expresar sus contenidos y en base a ellos razonar conforme a las normas de la dialéctica a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir uno del otro o para darle preeminencia*, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad para apreciarla y llegaron a dar por acreditados los hechos y circunstancias que serán inamovibles posteriormente”.⁴² (Las cursivas son del autor).

La misma Corte Suprema en sentencia de 11 de agosto de 2004 interpretando el precepto indicado señaló que hacerse cargo de toda la prueba producida

“[...] se traduce en una exposición cabal y exhaustiva de los hechos y circunstancias que se dieren por acreditados, pero dicho precepto no exige una descripción o detalle minuciosos de los medios de convicción y únicamente encierra una descripción fáctica de todos y cada uno de los hechos, vale decir, la forma como se cometió el ilícito, la hora y el lugar y las demás circunstancias acreditadas en el proceso y una valoración de ellos con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, *aunque no es indispensable una exposición, completa y cabal del medio de prueba, con una transcripción íntegra y textual de ellos*”.⁴³ (Las cursivas son del autor).

Si bien todo parece indicar que se ha impuesto en nuestra jurisprudencia la tesis que a la frase “hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida” corresponde el análisis individualizado de cada medio de prueba⁴⁴, es cierto también que todo indica que predomina en los tribunales superiores la idea que no es necesaria, en la sentencia, una reproducción íntegra de

⁴² Sentencia de la Corte Suprema, Segunda Sala (Penal), 2 de julio de 2003, Rol 1743-2003. En similar sentido, se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de San Miguel, 30 de noviembre de 2009, Rol 881-2007: “5°) Que resulta de la esencia de todo fallo penal, la fijación del *factum*, sus circunstancias axiales y concomitantes que se tienen por probadas, ya sean favorables o contrarias al acusado, ejercicio jurídico que debe ir precedido de la debida valoración que exige el artículo 297 del Código Adjetivo. En dicho cometido, el Tribunal debe hacerse cargo imperativamente de toda la prueba producida, incluso la que ha desestimado, con señalamiento de los medios, singulares o plurales, por los cuales se dieron por probados cada uno de los hechos y las circunstancias que conformaron la litis. Esta exigencia comprende la extensión de los contenidos y sobre la base de su constitución, el razonamiento dialéctico desarrollado, con el objeto de poner en evidencia los motivos que se han tenido en cuenta para preferir una probanza a otra, o para darle realce o preeminencia, de manera que, de dicha inferencia fluya la forma en que el sentenciador hizo uso del ejercicio de valoración de la prueba en los términos de la norma del artículo 297 del Código Procesal Penal”. No obstante en el mismo fallo, a pesar de la referencias al señalamiento de los medios, singulares o plurales, y a la extensión de los contenidos, se dice en el considerando siguiente: “6°) Que en ese contexto se debe enfatizar que los fallos judiciales no son meras expresiones de voluntad, sino aplicación razonable y motivada de las normas jurídicas, *por lo que requieren un sustento que, aun cuando sea sucinto*, proporcione una respuesta adecuada en Derecho a la cuestión planteada y resuelta.” (Las cursivas son del autor).

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema, Segunda Sala (Penal), 11 de agosto de 2004, Rol N° 2600-04. En esta sentencia la Corte señaló además que: “La sentencia atacada cumple sin merecer reproche con tales exigencias, lo que se desprende de la lectura de los considerandos décimo a décimo tercero del fallo atacado, en los que, si bien se hace cargo de la prueba rendida en el juicio oral de manera *sucinta*, lo realiza de forma coherente y racional”. (Las cursivas son del autor).

⁴⁴ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2009). “Forma y Sustancia en el Razonamiento Probatorio. El Alcance del Control sobre la Valoración de la Prueba a través del Recurso de Nulidad Penal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXII, 1° semestre de 2009. p. 351.

las probanzas aportadas por las partes.⁴⁵ Esto puede conspirar contra la primera tesis, transformándola en una afirmación jurisprudencial meramente discursiva, carente de contenido y, lo peor, que conduzca directamente, sino a la arbitrariedad, al menos al error judicial. ¿Se puede garantizar sin mayores problemas que se podrá siempre estar en buenas condiciones epistémicas para justificar la selección de un pasaje de un testimonio, mientras que se desecha otro? No creo que sea tan fácil, y diría, además, que se torna una actuación muy riesgosa para quien debe tomar una decisión dotada de autoridad.⁴⁶ Un caso que demuestra este aserto es el N° 1 tratado en la Sección VIII de este trabajo, en que la Corte Suprema anula una sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de La Serena por no haber reproducido en forma completa la declaración de peritos psiquiatras.

Daniela Accatino sostiene, con buenos argumentos, que el modelo de justificación seguido por el CPP es el denominado *modelo analítico* que requiere una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y las razones que lo sustentan y de la cadena de inferencias que permite tener por justificadas las

⁴⁵ La Corte de Apelaciones de Valparaíso, 4 de mayo de 2007, Rol N° 368-2007, ratificando el criterio del máximo tribunal declaró que: “En lo tocante a falta de fundamentación o valoración incompleta, el recurso reprocha que la sentencia omite citar el texto expreso de las declaraciones prestadas en juicio por testigos que indica, los que no estarían contestes y que incurrirían en contradicciones. [...] El recurso afirma que el Tribunal no menciona por qué razón ni de qué forma da credibilidad a las declaraciones de tres testigos que declaran tres hechos distintos y opuestos entre sí, cuando lo que declaran haber visto habría ocurrido prácticamente a la misma hora [...] SEGUNDO.- Que la Excm. Corte Suprema ha entregado directrices claras respecto al contenido de las sentencias con observancia de las disposiciones invocadas que ilustran la causal invocada. *Dichos preceptos no exigen una descripción o reproducción minuciosa de los medios de convicción* y únicamente encierra una descripción fáctica de todos y cada uno de los hechos, vale decir, cómo se cometió el ilícito, la hora y el lugar y las demás circunstancias acreditadas en el proceso y una valoración de ellos con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, *aunque no es indispensable una exposición completa y cabal del medio de prueba, con una transcripción íntegra y textual de ellos*. Lo mismo hace la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en resolución de 22 de noviembre de 2010, Rol N° 134-2010 al sostener: “Sin perjuicio de ello debe indicarse que *no reproducir, íntegramente, todos los dichos de los testigos, peritos o acusados, o bien el contenido completo de documentos o la descripción total de evidencias materiales, filmaciones, grabaciones o imágenes, no constituye, por sí, vicio alguno*. [...] No lo exige la ley y, antes bien, lo que se pretende es que la sentencia sea capaz de reproducir el razonamiento del tribunal, lo que ciertamente, supondrá, establecer el conjunto de elementos probatorios sobre los cuales se basará la decisión y, además, la referencia a aquellos que, relacionados directamente sobre el asunto, serán desestimado y, seguidamente la valoración de los mismos, *mas no su reproducción íntegra*”. (Las cursivas son del autor). También la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 17 de agosto de 2010, en causa rol N° 265-10, señala que la exigencia del art. 297 del CPP “[...] no contempla la reseña completa del contenido de las declaraciones testimoniales por lo tanto, prescindir de parte de las declaraciones no constituye una razón que justifique algún motivo de nulidad.” Lo más curioso de este fallo es que niega que aún cuando la omisión incidiese sobre “*información relevante y decisiva*”, eso “[...] *per se*, tampoco constituye un objeto del motivo de nulidad sino sólo cuando desvirtúa los parámetros que exige el artículo 297 en cuanto a apreciar la prueba libremente y llegar a la convicción de un hecho o circunstancia respetando las normas básicas de la lógica, los principios científicamente afianzados y las máximas de la experiencia”. Más fallos en que se encuentra la idea de la no necesidad de reproducción íntegra están en: Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de julio de 2010, Rol N° 276-2010; Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de junio de 2010, Rol N° 207-2010; Corte de Apelaciones de Chillán, 20 de mayo de 2010, Rol N° 64-2010; Corte de Apelaciones de Temuco, 9 de febrero de 2010, Rol N° 1-2010.

⁴⁶ En todo caso, me parece, que Andrés Rieutord al sostener que “[...] el legislador no exige incorporar todos los medios de prueba en la valoración que debe realizar el tribunal, sino sólo aquellos que efectivamente sirvieron de base para fundar las conclusiones a que arriba el ente juzgador”, debe asumir el riesgo que se deje fuera u omita información relevante que, repudiada erradamente *a priori*, si tenga incidencia en el resultado del juicio. RIEUTORD ALVARADO (2007) p. 68.

conclusiones probatorias.⁴⁷ Este modelo requiere la construcción dialógica de la motivación, un análisis exhaustivo de los medios de prueba, una valoración singularizada de las pruebas desestimadas y la confrontación de las hipótesis desechadas.⁴⁸

En lo que concierne a este trabajo quiero poner el acento en el carácter exhaustivo del análisis de los medios de prueba y en su valoración singularizada. Por un lado, la exhaustividad del análisis no se agota solamente en la mención de cada uno de los medios de prueba, sino que obliga a su reproducción lo más exacta posible, especialmente en aquellos aspectos en que se ha trabado la mayor controversia en el juicio o que tienen impacto sobre la veracidad que se puede otorgar a otros medios de prueba⁴⁹. Por otra, la valoración singularizada proscribire la valoración conjunta de la prueba, de forma de evitar que la fundamentación omita, inconscientemente, referirse a una parte de la prueba producida o agregue datos probatorios de manera inexacta. Si bien el riesgo de distorsión u omisión de una prueba existe también en el caso de valoración individual, todo parece indicar que aumenta considerablemente cuando se recurre a la valoración conjunta propia del modelo holista o globalizador.⁵⁰ Además, exigir un análisis exhaustivo y singularizado de la prueba tiene la ventaja que garantiza que el tribunal de mérito se abstenga de seleccionar pruebas y hechos y, por ende, evita que se pueda incurrir en el error de no aludir a pruebas o hechos importantes que acarreen la nulidad del juicio.⁵¹

Como bien afirma Daniela Accatino, es necesario precisar los criterios de racionalidad de la deliberación y estructuración de la justificación de las conclusiones probatorias.⁵² Me parece que uno de esos criterios debe ser, sin lugar a dudas, la proscripción de la tergiversación de la prueba en cualquiera de sus modalidades. La primera condición para ello es no negar su ocurrencia y menos pensar que quien la denuncia a través de un recurso de nulidad comete una impropiedad lingüística de la que debiera excusarse.⁵³

⁴⁷ Para ver los argumentos que respaldan la afirmación que el sistema de valoración de la prueba en el proceso penal sigue el modelo analítico: ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2006). “La Fundamentación de la Declaración de Hechos Probados en el Nuevo Proceso Penal: Un Diagnóstico”. *Revista de Derecho*, Vol. XIX, N° 2, diciembre, pp. 9-26. En todo caso, la sentencia de la Corte Suprema de 2003 parece inclinarse por la misma proposición de la profesora Accatino.

⁴⁸ Debe entenderse que la valoración conjunta de las pruebas incumple la exigencia que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte. Si bien es necesaria una valoración conjunta de las pruebas, ella debe ser precedida de una valoración individual de las mismas, lo que exige que la valoración sea particularizada. Al respecto ver: FERRER BELTRÁN, Jordi (2007). P. 56-57.

⁴⁹ Sobre el deber de exhaustividad en la reproducción de la prueba trascendental se puede ver: Corte de Apelaciones de Concepción, 14 de junio 2010, Rol N° 184-2010 que sostiene: “9°) Que debe tenerse presente que la reproducción de los dichos de los testigos en la sentencia, no necesariamente debe contener la versión textual de las declaraciones de cada uno de ellos, pero no pueden ser omitidas circunstancias trascendentes que relatan los mismos y que pueden llevar al tribunal a emitir una decisión final en el juicio, que pudo haber sido distinta a la consignada en lo resolutorio de la sentencia que se analiza”. Igual tenor tiene la resolución de 23 de julio de 2010, de la misma Corte, Rol N° 276-2010.

⁵⁰ Un análisis de la concepción holista o globalizadora y del modelo analítico se puede encontrar en: TARUFFO (2009) pp. 307-325.

⁵¹ Este último argumento se debe a una observación de José Manuel Fernández Ruiz.

⁵² ACCATINO SCAGLIOTTI (2006) p. 17.

⁵³ En resolución de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 22 de noviembre de 2010, Rol N° 134-2010, que rechaza un recurso de nulidad de la defensa, se agrega la expresión “la defensa se permitió...”, cuando descarta la ocurrencia de una tergiversación omisiva, que parece traslucir cierta molestia frente a la invocación de este vicio. Por otra parte, en una de las tantas oportunidades en que he alegado la ocurrencia del vicio de tergiversación probatoria el abogado asesor del Ministerio Público expresó que lo dicho por la defensa era grave y que si se afirmaba debía denunciarse, por lo que entendí, penalmente. Mi respuesta fue que el recurso de nulidad era precisamente el mecanismo a través del cual se denunciaba el vicio procesal, sin que se llegase a afirmar por la

Hasta el momento el control jurisdiccional de la motivación de los hechos, además de meramente formal, se ha reducido mayoritariamente a evaluar la consistencia interna de dicha motivación, que implica un superficial análisis lógico de las inferencias y conclusiones probatorias, sin que se asuma cabalmente que el primer paso es proteger la consistencia contextual, esto es, que la sentencia sea el fiel reflejo de lo ocurrido en el juicio. Quien crea que esto no es una exigencia del modelo analítico no ha leído bien el art. 297 inciso final, que además de referirse al señalamiento de todos los medios de pruebas y a la fundamentación considerando toda la prueba producida, afirma, a la vez, la necesidad que la fundamentación permita la reproducción del razonamiento empleado para alcanzar las conclusiones probatorias.⁵⁴

Como contraste de lo afirmado en el párrafo precedente es necesario señalar que el control sobre la motivación supone un control complejo compuesto de tres operaciones, cada una con una función determinada. Estas operaciones según F. Iacovello asumen el carácter de test. El primero es el de “correspondencia de la motivación y decisión”, que debe verificar que se haya motivado todo cuanto se ha decidido. El segundo test es el de la “completitud y exactitud de la información probatoria” por el cual se debe verificar que la motivación se haya basado sobre toda la evidencia probatoria relevante y que tal información sea la correcta. Por último, debe aplicarse el “test de lógica de la argumentación” que consiste en controlar que la motivación haya desarrollado un discurso lógico siguiendo el método legal en la valoración de la prueba y en la comparación de la hipótesis alternativa sobre el hecho.⁵⁵

Creo que el segundo test está enderezado a velar por la fidelidad de la sentencia al proceso y en tal sentido es la herramienta jurisdiccional, y también de la defensa, para establecer la ocurrencia de una tergiversación probatoria.

defensa que se trataba de un caso de prevaricación. En todo caso, no puede descartarse como lo hizo notar José Manuel Fernández Ruiz, que sería interesante determinar si pueden concurrir las figuras de los arts. 224 N° 2 o 225 N°2 del CP y, por ende, establecer si la actuación del tribunal, cuando hay tergiversación, puede ser punible o no. Frente a este interrogante, me parece, que si bien no puede concluirse tajantemente que la tergiversación probatoria es punible, la gravedad e inexcusabilidad de la infracción a las reglas de sustanciación de los juicios pueden ayudar a construir argumentos para sostener que frente a groseras tergiversaciones la solución también puede ser penal.

