

¿La prueba es suficiente cuando es suficiente?

Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal

*Paula A. Viale de Gil**

Resumen

Para decidir –en forma justificada– si está o no probada una determinada proposición sobre los hechos de un caso, es necesario, en un sistema de libre valoración probatoria, contar con un estándar. Ello, a fin de evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerar aquella probada. Ese umbral de suficiencia puede ser fijado por el Derecho de diversos modos, como ocurre, por ejemplo, cuando se funda la acusación mediante una convicción “más allá de toda duda razonable”.

En lo que sigue presento la forma en que la imprecisión de la formulación de un estándar genera una suerte de tautología insuperable: *es*

* Abogada penalista (UBA); Maestría en Magistratura (Dr. Dalla Vía, UBA); Diplomatura en Criminología (Dr. Zaffaroni, Universidad Maimónides); Tecnicatura en Seguridad Ciudadana (Dr. Sancinetti, ISSP); carrera docente en curso. 2007/2010 Ejercicio de la profesión (Delitos contra las personas), 2011 Ministerio de Justicia; Superintendencia de Investigaciones, 2012 Ministerio Público y Fiscal, Cuerpo de Investigaciones Judiciales (2do. Premio a la Innovación y el Esfuerzo). Publicaciones: “Posibles causas de la desposesión de los derechos humanos” (Finalista Premio “Fund. Peces-Barba”, España); “Hablemos claro sobre mediación penal”; “La verdad en el proceso penal”; “Ponderación y consecuencialismo. ¿Qué se le pide a un Juez cuando actúa?”. Miembro del Instituto de Derecho Penal y Criminología/Derecho Constitucional del CPACF y Comisión Problemática Carcelaria del Movimiento Profesionales por los Derechos Sociales. Condecorada con Título de Nobleza Meritocrática como Patricia Jr. de la Humanidad (Board Mundial de Presidentes del Parlamento Cívico de la Humanidad, 2011); paulaviale@yahoo.com.ar.

suficiente la prueba que el tribunal cree que es suficiente. Destacando que se trata de tribunales a los que se impone la exigencia de fundamentar sus decisiones –a diferencia del sistema anglosajón respecto de los jurados.

Trabajo subliminalmente el tema del *castigo*, bajo el prisma del concepto de “suficiencia”, como *decisión construida* por el decisor judicial: cuál es el *grado de convicción* requerido en para el procesamiento, debate oral y apelaciones (Principio de inmediación y valoración de la prueba).

Palabras clave: estándares probatorios, valoración, prueba suficiente, duda razonable, convicción.

Is the proof sufficient when it's sufficient? Approach to the construction of the decision of sufficiency of the evidence in criminal matters

Abstract

To decide –justifiably– whether or not a given proposition proven on the facts of a case, it is necessary in a system of free assessment of evidence, to have a standard. This, in order to assess whether the available evidence, rationally valued, is sufficient to consider that proven. This threshold of sufficiency can be fixed by law in various ways, for example, when the prosecution is founded by a conviction “beyond reasonable doubt”.

In this paper I present how the vagueness of the formulation of a standard unsurpassed generates a kind of tautology: is sufficient proof that which the court believes is sufficient. Stressing that the courts are required to base their decisions, unlike the common law system in which it is imposed in respect of juries.

Working subliminally the theme of punishment from the perspective of the concept of “sufficiency” as built by the judicial decision decider: What is the “degree of belief” required for processing, oral arguments and appeals (Principle of immediacy and evaluation of evidence).

Keywords: evidence standards, assessment, sufficient evidence, reasonable doubt, conviction.

Presentación

A) Estándares probatorios

Se tiende a pensar que en los regímenes de libre valoración, la decisión judicial sobre la prueba está sujeta sólo a exigencias de racionalidad –o, como se suele decir, de “sana crítica”–, pasando por alto, de ese modo, el papel de los estándares probatorios. Lo cierto es, en cambio, que para decidir en forma justificada si está o no está probada en un proceso una determinada proposición sobre los hechos del caso es necesario, en un sistema de libre valoración probatoria, contar con un estándar para evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerarla probada. Y ese umbral de suficiencia puede ser fijado por el derecho de diversos modos, como ocurre, por ejemplo cuando se funda la acusación mediante una convicción “más allá de toda duda razonable”.¹

El presente trabajo parte del entusiasmo que se observa por esta fórmula, la cual ha sido incorporada a los códigos de procedimiento de otros sistemas jurídicos,² citada por nuestra CSJN en la inauguración del año judicial 2008, al decir: “Además, el estándar probatorio requerido con el fin

1. “No observo en la sentencia recurrida aspecto alguno que evidencie la existencia de insuficiencia conviccional en el juzgador que necesariamente debiera haberlo llevado a la duda. De la sentencia surge claramente que la Excm. Cámara en su análisis de los efectos confirmatorios de los medios probatorios utilizados en consonancia a la regla de la sana crítica, pudo llegar a su convicción *más allá de toda duda razonable*. [...] Ante estas pruebas, el voto con el que disiento sigue sosteniendo que *hay una duda razonable*” (Suprema Corte de Justicia, 26/09/2007, causa P.67.027, “S., A.F. s/Violación”, voto de Domínguez, La Plata, Buenos Aires).

2. Así, por ejemplo, de acuerdo al artículo 340 del Código Procesal Penal de Chile:[□] “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”. Asimismo, de acuerdo al artículo 132 del Código del Proceso Penal de Uruguay:[□] “No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso plena prueba, de la que resulte racionalmente la certeza del delito y de la responsabilidad del imputado”. El inciso segundo de dicho artículo agrega que *en caso de duda deberá absolverse al imputado*.

de verificar la responsabilidad penal del imputado es el del convencimiento del juez más allá de toda duda razonable” (p. 242). Incluso cabe notar que la misma formulación ha sido fijada por la Corte Penal Internacional en su estatuto (artículo N°66).

Me propongo deslindar el camino de las dificultades, agudas por cierto, que la imprecisión de la formulación del estándar genera respecto de tribunales a los que se impone la exigencia de fundamentar sus decisiones □no prevista en cambio, en los sistemas anglosajones respecto de los jurados□, procurando intentos de superación de la tautología problemática en que yace inmersa la cuestión.

B) Valoración de la prueba

Para comprender el papel clave que los estándares de prueba cumplen en el juicio sobre los hechos en los sistemas procesales penales en los que rige el principio de libre valoración, resulta útil diferenciar analíticamente dos momentos que integran lo que globalmente