⁵⁴Sobre la garantía de motivación de las sentencias ver: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Penal, 4 de noviembre de 2003, causa C38-03. En el fallo mencionado el tribunal centroamericano dice: “III. La garantía de motivar las resoluciones judiciales consiste en que mientras por un lado se deja al Juez libertad de apreciación de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, éste queda en cambio, obligado a expresar la correlación lógica de los argumentos, demostrando su conclusión para prevenir la arbitrariedad. Es decir, la motivación debe responder a las máximas que presiden el entendimiento humano, estructurada de acuerdo a los principios de identidad, contradicción y tercero excluido; y además debe ser concordante y derivar de elementos de convicción verdaderos, suficientes y que hayan sido incorporados legalmente al juicio, respetando el principio de razón suficiente, constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en virtud de ellas se vayan determinando, a la vez que de los principios de la psicología y de la experiencia común, de tal manera que si los juicios emitidos en la sentencia, están apoyados en elementos probatorios inexistentes o falseados en su contenido o significado, la motivación será ilegítima. De allí que los hechos acreditados en la sentencia deben tener sustento en prueba legalmente incorporada al juicio, que es lo que se denomina fundamentación probatoria, la cual se divide en dos: fundamentación descriptiva y fundamentación intelectual. [...] La fundamentación probatoria, descriptiva obliga al juez a señalar en la sentencia, uno a uno, cuáles fueron los medios probatorios conocidos en el debate y en su caso, el contenido de los mismos. Luego el Tribunal tiene la obligación de expresar en la sentencia la fundamentación probatoria intelectual, que es la apreciación de los medios de prueba y su vinculación con el resto de elementos obtenidos de otros medios de prueba. De tal manera que si se omite el hecho histórico habrá falta de fundamentación fáctica; si hay defecto en el resumen o relación de la prueba y su contenido, hay falta de fundamentación probatoria descriptiva; y si hay omisión de valoración de la prueba, habrá falta de fundamentación probatoria intelectual”.

⁵⁵ IACOVELLO (2009) p. 685.

V.- Esencialidad o relevancia de la prueba tergiversada

Como se sabe, uno de los principios que informan el régimen de la nulidad procesal es el de la trascendencia: “no hay nulidad sin perjuicio”. En consecuencia, para que un vicio o error en la motivación de una resolución produzca la nulidad, aquél debe causar agravio e influir en lo dispositivo del fallo, esto es, debe tener la capacidad de modificar el contenido de la decisión.

Respecto de la prueba tergiversada se sostiene que sólo podrá producir la nulidad de la sentencia en cuya elaboración se ha incurrido en la omisión o distorsión, cuando dicha prueba sea relevante o esencial, esto es, cuando con su agregación o fiel consideración el resultado fuese otro. La prueba será relevante cuando se dirige a establecer la existencia o inexistencia del hecho o cuando está dirigida a desvirtuar la credibilidad de las pruebas de cargo o descargo.⁵⁶ Para Iacovello la prueba es decisiva

“[...] cuando es potencialmente idónea, o para tornar intrínsecamente contradictoria la reconstrucción acogida por la sentencia, o para acreditar una diversa y más plausible hipótesis reconstructiva. Prueba decisiva es entonces la prueba que tiene eficacia causal sobre el juicio del juez”.⁵⁷

El procesalista argentino Fernando De La Rúa sostiene que la prueba omitida debe ser decisiva; si carece de eficacia, la omisión no afecta la motivación. El mismo autor afirma que en la motivación deben ser tenidas en cuenta tanto las pruebas favorables como las contrarias a la tesis admitida, siempre que se trate de pruebas efectivamente eficaces y decisivas para resolver el caso⁵⁸, esto es, que influyan en el fallo, de tal forma que éste quede privado de motivación o se llegue a justificar una decisión contraria a la adoptada.⁵⁹

La *inclusión mental hipotética* de la prueba preterida o ignorada es la operación que se recomienda para determinar si la prueba omitida transforma en insuficiente o contradictoria la motivación del fallo o justifica una hipótesis fáctica distinta, esto es, si es relevante o decisiva. Lo anterior significa que frente a un vicio de tergiversación omisiva los jueces que efectúan el control de nulidad deben incluir y relacionar la prueba omitida con el resto del material

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo español, 10 de diciembre de 2009, Recurso de Casación, N° 970/2008, que afirma que: “Como sostiene la recurrente una prueba es pertinente si se refiere a cualquier hecho que, de alguna forma, sea tomado en cuenta por el Derecho aplicable en la resolución que haya de dictarse o, dicho de otro modo, si “guarda relación con el proceso(...) entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y *el tema decidencia*” (SSTC 74/2004, de 22 de abril; 131/2003, de 30 de junio; 52 y 91/2004, de 13 de abril y de 19 de mayo); y a estos efectos añade que, desde la perspectiva del derecho fundamental del imputado a la prueba, puede ser prueba pertinente tanto la que pretenda negar la existencia de los hechos imputados o la participación del interesado en los mismos como la propuesta con el propósito de desvirtuar la credibilidad de las pruebas de cargo”.

⁵⁷ IACOVELLO (2002) p.103.

⁵⁸ DE LA RÚA (2006) p. 142

⁵⁹ DE LA RÚA (2006) p. 143.

probatorio valorado y determinar si esa prueba tiene la virtualidad de modificar la solución a la que se ha arribado.⁶⁰

Como puede resultar obvio, en el examen de la relevancia, esencialidad o decisividad de la prueba omitida, a través del mecanismo de la inclusión mental hipotética, el tribunal de nulidad está de alguna manera obligado a realizar “un juicio de hecho relativo a la valoración de la prueba en cuanto a la *suficiencia* de las pruebas válidas que el fallo conservaría como sustento”.⁶¹ Esto significa que el tribunal *ad quem* al efectuar la inclusión mental hipotética, por un lado, verifica la existencia de la omisión y, por otro, juzga la relevancia de un elemento probatorio lo que exige, sin duda, una valoración hipotética de la prueba omitida.

En caso de prueba tergiversada por adición el método a emplear debe ser el de la *supresión mental hipotética*, de tal modo que la determinación de si la prueba adicionada o distorsionada es decisiva dependerá si mentalmente suprimida de la motivación las conclusiones hubieran sido distintas.⁶²

En todo caso, me parece que conviene no olvidar que la prueba ofrecida por los intervinientes es sometida a un examen de admisibilidad, que en nuestro caso se realiza en la audiencia de preparación del juicio oral y en la que uno de los criterios empleados es el de la pertinencia. Esto permite señalar que la relevancia de la prueba viene respaldada, aunque sea parcialmente, por la declaración de pertinencia en dicha audiencia. Si bien no cabe sostener, de buenas a primeras, que hay que presumir la relevancia de la prueba pertinente⁶³, sí se debe recordar que al haber superado el test de admisión respecto de esa prueba, resulta inconveniente que el recurrente sea sometido a la exigencia de una carga probatoria o argumentativa a tal punto exigente que pueda hacer imposible la invocación de este vicio.⁶⁴ No quiero decir con esto que

⁶⁰ Francesco Iacovello sugiere la inclusión mental hipotética como criterio para definir la esencialidad. IACOVELLO (2002) p.104.

⁶¹ DE LA RÚA (2006) p. 145.

⁶² Un caso de aplicación del método de inclusión y exclusión mental hipotética se puede encontrar en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Penal, C38-03, 4 de noviembre de 2003. La sentencia indicada sostiene que: “Verificada que ha sido la existencia de los vicios alegados, corresponde ahora establecer la incidencia que estos han tenido en el fallo, con el fin de determinar la necesidad de repararlos anulando el proveído o parte del mismo; así para el caso del vicio tercero, es aplicable el método de la inclusión mental hipotética de la prueba omitida, de tal manera que si ésta se incorpora mentalmente a la decisión y el fallo se mantiene pese a su inclusión, queda demostrado que el defecto no influyó en la decisión, por tanto no existe agravio ni interés que haga necesario declarar la nulidad del proveído; y si por el contrario su inclusión conlleva a una conclusión distinta a la que llegaron los juzgadores, queda entonces probada la incidencia directa que tuvo su omisión en el fallo y por tanto debe anularse la sentencia. De igual manera para el vicio cuarto, es aplicable el método de la exclusión mental hipotética del argumento ilegítimo o falso, de tal manera que si a pesar de su exclusión, el fallo se mantiene, quedará acreditado que el defecto no influyó en la decisión, por tanto no sería necesario declarar la nulidad del proveído”. En similar sentido, sentencia del Tribunal de Casación Penal de San José, Costa Rica, de 11 de julio de 2002, sentencia 00507. Expediente: 98-200259-0414-PE.

⁶³ Me parece que esta afirmación tiene sentido en cuanto la inadmisibilidad puede ser declarada sólo frente a prueba manifiestamente impertinente. No cabría presumir la relevancia a partir de la sola declaración de pertinencia de una prueba, si el juez, con ella, lo único que está afirmando es que la prueba tiene algún grado de vinculación con el hecho, o dicho de otro modo, que no resulta de manera evidente que la prueba es inconexa con el núcleo fáctico de la acusación. Lo anterior, creo, no mella el aserto que la declaración de pertinencia nos debe cuidar de desechar rápidamente una prueba como irrelevante.

⁶⁴ En cuanto a lo que se exige para demostrar la trascendencia de la omisión o distorsión probatorias se pueden encontrar dos posiciones. Una que exige acreditar, en un sentido fuerte de la expresión, la trascendencia de la omisión o distorsión, mientras que la otra requiere demostrar que las pruebas son pertinentes y argumentar razonablemente sobre la posible influencia en la resolución sancionadora. Un ejemplo de la primera posición se encuentra en la sentencia de la Corte Suprema de Colombia de 11 de noviembre de 2009, Proceso N° 32360, en que

toda prueba declarada pertinente es relevante, y con ello desechar la aplicación de los métodos antes analizados, sino, por el contrario, apuntar que en la aplicación de estos métodos debe considerarse la declaración de pertinencia, como antecedente no menor, a la hora de evaluar su relevancia.⁶⁵ Esto implica que, en caso de duda sobre la relevancia de una prueba omitida o

se señala que el censor debe: “[...] acreditar que la enmienda del yerro advertido da lugar a un fallo esencialmente diverso y favorable a los intereses que representa el impugnante”. La segunda posición, que me parece correcta, encuentra sustento en lo afirmado por el Tribunal Supremo español, en sentencia de 10 de diciembre de 2009, Recurso de Casación N° 970/2008, en que se expresa: “La sentencia impugnada considera que en el presente caso se cumple el primero de estos requisitos, reconociendo, que 'la recurrente ha razonado la relación entre las causas inadmitidas y su finalidad, en este caso, no probar hechos, sino privar de validez otras 'pruebas' sobre las que, al menos parcialmente, descansa el pliego de cargos' pero sostiene que no se cumple la segunda de las exigencias, por cuanto 'no ha resultado razonado de modo convincente que la resolución del procedimiento hubiera sido absoluta si se hubieran practicado'. Sin embargo como sostiene la recurrente solo se exige demostrar que la resolución podría haberle sido favorable y no que la resolución habría sido favorable, como exige la sentencia impugnada. [...] En efecto, como sostiene la recurrente, *requerir una demostración plena y absoluta de la influencia de la prueba omitida en la resolución supone una probatio diabolica imposible de llevar a cabo, pues en última instancia será el órgano judicial el que valore las pruebas. Lo que corresponde al actor es demostrar que las pruebas son pertinentes*. En el presente caso tratan de desestimar pruebas de cargo en que, al menos en parte se basa la resolución. Por otra parte la sentencia dice que la actora ha podido alegar, sobre la validez de unas pruebas de cargo, pero no es lo mismo alegar sobre la validez de unas pruebas, para lo que no se necesita prueba alguna, que probar, pues es evidente que el Tribunal que se basa en pruebas no va a dar el mismo valor a unas meras manifestaciones que niegan los hechos supuestamente probados, que a pruebas que desvirtúen las pruebas de cargo. [...] Como sostiene la recurrente si hubiera que demostrar que de haberse practicado la prueba se hubiese comprobado que no se cometió la infracción, o que el autor no es el sancionado, o que la infracción ha prescrito, o que hay una eximente, sería absurdo anular por el vicio de forma vulnerador del derecho a la prueba y no por el vicio de fondo. Por ello, esta Sala comparte el criterio de que *debe bastar con una argumentación razonable sobre la posible influencia en la resolución sancionadora, y la carga que recae sobre el sancionado recurrente que alega este vicio es sólo la de argumentar esa influencia y no la de probarla en sentido estricto*”. En Costa Rica, la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, en causa V-133-F, en resolución de 24 de abril de 1992, parece que discurre sobre el mismo supuesto que el tribunal ibérico, al aseverar que “[...] en el recurso no se señala en forma clara y expresa cuál es la posibilidad de incidencia de esa prueba omitida en el razonamiento del tribunal, para determinar su grado de importancia (“esencial o fundamental”) en la resolución del caso (al respecto cfr. las resoluciones de esta Sala V-44 F de las 9:05 horas del 6 de marzo de 1987 y V-278 F de las 9:22 horas del 14 de junio de 1991). *Siendo que la defensa no señala o motiva la posibilidad razonable de incidencia de la prueba omitida en el razonamiento del Juzgador*, se impone declarar sin lugar este motivo”. (Las cursivas son del autor). Francesco Iacovello, en relación a la decisividad de la prueba omitida, señala con un criterio más exigente que no se trata solamente, que aquella “hubiese podido” influir sobre la decisión, sino que se exista la razonable posibilidad de una decisión diversa. IACOVELLO (2009) p. 689.

⁶⁵ Creo que debe distinguirse entre prueba pertinente y prueba relevante. La prueba pertinente es aquella que tiene conexión con los hechos objeto de la acusación o con los alegados por la defensa. La pertinencia supone una declaración, como dice María Inés Horvitz Lennon, que “involucra un juicio de anticipación hipotética en un doble sentido; por un lado debe conjeturarse que la prueba ofrecida tenga resultado positivo y que, por tanto, sea capaz de producir elementos de conocimiento sobre el hecho a determinar”. Es importante señalar que la declaración de pertinencia de una prueba es *hipotética o apriorística*, pues la afirmación acerca de la conexión entre prueba y hecho se hace sin conocer el contenido de aquella. La determinación de si una prueba es o no relevante, implica en el *juez de mérito* precisamente un *juicio no hipotético*, pues conoce el contenido de la prueba, y se dirige a establecer la capacidad de la prueba para respaldar la tesis seleccionada por el juez o para refutarla. Esta operación es clave para construir la cadena de inferencias y es parte central del proceso de valoración de la prueba y de justificación de la decisión. Esto no debe llamar a confusión en cuanto al carácter hipotético de la supresión o inclusión mental que se propone como método para determinar la relevancia de la prueba distorsionada u omitida. En este caso lo hipotético de la supresión o inclusión a realizar se refiere a la determinación si la prueba distorsionada u omitida *podría* cambiar la decisión. Por el contrario, el juicio hipotético propio de la admisibilidad concierne a la conexión entre prueba y hecho y, por ello, a la capacidad de la prueba para proporcionar elementos que permitan conocer el hecho. En mi opinión Horvitz usa las expresiones pertinente y relevante como sinónimos. Al respecto consultar:

tergiversada, el tribunal de revisión podrá inclinarse por la decisividad o esencialidad de la omisión o distorsión de una prueba apoyándose en las actuaciones judiciales previas que se han pronunciado sobre la pertinencia de aquella.⁶⁶

Sin perjuicio de lo recién dicho, parece existir consenso en que corresponde al recurrente la carga de argumentar⁶⁷, al menos respecto de tres extremos, cuando se invoca como vicio la tergiversación de una prueba o de una parte de esta.⁶⁸ Así se afirma que el recurrente en caso de tergiversación por omisión (lo que lo la Corte Suprema de Colombia llama “error de hecho por falso juicio de existencia por omisión”), debe

“En primer lugar, identificar el medio de prueba que en su criterio se omitió. En segundo orden, establecer la incidencia de esa omisión en la decisión que se controvierte y en favor del interés que se representa, lo cual comporta la necesidad de demostrar que el fallo atacado no se mantiene con otros elementos de juicio y, por último, demostrar de qué forma se violó la ley sustancial con ese defecto de apreciación, ya sea por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Es decir que, como ya se precisó, consecuente con la naturaleza rogada del medio extraordinario de impugnación, se debe cumplir con la elemental exigencia de identificar los medios de prueba ignorados, omitidos o no considerados, para de allí poder elaborar

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2005). *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, 1° Reimpresión, Santiago de Chile, pp. 45-46.

⁶⁶ En tal sentido se puede encontrar: Sentencia del Tribunal de Casación Penal de San Ramón, Costa Rica, 20 de enero de 2009, sentencia 00022. Expediente: 07-001245-0305-PE, que expresa: “Si la prueba omitida había sido legalmente admitida para el juicio y tenía relación con los hechos discutidos, concretamente con el origen del dinero decomisado, existía la obligación legal de examinar la misma, independientemente del valor que se le otorgará”.

⁶⁷ Preferimos hablar de *carga de argumentar* antes que de *carga de probar*, adhiriendo en esto a lo afirmado por el Tribunal Supremo español en el fallo reproducido parcialmente en la cita a pie de página N° 64.

⁶⁸ Sobre la carga de la acreditación de la relevancia de la prueba, ver: Corte Suprema de Colombia, Sala de lo Penal, 21 de mayo de 2002, Proceso N° 18855, en que señaló que: “Incurrir en error de hecho por falso juicio de existencia el fallador que se equivoca al contemplar materialmente el medio, ya porque omite apreciar una prueba legalmente aportada al proceso o porque la supone existente sin estarlo. *En ese caso corresponde al casacionista demostrar, si es por omisión, en qué parte del expediente se ubica la prueba; qué objetivamente se desprende de ella y cuál es el mérito probatorio que merece siguiendo las reglas de la sana crítica; y, si es por suposición, indicar en qué parte del fallo se alude al medio que sin obrar materialmente en el proceso no ha sido considerado. En ambos eventos deberá además acreditar la trascendencia del desacierto.* El error por falso juicio de identidad supone, en cambio, que el juzgador sí tiene en cuenta el medio probatorio, y no obstante al sopesarlo lo distorsiona, tergiversa, recorta o adiciona en su contenido, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de su expresión fáctica. *En tal evento, el censor tiene la obligación de confrontar por separado el tenor literal del medio probatorio con lo que el Tribunal estimó sobre su expresión fáctica; y así, demostrada la diferencia y el error, indicar la repercusión definitiva del yerro*”; Corte Suprema de Colombia, Sala de lo Penal, 9 de junio de 2008, Proceso N° 25168, en que declaró: “1. La censura en la que el actor afirma que el tribunal incurrió en un error de hecho determinado por un falso juicio de existencia por omisión probatoria, falla al momento de la concreción de la trascendencia. Aunque el demandante cumple con la carga de señalar el medio probatorio excluido de valoración en el fallo y de *especificar su contenido, al momento de precisar la trascendencia del yerro no logra enseñar cómo tal elemento, de haber sido apreciado con arreglo a la sana crítica en conjunto con las demás pruebas, puede socavar los cimientos del fallo e impondría una conclusión diferente, esto es, que el procesado no es responsable*”. (Las cursivas son del autor). En la misma dirección ver también las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Colombia: 1) Sentencia de 8 de mayo de 1997, RAD 10768; 2) Sentencia de 14 de febrero de 2006, Proceso N° 24173; 3) Sentencia de 13 de junio de 2007, Proceso N° 27.281; 4) Sentencia de 11 de noviembre de 2009, Proceso N° 32360. En Italia, se pueden consultar las sentencias de la Corte de Casación de 15 de marzo de 2006, N° 10951 y 28 de mayo de 2008, N° 240411.

un diagnóstico preciso sobre la trascendencia del cargo frente a lo decidido de acuerdo con el interés específico que persigue el casacionista.”⁶⁹

En nuestro país, la Corte de Apelaciones de La Serena el 25 de julio de 2005, al resolver un recurso de nulidad, y habiendo constatado una omisión, rechazó el líbello anulatorio pues estimó que la omisión no era grave o esencial para el resultado del juicio. El texto del considerando del fallo comentado es el siguiente:

“Que, la ausencia que pudiera hacerse notar en el fallo recurrido a un particular medio de prueba, o a determinadas declaraciones formuladas por un determinado testigo, y que no se han dejado constancia expresa en la sentencia, no puede considerarse suficiente fundamento como para constituir infracción al requisito del artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, *a menos que la omisión sea de tal gravedad o incidencia que de haberse considerado dicho antecedente, la conclusión de los sentenciadores habría tenido que ser necesariamente distinta*, lo que en ningún caso ha ocurrido en el caso de autos, pues, como se ha señalado en forma reiterada, no puede darse a dicha disposición una interpretación literal, extrema y absoluta, pues exigiría a los jueces de fondo referirse hasta en sus detalles más mínimos a toda expresión o antecedente hecho valer en el juicio, sin importar si éste es trascendente o intrascendente, en relación con los hechos que se tratan de establecer, exigencia que escapa a toda lógica”.⁷⁰ (Las cursivas son mías).

En Italia, una sentencia de la Corte de Casación de 15 de junio de 2007, pronunciándose sobre la esencialidad de la prueba tergiversada sostuvo que:

“El alcance innovador del estatuto del vicio de la tergiversación de la prueba encuentra su confirmación en las recientes, coherentes y prevalecientes aplicaciones jurisprudenciales de la reforma donde, sin embargo, *se reconoce la subsistencia del vicio sólo cuando el error de hecho desarticula efectivamente el razonamiento probatorio y torna en ilógica la motivación por la esencial fuerza demostrativa del antecedente procesal o probatorio tergiversado*, sin perjuicio del límite del *devolutum* en caso del llamado "doble conforme" y la intangibilidad de la valoración del mérito de las pruebas”.⁷¹ (Las cursivas y la traducción son del autor).

Como se ve la determinación de la relevancia de la omisión o distorsión puede ser compleja y problemática. Los jueces de nulidad pueden llegar a tener razonables dudas sobre la mayor o menor incidencia de la prueba omitida o distorsionada, e incluso pensar que, aunque constatada la tergiversación, una actuación jurisdiccional de mayor alcance revisor excedería los límites de la nulidad o casación. En estos casos dudosos o límites, me parece, que a partir de la declaración de pertinencia de la prueba en la etapa intermedia se puede sostener que recae sobre el tribunal la carga de contra-argumentar en torno a la relevancia de la prueba omitida, adicionada o distorsionada. Esto equivale a decir que deberá ser el tribunal *ad quem* el que, con especial cuidado, deberá indicar y demostrar por qué la tergiversación no modifica la conclusión de los sentenciadores.

⁶⁹ Corte Suprema de Colombia, 11 de noviembre de 2009, Proceso N° 32705.

⁷⁰ Corte de Apelaciones de La Serena, 22 de julio de 2005, Rol N° 179-2005.

⁷¹ Sentencia de la *Corte di Cassazione*, 15 de junio de 2007, en CALÒ, Luciano (2008) p. 2901.

No obstante lo planteado más arriba, varios de los fallos analizados en la Sección VIII de este ensayo no contienen, como se verá, un análisis sobre la relevancia o esencialidad de la prueba tergiversada, bastando la mera constatación objetiva o formal de la omisión o adición.

Indudablemente el peligro que conllevan varias de las conclusiones anteriores es que por esta vía se excedan los límites de la revisión que está permitida en sede de nulidad. En todo caso, la mayor o menor importancia de ese peligro depende de la amplitud que se reconozca a dicha revisión y al concepto fuerte o débil de la intermediación con que se opere.⁷²

VI.- Límites del control de la motivación cuando se invoca la tergiversación omisiva o aditiva. ¿Cómo controlar la tergiversación probatoria y resguardar la consistencia contextual sin transformar el recurso de nulidad en un juicio de mérito?

Como se ha adelantado en la sección anterior, existe el riesgo de exceder los límites de la revisión en sede de nulidad, límites que se sustentan, como se sabe, en la centralidad del juicio oral. En lo que sigue intentaré explicar cómo se puede exorcizar dicho riesgo.

En primer término, es preciso convenir que hasta el momento el control que se ha ejercido en virtud del recurso de nulidad no se ha diferenciado mayormente del que se efectuaba bajo el recurso de casación que devenía en uno estrictamente formal de las consideraciones relativas a la prueba y de la consistencia interna de la sentencia, sin abordar la suficiencia de las pruebas producidas.⁷³

Una segunda cuestión que conviene plantear en orden a poner el riesgo en su exacta dimensión dice relación con la necesidad de formular la exigencia de consistencia contextual, como un requisito adicional a la consistencia textual o interna de la sentencia. La consistencia contextual debe ser entendida, en mi opinión, como la correspondencia entre la motivación de la sentencia y las actuaciones probatorias realizadas durante el juicio oral, de forma tal que se garantice que la motivación refleja de manera completa y exacta las probanzas rendidas. En este sentido, los límites de la revisión en sede de nulidad deben compatibilizarse con la necesidad de que se respete el contexto del juicio. Otorgar un excesivo valor a los límites de la revisión, reduciéndolo a un mero examen de coherencia y consistencia lógica, de forma que, a la vez, se desatienda el contexto del juicio, producirá una seria reducción de la racionalidad y legitimidad

⁷² Sobre la influencia de la intermediación en la capacidad revisora del tribunal de casación o de nulidad, se puede consultar: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1992). "Acercas de la Motivación de los Hechos en la Sentencia Penal". *Doxa* N° 12, pp. 288-299; PASTOR, Daniel (2001). *La Nueva Imagen de la Casación Penal. Evolución Histórica y Futuro de la Dogmática de la Impugnación en el Derecho Procesal Penal*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 72-79 y 119-167; DÍAZ CANTÓN, Fernando (2005). "La Casación Penal en la Provincia de Buenos Aires". *La Motivación de la Sentencia Penal y Otros Estudios*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1° edición, 2005, pp. ; BACIGALUPO, Enrique (2005). "Doble Instancia y Principio de Intermediación". *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp-251-282; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (2007). "Casación Penal y Posibilidad de Control. Alcance del Fallo "Casal" y del Método Alemán Invocado por la Corte". *Suplemento de Administración de Justicia, El Dial*, 15/05/2007; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel y BOUVIER, Hernán (2004). "Casación, Lógica y Valoración de la Prueba. Un análisis de la Argumentación sobre los Hechos en las Sentencias de los Tribunales Casatorios". *Nueva Doctrina Penal 2004/B*, pp.527-546; FEDEL, Daniel B (2009). *El Recurso de Casación. Doble Conforme y Garantías Constitucionales*. Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 212 pp.; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2006). "La Argumentación Probatoria y su Expresión en la Sentencia". En ALEXY, Robert y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *Jueces y Ponderación Argumentativa*. 1° edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p.45.

⁷³ ACCATINO SCAGLIOTTI (2009). HORVITZ LENNON, María Inés (2009). "Acercas de la Garantía del Condenado de Recurrir en Contra de la Sentencia Condenatoria". *Informes en Derecho N° 6 Doctrina Procesal Penal 2008*, noviembre 2009. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. También, CORTEZ (2006) pp. 220-221.

del juicio oral. Desde la perspectiva de la racionalidad se puede infringir el principio de razón suficiente. En cuanto a lo que concierne a la legitimidad se vulneran importantes deberes de los jueces -el de utilización del todo el material probatorio y el de no prescindencia de las pruebas relevantes- y el derecho a la prueba.

Se ha destacado por el profesor Fernando Díaz Cantón que la concepción tradicional de la casación procura evitar que se transforme la revisión en un control del juicio de mérito y restringe, en consecuencia, el examen al texto de la sentencia, repudiando todo aquello que implique un análisis contextual, es decir que abarque asimismo el proceso de conocimiento y los actos procesales de comprobación producidos en el juicio oral.⁷⁴

Un control constreñido al texto de la sentencia impide al tribunal de casación o de nulidad examinar la correspondencia de la motivación con el contexto de la prueba producida. Esto, que es considerado por Francesco Iacoviello una “gran trampa”⁷⁵, imposibilita controlar la fidelidad del texto con el contenido del proceso. En esto prefiero citar literalmente a F. Iacovello, quien señala que la fractura o infidelidad entre sentencia y proceso puede suceder

“[...] o porque la sentencia dice cosas que no constan en los actos o porque omite decir cosas que constan en los actos y son relevantes para la decisión.

El juez de mérito podría hacer entrar en la motivación todas las premisas empíricas que quisiera; no sólo podría omitir suministrar al juez de casación cualquier dato probatorio, sino que podría impunemente ignorar los datos probatorios conflictivos con su versión reconstructiva del hecho. El juez podría en su motivación citar a un testigo y silenciar a otros, señalar un párrafo de un examen y descuidar los otros, detenerse en un documento y apartar otros.⁷⁶

Entender que la omisión, suposición, distorsión o adición, en el texto de la sentencia, de prueba relevante producida en el juicio pueda ser invocado como vicio de nulidad, permite el control de un aspecto del proceso penal que hasta ahora ha permanecido, en muchos casos, inmune a cualquier revisión. No es racionalmente aceptable, si el objetivo del proceso penal es la obtención de la verdad, que el control pueda efectuarse respecto de la coherencia lógica y argumentativa de la sentencia, mientras que nada o poco pueda hacerse en cuanto al contexto de la motivación, es decir, los actos procesales probatorios que permiten el establecimiento de los hechos.

Ahora bien, con un control como el descrito más arriba, es cierto que se corre el riesgo de un deslizamiento en la revisión del juicio de mérito.⁷⁷ Pero aceptando ese riesgo, que insisto puede ser exorcizado con las prevenciones o remedios que comentaré en los párrafos siguientes, es preferible que un ámbito del proceso exento de control pueda ser materia de revisión en aquella parte denunciada por el afectado a que simplemente sea declarado, pese a la constatación de su existencia y persistencia, como “no solucionable”.

⁷⁴ DÍAZ CANTÓN (2007).

⁷⁵ IACOVELLO (2002) p.87.

⁷⁶ IACOVELLO (2002) p.87.

⁷⁷ Esta misma advertencia hace CALÒ, Luciano (2008) p. 2901, cuando expresa que: “Después de la entrada en vigor del Código de Procedimiento Penal de 1988, se hizo inmediatamente evidente que el control de legitimidad sobre el razonamiento probatorio del juez de mérito tenía su punto crítico en los límites de la censurabilidad de las motivaciones incompletas con relación a los datos. La Ley de 20 de febrero 2006, N° 46, permite ahora a la Corte controlar la tergiversación de la prueba. La peculiar naturaleza del vicio en cuestión tiene, sin embargo, inevitables consecuencias en el plano de los límites de su procedencia y del control por parte del juez de legitimidad (Tribunal de Casación)”. (Traducción del autor).

Sin perjuicio de propuestas como las de “casación sustantiva extendida”⁷⁸ o de “revisión integral”⁷⁹ que van por un carril absolutamente opuesto al de imponer limitación a la revisión del texto y contexto de la sentencia, existen algunos remedios a prescribir para evitar que la invocación del vicio de tergiversación omisiva o aditiva sea rechazado por exceder los límites del recurso de nulidad.

El primer remedio surge de la misma naturaleza del vicio a invocar. Para demostrar la tergiversación omisiva y aditiva –vicios objetivos o materiales–, basta con señalar solamente el acto que vehícula la prueba, sin que sea necesario sumergirse en las aguas del proceso, bastando como dice Francesco Iacovello con meter la mano para extraer el documento procesal que interesa.⁸⁰ Para ello, entre nosotros, basta como ir a la pista del registro del audio del juicio oral que evidencie la tergiversación. Como se dirá más adelante, en el caso de tergiversación de un dato probatorio o de una omisión de prueba, el tribunal de nulidad, en primer término, debe cumplir una operación casi mecánica de confrontación entre texto y proceso.⁸¹

Asimismo, la forma de invocación de este vicio puede acotar el riesgo de deslizamiento en el juicio de mérito. El recurso que se promueva debe contener una solicitud de revisión muy precisa y concreta referida a aquella parte de la sentencia y del proceso que no coinciden como consecuencia de la preterición, adición o suposición de una información probatoria, debiendo indicar además la forma cómo se ha incurrido en el vicio y la trascendencia de la infracción. Esto constituye una segunda medida de manejo del riesgo asumido.⁸² En este sentido el CPP contiene suficientes normas que suponen exigencias formales, por ejemplo las previstas en los artículos 375 y 378, que ayudan a evitar al máximo el deslizamiento hacia un juicio sobre el mérito de la prueba.⁸³

A su vez, el tribunal de nulidad debe referirse, por mandato del art. 360 del CPP, al concreto motivo invocado en el recurso, sin que pueda hacer algo distinto a lo pedido. El juez revisor debe entrar en el proceso dentro de los límites del motivo propuesto en el recurso.⁸⁴ Esta norma procesal bien aplicada, por quien está interesado en que no ocurra un deslizamiento innecesario hacía la cuestión fáctica, debería ser suficiente.

⁷⁸ Sobre la idea de una “casación sustantiva extendida”, consultar: PASTOR, Daniel (2001).

⁷⁹ Sobre la noción de revisión integral, consultar: BARRIENTOS PARDO, Ignacio (2009). “Recurso Efectivo Contra la Sentencia que No Concede Beneficios de la Ley N° 18.216”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, N° 11, pp. 275-298. También, DÍAZ CANTÓN (2007).

⁸⁰ IACOVELLO (2002) p. 93

⁸¹ Luciano Calò comentando la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 15 de junio de 2007, en causa 24667 ha señalado que: “Teniendo en cuenta la persistente prohibición de re-lectura y re-interpretación del mérito de la prueba` la Corte puede revisar `la conformidad de la representación del elemento probatorio en la motivación y, respectivamente, en el acto del proceso para evidenciar la eventual, incontrovertible y pacífica distorsión, casi en términos de una `fotografía`, neutra y no valorativa, del `significante`, aunque no del `significado`”. CALÒ (2008) p. 2905. (Traducción del autor).

⁸² IACOVELLO (2009) p. 689; GHIZZARDI (2008); KOSTORIS (2008) pp. 926-929. Los dos primeros autores consideran que la nueva formulación del art. 606 letra e) del Código de Procedimiento italiano establece lo que denominan “una carga reforzada de especificidad”. El último, sugiere, además, que las exigencias de especificidad del motivo de los recursos y de exposición rigurosa de las razones por las cuales la sentencia debe ser anulada, deben ser usadas, no de manera tímida, como un filtro de admisibilidad de los recursos.

⁸³ Indudablemente las exigencias formales se pueden mejorar siguiendo la senda del Código de Procedimiento italiano que en su artículo 581 regula la forma de la impugnación exigiendo que, además de la indicación de la sentencia que se impugna, la fecha de esta, el juez o tribunal que la dictó, enuncie los capítulos o puntos de la decisión a los cuales se dirige la impugnación, las peticiones, los motivos en que se fundan, con indicación específica de las razones de derecho y los elementos de hecho que sustentan cada petición. (Traducción del autor)

⁸⁴ IACOVELLO (2002) p. 102.

Con todo, es efectivo que la determinación de la relevancia es lo que produce los mayores problemas. Si bien al analizar el elemento relevancia de la omisión o adición el tribunal de nulidad tendrá que necesariamente efectuar una operación mental inclusiva o supresiva, según sea el caso, que supone relacionar el medio de prueba omitido o la parte omitida de él o el contenido que se agrega o supone existente con el resto de las probanzas, sólo se trata de una operación argumental que debe razonablemente establecer si la consideración del medio omitido, adicionado o supuesto tiene la virtualidad de conducir intelectualmente a un resultado distinto del contenido en la sentencia. No se debe, en ningún caso, exigir una *probatio diabólica* de la influencia del vicio en lo dispositivo del fallo, de tal forma que se requiera acreditar indefectiblemente que las pruebas conducen a otro resultado, pues es necesario demostrar argumentativamente, por un lado, que pruebas pertinentes fueron preteridas o distorsionadas, y por otro, que esa tergiversación causó perjuicio a la tesis defensiva o acusatoria. Es precisamente el mayor o menor perjuicio irrogado a cualquiera de esas tesis el que, determinado a través del método de la supresión o inclusión mental hipotética, permite concluir si la adición u omisión es relevante.

La invocación del vicio de tergiversación de la prueba, no debiera generar demasiados anticuerpos. Se trata, en definitiva, de un vicio que puede asumir perfectamente un carácter bastante conocido. Si, como dice Díaz Cantón, se trata de un vicio que vulnera el principio de razón suficiente, el recurrente podrá señalar que la incorporación a la sentencia de un contenido no verdadero de un medio de prueba o la omisión de uno verdadero, implica una selección arbitraria del material probatorio que se emplea en la valoración, por lo que el principio de razón suficiente no puede operar por carecer de base, no solo legítima, sino real.⁸⁵ Se debe invocar este vicio como una infracción a los límites de la libre valoración de la prueba, indicando el principio lógico afectado y la forma cómo influye en el razonamiento del tribunal.

Finalmente, como se ha hecho en la mayoría de los casos en que se ha invocado omisión o adición probatoria, el recurso debe señalar que se trata de un defecto de fundamentación objetivo, que requiere adicionalmente un ejercicio mental de inclusión o supresión que busca determinar si el resultado *podría* (diremos, *razonablemente*) ser otro de considerarse o no el medio omitido o distorsionado y que no pretende en ningún caso una revaloración de la prueba.⁸⁶

⁸⁵ DE LA RÚA (2006) p. 142. Para un caso de aplicación expresa del principio de razón suficiente Ver: Corte de Apelaciones de Concepción, 14 de junio 2010, Rol N° 184-2010. En el considerando 12°, afirma: “Que, de la forma predicha, resulta claro que el tribunal *a quo* vulneró el principio lógico de “razón suficiente”, toda vez que los antecedentes probatorios no conducen a dar por establecido el supuesto parentesco entre la víctima y la conviviente del acusado, es decir, no concurre la necesaria vinculación entre el antecedente y el consecuente, lo que implica que los sentenciadores traspasaron uno de los límites que impone la ley a la apreciación con libertad de la prueba, específicamente a los principios de la lógica, en este caso al referido principio de lógica formal de “razón suficiente”.

⁸⁶ Dos sentencias de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 14 de junio y 23 de julio de 2010, Rol N° 184-10 y 276-10, respectivamente, han incorporado, como señal de advertencia que no están invadiendo las facultades privativas de los jueces de fondo, sino que efectuando sólo un control de legalidad del estándar de determinación de los hechos y valoración de la prueba, el siguiente párrafo: “[...] se deja expresa constancia que no corresponde a esta Corte emitir un pronunciamiento acerca de cómo ocurrieron los hechos y acerca de sus circunstancias esenciales [...], toda vez que no puede confundirse la finalidad del recurso de nulidad con la de una apelación, sino que la labor de esta Corte se remite a pronunciarse acerca de si la sentencia recurrida alcanza o no el estándar de determinación de hechos y valoración de la prueba en los términos establecidos por la ley procesal penal, determinación y valoración que, en concepto de este tribunal, no se ha llevado a cabo en forma adecuada, clara y precisa, toda vez que las omisiones que han sido constatadas son relevantes y llevan a concluir que la sentencia debe ser anulada, así como también el juicio en que incide, debiendo llevarse a cabo un nuevo juicio ante el tribunal no inhabilitado que corresponda, pronunciándose en este nuevo juicio una sentencia que reúna los requisitos legales, [...]”.

VII.- Forma de demostrar la faz objetiva de la tergiversación

Cuando se produce una tergiversación probatoria, sea omisiva o aditiva, la única forma de evidenciarlo, hacerlo visible, es a través de la comparación de la sentencia con los actos del juicio. Supongamos, como lo hace Francesco Iacovello que la sentencia dice que el perito que realizó la autopsia concluyó en su declaración que X murió a consecuencia de una hemorragia⁸⁷ y el recurrente impugna esa afirmación por estimar que el perito, frente a un contra examen de la defensa, señaló que la muerte se pudo haber evitado si la víctima hubiese sido asistido medicamente con la urgencia que correspondía, parte –esta última– de la declaración que no aparece en la sentencia. Para comprobar esta tergiversación omisiva parcial, se deberá tener en cuenta el texto de la sentencia y el acto probatorio de la declaración del perito. Esta comprobación exige, como es obvio, que el acto exista y tenga visibilidad, esto es, que sea empíricamente comprobable.⁸⁸

El punto problemático se presenta donde no existe registro audiovisual o fonográfico del juicio que permita la comprobación del vicio que se invoca. En un caso así lo único posible es *la repetición del acto probatorio*, lo que me parece, haría, en sede de casación o de nulidad, “no solucionable” el reclamo.

Fernando Díaz Cantón, sobre la prueba de la tergiversación y siempre respecto de sistemas que no contemplan el registro audiovisual o fonográfico, ha dicho que

“[...] el *travisamento della prova* posibilita, en el mejor de los casos, una extensión de la revisión a los actos procesales de comprobación que se encuentran fuera del texto de la motivación de la sentencia, pero debidamente documentados, como historias clínicas, autopsias, declaraciones testimoniales que hayan sido instrumentadas, mas no a aquellos actos procesales de comprobación, producidos en la audiencia del juicio, de los cuales, por razones obvias, no quedan rastros y, aunque quedaran, es indudable que el juez de casación no está en las mismas condiciones perceptivas que el juez de mérito. ¿Qué pasa entonces con la tergiversación y el ocultamiento de esa prueba? ¿Hay que diseñar un acta de debate que reproduzca todo el juicio, para posibilitar la *par conditio*? ¿Hay que filmar el debate? De lo que no cabe duda alguna es que algo hay que hacer, puesto que la eliminación de una tergiversación probatoria de incidencia decisiva en una condena no puede depender sólo del dato oftalmológico de que el juez de casación no pudo percibir lo que el juez de mérito percibió. En cualquier caso, esto no condice con el concepto de “revisión integral”.⁸⁹

La comprobación de la tergiversación requiere siempre una confrontación entre el texto de la sentencia y la prueba recibida en el juicio. Así lo han estimado varios tribunales chilenos

⁸⁷ El ejemplo en nuestro caso debe, a diferencia del que se encuentra en la obra de Francesco Iacovello, partir de la base que la omisión material afecta a la declaración del perito en el juicio y no al contenido de su informe pericial. IACOVELLO (2002) p. 92.

⁸⁸ Como aclaración valga que se exige para que estemos frente a la posibilidad de cuestionar la tergiversación que “el falso juicio de identidad supong[ga] su materialización respecto de un medio de prueba obrante en la actuación, legal y oportunamente allegado, es decir, respecto del cual no hay[a] cuestionamiento o inconformidad en cuanto a su existencia tanto material como jurídica”. Así lo declaró la Corte Suprema de Colombia, en sentencia de 13 de junio de 2007, Proceso N° 27281.

⁸⁹ DÍAZ CANTÓN (2007).

quienes expresamente se han referido a la necesidad de confrontar la constancia escrita de la sentencia con la grabación fonográfica del desarrollo del juicio oral.⁹⁰

En Chile el art. 42 del CPP otorga valor probatorio al registro del audio del juicio oral, lo que permite acreditar el modo en que se hubiere desarrollado la audiencia, la observancia de las formalidades prevista para ella, las personas que hubieren intervenido y los actos que se hubieren llevado a cabo. Esta norma debe entenderse en consonancia con lo establecido en el art. 359 del CPP que establece la prueba de la causal o motivo de nulidad. Lo anterior significa que si lo invocado como vicio de nulidad es la omisión o distorsión, tergiversación u ocultamiento de una prueba, la forma de acreditarlo será indicando la o las pistas del audio del juicio en que consta el medio de prueba omitido o distorsionado o parte de él, para que sea contrastado con lo descrito en la sentencia.

No obstante que, para acreditar la tergiversación probatoria, resulta suficiente la confrontación de la sentencia con las pistas correspondientes del audio del juicio oral, sería deseable, como una medida para facilitar aún más la demostración de la tergiversación y la relevancia de esta, la instalación, al menos en los tribunales de juicio oral, de dispositivos que capten imagen y sonido. No hay norma legal que lo impida. Por el contrario, el art. 41 del CPP contempla cualquier medio que asegure su fidelidad, tal como audio digital (que es el sistema usado), video u otro soporte tecnológico equivalente.

VIII.- Revisión de casos en que se ha estimado concurrente el vicio de tergiversación de la prueba.

A continuación pasaré revista a algunos casos en que se han acogido recursos de nulidad por tergiversación probatoria. La mayoría de ellos corresponden a recurso deducidos por la defensa, pero también hay algunos casos de recursos interpuestos por el Ministerio Público o el querellante. La revisión se hará por orden cronológico, intentando aportar la mayor cantidad de datos para la adecuada comprensión del fallo.

1. CS 12.05.2003 Rol N° 964-2003.

Tribunal recurrido: TOP de La Serena RIT N° 62-2002.

Descriptor: Inimputabilidad; homicidio, secuestro y violación de morada; prueba pericial psiquiátrica; omisión parcial.

Síntesis: La Corte acoge recurso de nulidad de la defensa, pues el tribunal “omite hacer la reproducción completa de lo que cada uno de los peritos declaró en el juicio oral con especial referencia a los fundamentos científicos en que cada uno de ellos se apoyó”. El tribunal oral rechazó la eximente de privación total de razón sin hacer “[...] caudal de lo que éstos (los peritos) realmente dijeron y explicaron en la audiencia de juicio oral y sus fundamentos científicos”. La Corte concluyó, escuchando los audios del juicio oral, que las sentenciadoras ignoraron absolutamente las declaraciones que estos prestaron en el juicio. Más adelante, la Corte señala que el tribunal para “la fijación de estos hechos solo hace referencia a peritos que no menciona, no reproduce sus dichos y no razona pormenorizadamente sobre ellos, y pese a

⁹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de julio de 2006, Rol N° 1155-2006; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 16 de octubre de 2006, Rol N° 275-2006; Corte de Apelaciones de Temuco, 28 de diciembre de 2009, Rol N° 984-2009; Corte de Apelaciones de Temuco, 14 de mayo de 2010, Rol N° 260-2010; Corte de Apelaciones de Concepción, 14 de junio de 2010, Rol N° 184-2010.

todo ello considera que están contestes”. Así, afirma finalmente que la sentencia no se hace cargo de toda la prueba rendida en el juicio a este respecto y no cumple cabalmente las exigencias legales a que debía someterse.

Comentario: 1. Estamos frente a un evidente caso de tergiversación de la prueba por omisión. 2. La Corte consideró relevante para anular la sentencia y el juicio que no se haya hecho una reproducción completa de lo declarado por los peritos. 3. En el segundo juicio el acusado fue declarado inimputable.

2. CA Puerto Montt 16.10.2006 Rol N° 275-2006.

Tribunal recurrido: TOP de Castro RIT N° 21-2006.

Descriptor: Alevosía; homicidio calificado; homicidio simple; juicio ordinario; prueba testimonial; valoración de la prueba.

Síntesis: La Corte acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra fallo condenatorio por el delito de homicidio calificado (alevosía), en calidad de autor, ya que el tribunal *a quo* no valoró la declaración prestada por un testigo presencial del ilícito. La Corte arriba a esta conclusión tras oír el audio del juicio oral, constatando que el testigo declaró 9 minutos aproximadamente, mientras que en la sentencia no se la menciona ni valora su declaración.

La Corte entiende que tal omisión infringe el mandato de los arts. 297 y 342 del CPP, pues el tribunal no se hizo cargo de toda la prueba producida en el juicio. Asimismo, la Corte considera un fallo de la Excm. Corte Suprema de 6 de abril de 2005 (no indica rol, mas sí la fuente: Anuario de Jurisprudencia, Sentencias destacadas 2005); fallo que discurre sobre la idea de que se debe fijar todos los hechos que se tuvieron por probados, fueren favorables o desfavorables al acusado, cuestión que debe ser precedida por la debida valoración que manda el art. 297 (**Considerando 3°**).

Comentario: 1. En el primer juicio la acusada fue condenada a 10 años y un día, mientras que en el segundo lo fue a 7 años y un día. 2. En ambos casos se condenó por homicidio calificado. 3. La Corte sólo resalta el hecho de que no se mencionó ni valoró la declaración de la testigo presencial, y que con eso se viola el mandato legal que exige una formulación meticulosa de la sentencia, mas procura no entrar a ponderar la incidencia (que dice relación a la exigencia de sustancialidad de la infracción) de tal omisión en el contexto del fallo recurrido, y si eventualmente no concurriría la alevosía.

3. CA Santiago 20.07.2006 Rol N° 1155-2006.

Tribunal recurrido: 1° Juzgado de Garantía de Santiago RIT N° 1446-2006.

Descriptor: Declaración del imputado; maltrato habitual en VIF; motivo absoluto de nulidad; procedimiento simplificado; valoración de la prueba.

Síntesis: La Corte acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra fallo dictado en procedimiento simplificado por el delito de maltrato habitual en VIF, en calidad de autor, ya que el tribunal *a quo* no valoró la declaración prestada por el imputado. La Corte arriba a esta conclusión mediante la sola confrontación del acta del juicio (la que da cuenta de que el imputado efectivamente declaró) con la sentencia dictada en el mismo, que omite referirse y valorar tal declaración.

La Corte entiende que tal omisión infringe el mandato del art. 342 del CPP, pues supone el incumplimiento de “la mínima condición de valorar todas las probanzas producidas para fundamentar en ellas la decisión del caso” (**Considerando 2º**).

Comentario: 1. El imputado fue condenado a 61 días de presidio menor en su grado mínimo, y a la medida de abandonar el hogar que comparte con las víctimas. 2. Después de anulado el juicio, el Ministerio Público ofreció suspensión condicional, a lo que el imputado accedió. 3. La Corte, en este caso, también señaló el hecho que no se mencionó ni valoró la declaración del imputado, y que con eso se viola el mandato legal que exige una formulación meticulosa de la sentencia, sin entrar tampoco a ponderar la incidencia (que dice relación a la exigencia de sustancialidad de la infracción) de tal omisión.

4. CA Antofagasta 22.12.2009 Rol N° 320-2009.

Tribunal recurrido: TOP de Antofagasta RIT 185-2009.

Descriptor: Cómplice; declaración del coimputado; prueba testimonial; recurso de nulidad; robo con intimidación.

Síntesis: La Corte acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra fallo dictado en procedimiento ordinario por el delito de robo con intimidación, ya que la fundamentación del fallo del tribunal *a quo* “no permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que arriba” (**Considerando 3º**). La Corte entiende que tal omisión infringe el mandato de los arts. 297 y 342 del CPP, pues en la especie se elaboró una sentencia con visión parcial de lo declarado por el coimputado, los testigos, el funcionario policial y los contra exámenes y alegaciones de la defensa. En este sentido, se omitió pasajes de la declaración del coimputado que explicaban cómo llegó al lugar donde se produjo el robo y que según la defensa permitían demostrar que el acusado desconocía el designio delictivo de su coimputado.⁹¹

⁹¹ El fallo señala que: “En síntesis, la Defensa alega que el Tribunal al no reproducir parte del testimonio de Carvajal Canivilo, lo pertinente a los testigos protegidos N°s 3 y 4, las alegaciones de la Defensa, relativa a la dinámica de la detención y al contraexamen al oficial Guido Peñaloza Díaz, omite parte de lo ocurrido en el juicio oral afectando la construcción de la verdad procesal que establece la sentencia, pero por sobre todo el razonamiento que debió realizar para llegar a ella. [...] Señala que la autosuficiencia de la sentencia cuya base se encuentra en los artículos 297 inciso final y 340 del Código Procesal Penal, requiere que a partir del señalamiento íntegro de la prueba rendida, el tribunal efectúe el razonamiento que lo conduzca a la decisión jurisdiccional. La completitud del señalamiento y análisis de la prueba rendida debe permitir que cualquier tribunal pueda reproducir el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega el fallo. Esta exigencia deviene en trascendental para asegurar la confiabilidad comunicativa de la motivación de la sentencia y, en suma, para la validez de la misma. La doctrina italiana denomina a este vicio tergiversación y ocultamiento de la prueba (*travisamento della prova*) y cita al profesor Argentino Fernando Díaz Cantón. [...] Asevera que en el caso que motiva este recurso, concurre este vicio, ya que el Tribunal a quo ha entregado a la sentencia una visión parcial de lo declarado por el coimputado, los testigos protegidos, el funcionario policial Guido Peñaloza y los contraexámenes y alegaciones de la defensa, lo que constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 297 inciso 3º del Código Procesal Penal. [...] Por último, estima que las consideraciones aludidas con antelación, de manera alguna construye la participación de su representado en calidad de cómplice, pues en el punto señalado en el considerando Undécimo, Párrafo final, se releva toda argumentación relativa al cuestionamiento, señalando por la defensa y la totalidad de la prueba rendida en juicio, lo que claramente hace configurar la causal invocada. [...] TERCERO: Que del estudio de la sentencia impugnada aparece de manifiesto de manera evidente dichas circunstancias, constituyendo el vicio tal como ha sido planteado por la defensa, esto es, no cumple la obligación legal de la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probadas y con la valoración debida de la prueba, por cuanto su fundamentación no permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que arriba.

Comentario: 1. El acusado fue condenado a 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo. 2. En el segundo juicio (15.02.2010) fue absuelto. 3. En este caso se alegó expresamente la tergiversación de la prueba y la Corte señaló que “[...] del estudio de la sentencia impugnada aparece de manifiesto de manera evidente dichas circunstancias, constituyendo el vicio tal como ha sido planteado por la defensa”.

5. CA de Temuco 28.12.2009 Rol N° 984-2009.

Tribunal recurrido: TOP Temuco RIT N° 137-2009.

Descriptorios: Lesiones graves; lesiones menos graves; motivo absoluto de nulidad; prueba pericial; recurso de nulidad.

Síntesis: La Corte acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra fallo condenatorio por el delito de lesiones graves, ya que el tribunal *a quo* omitió señalar y valorar parte de la declaración del perito. La Corte arriba a tal conclusión tras oír el audio del juicio oral y cotejarlo con lo consignado por los jueces en la sentencia. En la especie, el tribunal dio por acreditado, basado en parte en la declaración de la perito, que las lesiones tenían el carácter de graves; no obstante que tal experta “no fue categórica y vaciló en cuanto al número de días que duró la enfermedad o incapacidad del ofendido” (Considerando 3°). A continuación la Corte precisa que “[c]ierto es que los sentenciadores de la instancia pueden considerar que, no obstante la declaración del perito, las lesiones son graves. Pero en tal caso se exige que den las razones para desestimar la aludida prueba, lo que no aconteció en la especie”.

Comentario: 1. Estamos frente a un caso de tergiversación omisiva. 2. El Tribunal Oral omitió materialmente parte de la declaración de la perito, precisamente en cuanto no fue categórica respecto de la duración de las lesiones. 3. La Corte detecta el vicio a través de la escucha que hace del audio del juicio oral.

6. CA Temuco 14.05.2010 Rol N° 260-2010.

Tribunal recurrido: TOP de Angol RIT N° 5-2010.

Descriptorios: Autoría y participación; motivo absoluto de nulidad; prueba testimonial; recurso de nulidad; robo con violencia; valoración de la prueba.

Síntesis: La Corte acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra fallo condenatorio por el delito de robo con violencia, en calidad de autor, ya que el tribunal *a quo* omitió y distorsionó algunos pasajes de la declaración prestada por un testigo. Concretamente la Corte arriba a esta conclusión pues el tribunal oral omitió reproducir en la sentencia parte de la declaración del testigo, al que primero recurrió la víctima después del hecho, en cuanto que mientras se dirigía con la víctima hacia el hospital vio a uno de los acusados totalmente ebrio, agregando que le costaba mantenerse en pie. Igualmente la Corte estima que el tribunal agrega una información que el testigo no ha dicho: quienes habían golpeado y arrojado a la víctima al suelo para sustraerle sus pertenencias. En la especie, el tribunal no se hizo cargo del estado etílico de uno de los acusados (con lo que se cuestionaría su participación en el ilícito) y, además, da por cierto un hecho que el testigo no expresó, esto es, que la víctima le había

CUARTO: Que la tarea de valorar las probanzas, quizá la más importante, propia y natural del órgano jurisdiccional, es mucho más que la mera enunciación o enumeración de las que se rindieron en determinado juicio. Se trata de una labor de índole intelectual, mediante la cual el juez analiza, aprecia y pondera las diversas evidencias rendidas, y a partir de ellas alcanza una conclusión. Lo cual importa que deben estamparse los fundamentos que sirven para aceptar preferencia a algunas probanzas por sobre otras que sean contradictorias o respecto de las cuales haya alguna discordancia.”

expresado quiénes lo habían asaltado.⁹² La Corte confronta la información contenida en la sentencia con lo ocurrido en el juicio, oyendo el audio del juicio oral.

La Corte entiende que tal omisión y distorsión infringe el mandato de los arts. 297 y 342 del CPP, pues el tribunal arribó a una conclusión condenatoria a partir de premisas fácticas que o bien no se formularon en el juicio o que se omitieron. Lo anterior, según la Corte, perjudica de manera esencial la teoría del caso de la defensa. Asimismo, sostiene el tribunal de nulidad que por la razones anteriores la estructura racional del discurso valorativo es errónea.⁹³

Comentario: 1. Estamos frente a un caso de tergiversación omisiva y aditiva. 2. En el fallo la Corte explicita y valora la eventual incidencia de la omisión y adición que concurren en el fallo recurrido, las que pondrían en entredicho la autoría de al menos uno de los acusados. 3. En el primer juicio los acusados fueron condenados a 10 años y un día y a 5 años y un día, respectivamente.⁹⁴ 4. En el segundo juicio fueron condenados a idénticas penas. 5. En el segundo

⁹² Estos aspectos la Corte los sostiene en el considerando cuarto del fallo: “4. Que en cambio es diferente, el análisis del testigo **Jorge Ivan Duran Salas** que los sentenciadores se hacen cargo de él en el motivo noveno. De la lectura de su testimonio en la sentencia, no se aprecia que se hubiere apreciado **su declaración en su integridad**. Además de valorarla y relacionándola con otros medios de prueba o bien, desestimando lo pertinente o haciéndose cargo de las contradicciones. Puntualizando que esta Corte, al escuchar el audio de Jorge Ivan Duran Salas, **es nítido que los sentenciadores de instancia no se hicieron cargo de toda la prueba producida por este testigo, omitiendo efectivamente lo que señala el recurrente en su recurso. Esto es, que respecto del imputado Villablanca Zúñiga los sentenciadores no se hicieron cargo de las expresiones que señaló Durán Salas** en cuanto manifestó que luego de los hechos pasó con la víctima en el vehículo despacito, y en síntesis vio que este imputado se notaba totalmente ebrio, más aun, les señaló a la defensa que a Villablanca Zúñiga le costaba mantenerse en pie y asimismo que la víctima no le señaló quien lo agredió ni quien le sustrajo algo. **Como se ha expuesto, de esta información no se hizo cargo el Tribunal en la sentencia**, más aun, en el motivo noveno señala que se le dará valor probatorio al testigo Duran Salas en cuanto la víctima le señalo quienes lo habían golpeado y arrojado al suelo para sustraerle sus pertenencias; **lo que es contradictorio** por lo expuesto por el testigo Durán Salas, ya que él no sabe quien agredió a la víctima y quien le sustrajo las pertenencias (ennegrecido en el original)”.

⁹³ El considerando quinto es el del siguiente tenor: “5. Que lo anotado anteriormente es de la mayor relevancia puesto que el Tribunal ha infringido, como lo señala el recurrente la norma del artículo 297 del Código Procesal Penal, ya que ha omitido información (lo que significa que no hay fundamentación), y si quiso desestimar esta información no se hizo cargo, y ha agregado información que el testigo no ha dicho. En consecuencia, si uno realiza un ejercicio lógico con lo expuesto por los testigos, no es posible permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar la conclusión a que llegó la sentencia, puesto que se produce un quiebre deductivo, inductivo de razonamiento. Determina **un hecho a partir de una frase que el testigo no ha dicho o bien no se hace cargo de lo expuesto. Es decir con ese medio probatorio no puede llegar a la conclusión que indica**. Obviamente, esto es esencial para la defensa, puesto que aparte de las falencias en el razonamiento lógico, dicho testimonio, para los efectos de la teoría de la defensa, es importante, ya que es la primera persona a la que recurre la víctima, luego esa información para la defensa es de la mayor calidad y por eso observa a esta Corte que el Tribunal, debiendo haberlo hecho, no se hizo cargo en su totalidad de este medio de prueba, lo que permite calificar que nos encontramos en la causal del artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c), conjuntamente con el artículo 297 inciso primero y final, todos del Código procesal Penal. En síntesis, **la estructura racional del discurso valorativo es errónea** y es un defecto esencial porque ello puede tener diferentes consecuencias para la defensa y para el imputado cuando los jueces no inhabilitados se hagan cargo de los testimonios.” (ennegrecido en el original).

⁹⁴ En el considerando noveno del primer fallo se expresa lo siguiente con relación al relato del testigo tergiversado: “A continuación comparece JORGE IVAN DURAN SALAS, contratista con domicilio reservado quien legalmente juramentado e interrogado por las partes, declara: que el día 19 de Julio del año 2009, alrededor de 3:50 horas de la madrugada, concurrió un joven a su casa quien le toco el timbre y que al asomarse a la ventana de su pieza pudo percatarse que le decía “tío ayude que me están persiguiendo”. Agrega que en un primer momento no lo reconoció atendido a que venía sin lentes y que luego lo reconoció era Mauricio Exequiel Yáñez Aravena, amigo de su hijo, por lo cual abrió la puerta eléctrica de su casa y entro para trasladarlo a la comisaria a hacer la denuncia respectiva. Expone que en el trayecto se pudo percatar que este venia sin lentes, y sin casaca, presentado lesiones en su cara encontrándose hinchada, además que en el camino había varios jóvenes en el complejo educacional y que por los

juicio, el testigo que fue tergiversado modificó su declaración agregando la misma información que había agregado el tribunal y alterando la información omitida por el tribunal en el primer juicio, en cuanto al estado de ebriedad del imputado.⁹⁵ 6. De haberse podido confrontar al testigo con su declaración del primer juicio probablemente la suerte de los imputados hubiese sido otra.

7. CA de Concepción 14.06.2010 Rol N° 184-2010.

Tribunal recurrido: TOP de Los Ángeles RIT N° 5-2010.

Descriptor: Lesiones menos graves en VIF; motivo absoluto de nulidad; recurso de nulidad.

Síntesis: La Corte acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra fallo condenatorio por el delito de lesiones menos graves en VIF, ya que el tribunal *a quo* omitió señalar y valorar detalles trascendentes manifestados por algunos testigos; detalles que al ser contradictorios entre sí pudieron alterar eventualmente la conclusión condenatoria. La Corte arriba a tal conclusión tras oír el audio del juicio oral y cotejarlo con lo consignado por los jueces en la sentencia. En la especie, el tribunal dio por establecido que la víctima era hijo de la conviviente del acusado, no obstante que tal cuestión no se desprendía inequívocamente de las declaraciones de algunos testigos, que de haberse consignado completamente en la sentencia podría haber alterado la conclusión final (**Considerando 8°**).

Si bien la Corte entiende que el juez no está obligado a transcribir toda la declaración del testigo, sí precisa que no deben omitirse aquellas circunstancias trascendentes que podrían fundar una decisión contraria a la adoptada por el tribunal (**Considerando 9°**).

La Corte señala que el tribunal vulneró el principio lógico de razón suficiente (**Considerando 12°**).

Por último, la Corte sostiene que no está emitiendo un pronunciamiento sobre cómo ocurrieron los hechos, sino que tan sólo está velando por el respeto del estándar de

dichos de la víctima los autores de los hechos serían un tal “bicho” y “Fausto”; y que al llegar carabineros primero los derivaron al hospital a constatar lesiones para luego, volver a la comisaría a dejar constancia de lo sucedido. Que se dará valor probatorio a las presentes declaraciones en cuanto a la existencia del hecho punible en cuanto relatan de forma pormenorizada las lesiones que presentaba la víctima como así la aflicción y temor que le propino la existencia del actuar de los acusados. Que respecto de la participación de los acusados se le dará valor probatorio solo respecto de la declaración del testigo DURAN SALAS, quien refiere que la víctima le señaló quienes lo habían golpeado y arrojado al suelo para sustraerle sus pertenencias”.

⁹⁵ En el considerando sexto del fallo del segundo juicio se expresa lo siguiente con relación al relato del mismo testigo: “*Jorge Iván Durán Salas, contratista, quien dijo 19 de julio de 2009, aproximadamente a las cuatro de la mañana, sintió que alguien lo llamaba desde la reja, le decía tío ayúdame, agregó que abrió la ventana de su dormitorio y reconoció al ofendido. Al consultarle que le había sucedido que lo habían asaltado el Faustino con “El Bicho”. Por lo que, concurrieron a Carabineros a realizar la denuncia y después llevó al ofendido a constatar lesiones. Agregó que en el trayecto vio frente al Complejo Educacional de Victoria, a Omar Villablanca que se afirmaba en una reja cómo si estuviera ebrio porque no podía ponerse de pie, lo que observó desde una distancia de 10 metros*”. Posteriormente, el tribunal, en el considerando décimo de este fallo y con relación a la participación de uno de los acusados (el supuestamente ebrio; cuestión sobre la que, obviamente, en el primer juicio no hay pronunciamiento), argumenta lo siguiente: “*Que, en cuanto a lo aseverado Jorge Durán y Badilla Ponce en cuanto a que el acusado Villablanca Zúñiga se encontraba en estado de ebriedad, debe ser desestimado ya que no existe ningún antecedente serio en el juicio que Villablanca presentara algún signo estado, como los por ejemplo trastornos motores que producen limitación de la fuerza muscular, ni incoordinación de los movimientos, temblor, alteraciones del lenguaje; alteraciones sensoriales profundas que distorsionen las percepciones visuales y auditivas, síntomas inequívocos de la ebriedad. Lo que, no pudo percibir el testigo Durán desde un vehículo en movimiento que pasó a diez metros de distancia de Villablanca. Y en cuanto expresado por el imputado Badilla Ponce que su coimputado estaba ebrio, únicamente tuvo por finalidad exculparlo de los hechos por los cuales de que se le acusó*”.

determinación de los hechos. La Corte estima que se omitió información relevante que pudo influir en la determinación de los hechos. **(Considerando 14°)**.⁹⁶

⁹⁶ Del fallo en cuestión estos son los considerandos más importantes: “**8°**) Que, en efecto, de la lectura acuciosa de la sentencia se puede concluir que los sentenciadores se limitaron a reproducir en forma un tanto confusa y no sistemática los dichos de los testigos de los hechos, omitiendo en sus consideraciones circunstancias trascendentes en cuanto a las discrepancias que se observan -escuchando el audio- en lo relativo a los nombres y apellidos completos de la madre de la víctima Juan Manuel Quezada Isla y que habrían podido llevar al tribunal a conclusiones que pudieron ser, eventualmente, distintas a las expresadas en la sentencia. Se echa de menos en el fallo un razonamiento claro, específico y ordenado respecto de la circunstancia anotada, toda vez que, si bien la víctima dio en forma completa los nombres y apellidos de su presunta madre, el testigo Ahimelec Isla Soto, sólo señaló que su primo Juanito era hijo de **Mireya**; por su parte, el funcionario de Carabineros Morales Novoa, manifestó que al llegar al lugar de los hechos, escuchó a **Mireya Barra** y, por último, el cabo 2° de Carabineros Medina Oñate, sólo se refirió a la **víctima** y a su **madre**, sin proporcionar nombres ni apellidos. **9°**) Que debe tenerse presente que la reproducción de los dichos de los testigos en la sentencia, no necesariamente debe contener la versión textual de las declaraciones de cada uno de ellos, pero no pueden ser omitidas circunstancias trascendentes que relatan los mismos y que pueden llevar al tribunal a emitir una decisión final en el juicio, que pudo haber sido distinta a la consignada en lo resolutivo de la sentencia que se analiza. **10°**) Que, así, como manda el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, la sentencia debe contener la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado. Se deja establecido que tales hechos y circunstancias son obtenidos por el tribunal de las pruebas rendidas en la audiencia y, tal como ha detallado en el cuerpo de su escrito el recurrente, leída la sentencia y oído el audio del juicio por esta Corte, se ha podido constatar que se ha omitido en la sentencia la reproducción de detalles trascendentes, manifestados por los testigos, que pudieron alterar la conclusión final plasmada en lo resolutivo de la sentencia. **11°**) Que, por otra parte, no se aprecia en la sentencia la labor de valoración de las pruebas rendidas en el juicio oral en forma detallada y completa, teniendo en consideración que el artículo 297 del Código del ramo faculta a los jueces para apreciar la prueba con libertad, pero dicha apreciación debe efectuarse sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, debiendo el tribunal hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiera desestimado, indicando en tal caso las razones -que deben ser claras y explícitas- que hubiere tenido en cuenta para hacerlo, debiendo la fundamentación permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia. Esta valoración y esta fundamentación completa son las que no aparecen en el fallo en análisis y su ausencia o detrimento permiten concluir que los falladores no han dado estricto cumplimiento a la norma legal. **12°**) Que, de la forma predicha, resulta claro que el tribunal a quo vulneró el principio lógico de “razón suficiente”, toda vez que los antecedentes probatorios no conducen a dar por establecido el supuesto parentesco entre la víctima y la conviviente del acusado, es decir, no concurre la necesaria vinculación entre el antecedente y el consecuente, lo que implica que los sentenciadores traspasaron uno de los límites que impone la ley a la apreciación con libertad de la prueba, específicamente a los principios de la lógica, en este caso al referido principio de lógica formal de “razón suficiente”. **13°**) Que es cierto que en el procedimiento penal impera el principio de libertad de prueba (artículo 295 del Código Procesal Penal), pero ello no implica ni puede entenderse en el sentido que el juzgador puede prescindir del razonamiento lógico que lo conduzca a su convicción, esto es, puede dar por probado un hecho por cualquier medio producido e incorporado al juicio en conformidad a la ley, pero en la medida que el o los antecedentes probatorios lleven a esa necesaria conclusión, lo que, como se ha visto, no acaeció en este caso a partir de la prueba de cargo que se rindió. **14°**) Que se deja expresa constancia que no corresponde a esta Corte emitir un pronunciamiento acerca de cómo ocurrieron los hechos y acerca de sus circunstancias esenciales esa madrugada del día 14 de septiembre de 2008 en la localidad de Millantú, comuna de Los Ángeles, toda vez que no puede confundirse la finalidad del recurso de nulidad con la de una apelación, sino que la labor de esta Corte se remite a pronunciarse acerca de si la sentencia recurrida alcanza o no el estándar de determinación de hechos y valoración de la prueba en los términos establecidos por la ley procesal penal, determinación y valoración que, en concepto de este tribunal, no se ha llevado a cabo en forma adecuada, clara y precisa, toda vez que las omisiones que han sido constatadas son relevantes y llevan a concluir que la sentencia debe ser anulada, así como también el juicio en que incide, debiendo llevarse a cabo un nuevo juicio ante el tribunal no inhabilitado que corresponda, pronunciándose en este nuevo juicio una sentencia que reúna los requisitos legales, toda vez que se ha configurado el motivo absoluto de nulidad establecido en el artículo 374 letra e) del texto legal citado, que debe aplicarse cuando

Comentario: 1. Se trata de un caso de tergiversación omisiva. 2.- Es el único caso detectado en que se estima la vulneración del principio de razón suficiente. 3. Se distingue entre omisiones relevantes y no relevantes. 4. Se reconoce que el recurso de nulidad está dirigido a velar por la correcta determinación de los hechos según lo dispuesto por el CPP. 5. El acusado, tanto en el primer juicio como en el segundo, fue condenado a la pena de 541 días, sin beneficios.

8. CA Iquique 09.07.2010 Rol N° 89-2010.

Tribunal recurrido: TOP Iquique RIT N° 273-2010.

Descriptor: Autoría y participación; motivo absoluto de nulidad; recurso de nulidad; robo con homicidio; valoración de la prueba.

Síntesis: La Corte acoge el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y el querellante tras la absolución de los acusados por el delito de robo con homicidio, ya que el tribunal *a quo* omitió referencia a los dichos de una testigo –conviviente de uno de los acusados– que estaba también ofrecida como prueba de cargo. La resolución de la Corte señala que si bien la testigo es mencionada en el considerando noveno del fallo como prueba de la defensa (cuestión cierta), no se consigna lo que dijo ni se analiza en relación con otras probanzas aportadas en el juicio. La Corte estima que se infringen los arts. 297 y 342 del CPP, ya que sólo menciona a la testigo, lo mismo que a otros testigos, sin consignar sus declaraciones ni entregar razón para conferirles credibilidad.⁹⁷

en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e), ya referido, específicamente en este caso, los de la letra c).

⁹⁷ Fallo del TOP de Iquique, en el considerando séptimo del fallo se expresa lo siguiente: “**Séptimo:** Que es un hecho indiscutido que tanto el Ministerio Público como la parte querellante, presentaron como prueba de cargo el testimonio de doña Margarita Muñoz Véjar, quien adujo ser la conviviente de uno de los acusados y prestó su declaración en el juicio, habiendo sido requerida para ello también por las defensas de los acusados. [...] De la lectura y análisis de la sentencia recurrida, aparece que los sentenciadores en el motivo séptimo hicieron una relación de las probanzas consideradas para demostrar la participación de los acusados, mencionando tales elementos, para posteriormente manifestar los reparos que dicha prueba les merece, pero sin referirse a las expresiones vertidas por la testigo Margarita Muñoz Véjar, sea para descartar la participación de alguno de los acusados o bien para contrastarlos con otras probanzas o antecedentes que se hubieren producido en el juicio. Sólo en el fundamento noveno se la menciona, indicando que es testigo de las defensas, para señalar que sus dichos serán tenidos como creíbles, al no aparecer desvirtuados por la prueba de los acusadores. [...] Como puede observarse, e independiente de la convicción que puedan haber adquirido los sentenciadores, en cuanto a la participación atribuida a los imputados, resulta evidente que la sentencia recurrida no cumple con las exigencias que impone el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal y tampoco con aquellas que establece el artículo 297 del mismo texto legal, por cuanto en parte alguna del fallo impugnado se hace referencia a los dichos de la testigo Muñoz Véjar como medio de prueba de cargo, ni se los analiza en relación a otros aportados en el juicio por los acusadores, para contrastar o dar por superadas las contradicciones que es posible inferir. Por otro lado, el razonamiento contenido en el motivo noveno, referido a los dichos de los testigos de la defensa, donde se menciona a doña Margarita Muñoz Véjar, no satisface las exigencias que establece el artículo 297 ya citado, *por cuanto al margen de no haberse consignado lo que dijeron*, no expresa razón alguna de por qué los considera creíbles, habida consideración que en su caso se hicieron constar diversas contradicciones en su relato. [...] Por lo anterior, sólo cabe concluir que se ha omitido toda valoración del testimonio ya mencionado, en términos que se echa de menos en el desarrollo y ponderación de las probanzas relativas a la participación de los acusados, las razones tenidas en cuenta para restarle mérito o valor probatorio, por lo que habrá de concluirse que la sentencia no se ha hecho cargo de toda la prueba producida.

cons. noveno: “Que los testimonios de las defensas, entregados por Margarita Muñoz Véjar, pareja de Luis Segovia Cecilia Bustos Alarcón, madre de Carlos Correa; Luis Segovia González, padre del encausado del mismo nombre, y

Comentario: 1. Los acusados fueron absueltos del delito de robo con homicidio. 2. Del considerando séptimo del fallo (párrafo tercero) pareciera desprenderse que se acoge el recurso por una cuestión de incumplimiento de exigencias meramente formales, pues opera la anulación sin perjuicio de la convicción a la que arribaron los jueces del fondo en cuanto al hecho punible y la participación de los acusados en él. Es decir, no se valora la incidencia de la omisión en lo resolutivo del fallo, más allá de entenderla como una falta a las formalidades exigidas por la ley.

9. CA Antofagasta 30.11.2010 Rol N° 365-2010.

Tribunal recurrido: TOP Antofagasta RIT N° 273-2010.

Descriptor: Desacato; errónea aplicación del derecho; motivo absoluto de nulidad; recurso de nulidad; valoración de la prueba.

Síntesis: La Corte de Apelaciones acoge el recurso de nulidad interpuesto por el ente persecutor tras la absolución por el delito de desacato. La Corte, mediante el cotejo del audio del juicio con la sentencia dictada en el mismo, entiende que el fallo del tribunal *a quo* adolece de una apreciación parcial de la prueba, sin analizar en su integridad la declaración de la víctima y dando a los hechos un alcance e interpretación distinta a la genuina declaración de la víctima, del testigo y de la acusada. En la especie, tras oír el audio del juicio oral, entiende que lo sostenido por el tribunal no se condice categóricamente con las declaraciones de aquéllos, en el sentido de que el encuentro entre víctima y acusada fue fortuito (omitiendo referencias al conocimiento de la prohibición de acercamiento que existía). De hecho, la Corte señala que el tribunal concluyó que existió encuentro fortuito, pero la prueba testimonial y la declaración de la víctima no lo dicen expresamente. (**Considerandos 8° y 13°**).

Asimismo, la Corte entiende que hubo errónea aplicación del derecho, ya que los hechos fijados por el tribunal efectivamente dan cuenta del delito de desacato, previsto por los arts. 9, 10, 17 y 18 de la ley 20.066 y 240 del CPC (**Considerandos 9°, 10°, 11°, 12° y 14°**).

Comentario: 1. La acusada fue absuelta del delito de desacato. 2. El segundo juicio está fijado para el día 31 de diciembre de 2010. 3. En este caso al parecer estaríamos frente a una tergiversación por suposición.

Conclusiones

Finalmente, formularé algunas breves conclusiones que, me parece, surgen directamente de este trabajo. Probablemente no agotan todo cuanto se pueda decir del vicio de motivación que ha sido objeto de este trabajo, pero creo que ponen el acento en las cuestiones centrales de las que me he ocupado:

1. A menos que se interprete de una manera absolutamente distinta el caudal jurisprudencial analizado se puede sostener que la tergiversación de la prueba aditiva u omisiva es una realidad procesal en nuestro medio. Asumir su existencia facilita su detección y abordaje.

Mauricio Stecher Muñoz, quien depuso por dicho imputado; serán tenidos como creíbles, en cuanto dieron razón de sus dichos, no aparecer motivados por intereses espurios, y no ser desvirtuados por la prueba de los acusadores”.

2. La tergiversación probatoria implica una infracción al mandato que exige que la fundamentación deba referirse a toda la prueba producida. La norma que impone al juez fundar su decisión en toda la prueba producida tiene dos interpretaciones no excluyentes. Por un lado, implica que el juez sólo debe considerar la prueba producida en el juicio sin agregar o suponer nada más. Por otro, significa que no debe dejar de considerar nada cuanto haya sido incorporado a la instancia jurisdiccional.

3. La tergiversación de un medio de prueba pone en tela de juicio la transparencia argumental y la comunicabilidad intersubjetiva de una sentencia como condiciones que es necesario asegurar para mejorar la calidad epistémica de las resoluciones judiciales y, con ello, la legitimidad y la seguridad jurídica que debe proveer el sistema procesal penal.

4. La tergiversación, en cualquiera de sus modalidades, puede indudablemente invocarse como motivo absoluto de nulidad del art. 374 e) del CPP, ya sea bajo la fórmula general de la motivación insuficiente o como una infracción al principio de razón suficiente. Sin embargo, una omisión o distorsión muy grosera del material probatorio puede encausarse como infracción al debido proceso.

5. Como se trata de un vicio de nulidad cuya comprobación se logra mediante la confrontación de los actos del juicio con el texto de la sentencia, son los defensores penales quienes están en mejores condiciones para detectar la tergiversación. Son ellos, por haber estado presentes durante todo el juicio, quienes pueden decir, primero, si se ha omitido, adicionado o distorsionado información y, luego, evaluar la relevancia de la tergiversación.

Si bien esta conclusión alude solamente a la labor de la defensa, el Ministerio Público y el querellante también pueden invocar el vicio de tergiversación, como lo demuestran dos de los nueve casos revisados en la Sección VIII.

6. A partir de la obvia afirmación anterior, la labor pre-recursiva, que comienza con la lectura de la sentencia, debe constituirse en el primer dispositivo de detección de infracciones a la transparencia argumental. En seguida, determinada la ocurrencia de este vicio, el defensor debe promover el líbello anulatorio cumpliendo con la carga de indicar clara, específica y detalladamente la omisión o tergiversación de uno o más datos probatorios debidamente identificados. Finalmente, debe el recurrente argumentar razonablemente sobre la incidencia de la omisión o distorsión en el resultado del juicio, ofreciendo acreditar la faz objetiva de la tergiversación, señalando para ello la o las pistas de los audios del juicio oral que es necesario confrontar con el texto de la sentencia.

7. Es necesario asumir que en el segundo juicio, derivado de la nulidad por tergiversación de la prueba, puede ocurrir que la declaración de los testigos o peritos sea modificada, adecuándola a la línea argumental del primer tribunal, y ello origine que la actividad recursiva no tenga mayor efecto, como se ha podido advertir en varias causas. Como es obvio, en cuanto a fuentes probatorias inalterables o fijas, como los documentos, por ejemplo, no debe existir, por su misma naturaleza, temor de que ello ocurra. Por ello en relación con la prueba testimonial y pericial es necesario contestar la siguiente pregunta: ¿Qué pasa si en el segundo juicio el testigo de cargo por el cual se anuló el primer juicio (por haberse tergiversado u omitido una parte importante de su declaración) ya no hace mención al hecho o circunstancia que fue omitido por el tribunal? Probablemente se dictará nuevamente sentencia condenatoria, sin que se pueda recurrir. Ahora

bien, a la inversa, si en el primer juicio el Tribunal incorporó en la sentencia información relevante que no se produjo en el juicio, ¿cómo se controlará en el segundo juicio que esa información agregada en el primer juicio por el tribunal, no sea ahora agregada por el relato del testigo, víctima o perito del Ministerio Público?⁹⁸ Convendría prospectar una forma de abordar este problema. Con esto claro, no digo que propondré una solución que concitará consenso de buenas a primeras. Cuando se anula el juicio todos podemos concordar que se le resta eficacia a las actuaciones judiciales ejecutadas en él. Pero esa ineficacia no significa, a riesgo de contravenir la más natural intuición, que en el juicio anulado no haya pasado algo que se llama prueba. Los testigos, víctimas y peritos declararon y sus testimonios existen como tales. Es cierto que el juicio es nulo, pero eso no implica que sea inexistente. Creo que, partiendo de la “existencia real” del primer juicio, se puede sostener que en estos casos el testigo, víctima o perito, cuya declaración se omitió o tergiversó en ese juicio, puede ser confrontado con lo declarado en él. De no aceptarlo estaríamos negando que la verdad sea el principal objetivo del proceso penal y, lo peor, enviando un pésimo mensaje a intervinientes y otros actores procesales: en el segundo juicio se puede decir una cosa diferente de lo afirmado en el primero, pues no hay forma de evidenciar las contradicciones – mienta Ud. que no pasa nada–.⁹⁹

⁹⁸ Estas inquietudes me las formuló Luciano Cisternas Velis, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, a quien además agradezco su gran colaboración al resumir con su esmero y buen criterio habitual los fallos que se mencionan en la Sección VIII, aportando generosamente enriquecedores comentarios y un interesante caudal jurisprudencial fruto de su incansable afán investigador

⁹⁹ Sobre los efectos de la nulidad del primer juicio se puede consultar: DE LA RÚA, Fernando (1991). “Límites de los recursos. La prohibición de *reformatio in peius* en materia penal y civil”. *Teoría General del Proceso*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 230. De La Rúa se hace cargo de la distinción entre inexistencia y nulidad siguiendo en esto a J. Maier que la formula en una obra sobre la función normativa de la nulidad. También: BARRIENTOS PARDO, Ignacio (2007). “Prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de nuevo juicio -ir por lana y salir trasquilado-. *Revista de Estudios de la Justicia*, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, N° 9, pp. 175-207, en que afirmo que: “Se sostiene que la nulidad de la resolución no implica la eliminación del acto sentencial sino sólo la privación de sus efectos normales o inmediatos, quedando subsistentes otros efectos, tales como los límites que impondrá a la futura decisión que recaiga en reemplazo de la anulada. En efecto, la nulidad - como categoría jurídica- importa la declaración de invalidez de un acto para producir ciertos efectos jurídicos, pero no conlleva a la inexistencia del acto, como si nunca se hubiera realizado. Por el contrario, aún declarada la nulidad de un acto sentencial, subsiste el efecto prohibitivo para el Tribunal de recurso (originario o derivado) de la “*reformatio in peius*”.

BIBLIOGRAFÍA.

Libros:

- BACIGALUPO, Enrique (2005). “Doble Instancia y Principio de Inmediación”. *Derecho Penal y el Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2006). *El Recurso de Nulidad. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile.
- DE LA RÚA, Fernando (1991). *Teoría General del Proceso*. Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- (2006). *La Casación Penal*. Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires.
- DÍAZ CANTÓN, Fernando (2005). *La Motivación de la Sentencia Penal y Otros Estudios*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1° edición.
- FEDEL, Daniel B (2009). *El Recurso de Casación. Doble Conforme y Garantías Constitucionales*. Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires.
- FERRAJOLI, Luigi (2006). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, 8° edición, España.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2005) *Prueba y Verdad de los Hechos*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2° edición.
- (2007). *La Valoración Racional de la Prueba*. Editorial Marcial Pons, Madrid.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2005). *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, 1° Reimpresión, Santiago de Chile.
- LOZZI, Gilberto (2008). *Lezioni di Procedura Penale*. 7° edición, Giappichelli Editore, Turín.
- MONTANÉS PARDO, Miguel Ángel (1999). *La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Editorial Aranzadi, Pamplona.
- PASTOR, Daniel (2001). *La Nueva Imagen de la Casación Penal. Evolución Histórica y Futuro de la Dogmática de la Impugnación en el Derecho Procesal Penal*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- PRAMBS JULIÁN, Claudio (2005). *El Control del Establecimiento de los Hechos en las Sentencias Penales*. Editorial Metropolitana, Santiago de Chile.
- RIEUTORD ALVARADO, Andrés (2007). *El Recurso de Nulidad en el Nuevo Proceso Penal*. Editorial Jurídica, 1° Edición, Santiago de Chile.
- TARUFFO, Michele (2009). *La Prueba de los Hechos*. Editorial Trotta, 3° edición, España.

Artículos o capítulos de obras colectivas:

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2006). “La Fundamentación de la Declaración de Hechos Probados en el Nuevo Proceso Penal: Un Diagnóstico”. *Revista de Derecho*. Vol. XIX, N° 2, diciembre.
- (2009). “Forma y Sustancia en el Razonamiento Probatorio. El Alcance del Control Sobre la Valoración de la Prueba a través del Recurso de Nulidad Penal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXII, 1° semestre de 2009.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1992). “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”- *Doxa* N° 12,
- (1998). “Carpintería de la Sentencia Penal (en materia de “hechos”)”. *Revista del Poder Judicial*, N° 49, primer semestre, España.
- (2006). ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto “La Argumentación Probatoria y su Expresión en la Sentencia”. En ALEXY, Robert y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *Jueces y Ponderación Argumentativa*. 1° edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- AVILÉS MELLADO, Luis (2004). “Hechos y su Fundamentación en la Sentencia, Una Garantía Constitucional”. *Revista de Estudios de la Justicia* N° 4. Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile.
- BARRIENTOS PARDO, Ignacio (2007). “Prohibición de la *Reformatio in Peius* y la Realización de Nuevo Juicio -Ir por Lana y Salir Trasquilado-”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, N° 9.
- (2009). “Recurso Efectivo Contra la Sentencia que No Concede Beneficios de la Ley N° 18.216”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Centro de estudios de la Justicia, Universidad de Chile, N° 11.
- BOVINO, Alberto (2005). “Juicio y Verdad en el Procedimiento Penal”. En: VV. AA.: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- CALÒ, Luciano (2008). “Il Vizio di Motivazione Dopo la Modifica dell'art. 606 C.P.P.: Ambito e Limiti”. *Cassazione Penale* N° 7/08.
- DÍAZ CANTÓN, Fernando (2007). “La relación entre el Recurso de Casación Penal y el Recurso Extraordinario Federal: Panorama y Prospección”. *Suplemento de Administración de Justicia, El Dial*, 15/05/2007. Documento electrónico disponible en: [www.procesal2007mdp.com.ar/.../Díaz%20Cantón%20\(Congreso%20procesal%202007\).doc](http://www.procesal2007mdp.com.ar/.../Díaz%20Cantón%20(Congreso%20procesal%202007).doc).
- GHIZZARDI, Nicolangelo (2008). “Sindacato di Legittimità e Vizio della Motivazione”. *Archivio Nuova Procedura Penale* N° 2. Documento electrónico disponible en: http://latribuna.corriere.it/dynuni/dyn/allegati/PDF_Focus/2008/Nicolangelo%20Ghizzardi.pdf
- HORVITZ LENNON, María Inés (2009). “Acerca de la Garantía del Condenado de Recurrir en Contra de la Sentencia Condenatoria”. *Informes en Derecho* N° 6 *Doctrina Procesal Penal 2008*, noviembre 2009, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.
- IACOVELLO, Francesco (2002). “El Control de la Casación sobre la Motivación”. *Revista Nueva Doctrina Penal 2002/A*, Buenos Aires.
- (2009). “Giudizio di Cassazione”. En: SPANGLER, Giorgio (Director). *Trattato di Procedura Penale, Volumen V Impugnazioni*. UTET Giuridica, Turín.
- KOSTORIS, Roberto (2008). “Le Impugnazioni Penali, Travagliato Terreno alla Ricerca di Nuovi Equilibri”. *Rivista di Diritto Processuale* N° 4.
- LATTANZI, Giorgio (2007). “Cassazione o Terza Istanza?”. *Cassazione Penale* N° 3.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel y BOUVIER, Hernán (2004). “Casación, Lógica y Valoración de la Prueba. Un análisis de la Argumentación sobre los Hechos en las Sentencias de los Tribunales Casatorios”. *Nueva Doctrina Penal 2004/B*.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (2007). “Casación Penal y Posibilidad de Control. Alcance del Fallo “Casal” y del Método Alemán Invocado por la Corte”. *Suplemento de Administración de Justicia, El Dial*, 15/05/2007.
- TARUFFO, Michele (1999). “Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal”. *Doxa* N° 22.
- (2002). “Consideraciones sobre Prueba y Verdad”. *Revista Derechos y Libertades. Instituto Bartolomé de Las Casas*, año 7 N°11.

Jurisprudencia nacional:

Corte Suprema:

Sentencia, Segunda Sala (Penal), 12 de mayo de 200, Rol N° 964-2003.

Sentencia, Segunda Sala (Penal), 2 de julio de 2003, Rol N° 1743-2003.
 Sentencia, Segunda Sala (Penal), 11 de agosto de 2004, Rol N° 2600-04.
 Sentencia, Segunda Sala (Penal), 29 de julio 2009, Rol N° 6575-2008.

Cortes de Apelaciones:

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29 de septiembre de 2004, Rol N° 135-2004.
 Corte de Apelaciones de La Serena, 22 de julio de 2005, Rol N° 179-2005.
 Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de julio de 2006, Rol N° 1155-2006.
 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 16 de octubre de 2006, Rol N° 275-2006.
 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 4 de mayo de 2007, Rol N° 368-2007.
 Corte de Apelaciones de Arica, 6 de febrero de 2008, Rol N° 203-2007.
 Corte de Apelaciones de San Miguel, 30 de noviembre de 2009, Rol N° Rol 881-2007.
 Corte de Apelaciones de Antofagasta, 22 diciembre de 2009, Rol N° 320-2009.
 Corte de Apelaciones de Temuco, 28 de diciembre de 2009, Rol N° 984-2009.
 Corte de Apelaciones de Concepción, 17 de diciembre de 2009, Rol N° 574-2009.
 Corte de Apelaciones de Temuco, 9 de febrero de 2010, Rol N° 1-2010.
 Corte de Apelaciones de Temuco, 14 de mayo de 2010, Rol N° 260-2010
 Corte de Apelaciones de Chillán, 20 de mayo de 2010, Rol N° 64-2010.
 Corte de Apelaciones de Concepción, 14 de junio de 2010, Rol N° 184-2010.
 Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de junio de 2010, Rol N° 207-2010.
 Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de julio de 2010, Rol N° 276-2010.
 Corte de Apelaciones de Iquique, 09 de julio de 2010, Rol N° 89-2010.
 Corte de Apelaciones de Antofagasta, 17 de agosto de 2010, Rol N° 265-10.
 Corte de Apelaciones de Antofagasta, 22 de noviembre de 2010, Rol N° 134-2010.
 Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30 de noviembre de 2010, Rol N° 365-2010.

Jurisprudencia comparada.

Colombia:

Corte Constitucional, T-329/96, 25 de julio de 1996.
www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/T-329-96.rtf
 Corte Constitucional, T-452/98, 26 de agosto de 1998.
www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/T-452-98.rtf
 Corte Suprema, 8 de mayo de 1997, RAD 10768.
 Corte Suprema, 16 de junio de 2001, Proceso N° 10.988.
 Corte Suprema, 21 de mayo de 2002, Proceso N° 18855.
 Corte Suprema, 14 de febrero de 2006, Proceso N° 24173.
 Corte Suprema, 13 de junio de 2007, Proceso N° 27.281.
 Corte Suprema, 9 de junio de 2008, Proceso N° 25168.
 Corte Suprema, 7 de julio de 2008, Proceso N° 29512.
 Corte Suprema, 11 de noviembre de 2009, Proceso N° 32360.
 Corte Suprema, 11 de noviembre de 2009, Proceso N° 32705.
 Todas las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal en:
<http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Penal/Consulta/Jurismateria/Sistema%20Penal%20Acusatorio/INDICE%20SISTEMA%20PENAL%20ACUSATORIO..pdf>

Costa Rica:

Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, 24 de abril de 1992, causa V-133-F. http://scij.org.poder-judicial.go.cr/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_ficha_sentencia.asp

Tribunal de Casación Penal de San José, 11 de julio de 2002, sentencia 00507. Expediente: 98-200259-0414-PE. http://200.91.68.20/SCIJ/busqueda/jurisprudencia/jur_ficha_sentencia

Tribunal de Casación Penal de San Ramón, 20 de enero de 2009, sentencia 00022. Expediente: 07-001245-0305-PE. <http://scij.org.poder-judicial.go.cr/scij/busqueda/jurisprudencia>

El Salvador:

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal, 4 de noviembre de 2003, C38-03. <http://www.observatoriojudicial.org.sv/jurisprudencia/C38-2003.pdf>

España:

Tribunal Supremo, 10 de diciembre de 2009, Recurso de Casación N° 970/2008. <http://sentencias.juridicas.com/docs/00315745.html>

Italia:

Corte di Cassazione, 15 de junio de 2007, Recurso N° 24.667. <http://www.cortedicassazione.it/Cassazione/Cassazione.asp>

Corte di Cassazione, 15 de marzo de 2006, N° 10951. <http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=265>

Corte di Cassazione, 28 de mayo de 2008, N° 240411. <http://www.cortedicassazione.it/Cassazione/Cassazione.asp>

Perú:

Tribunal Constitucional, 8 agosto de 2005, Exp. 4831-2005-PHC/TC, Arequipa Rubén Silvio Curse Castro. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04831-2005-HC.html>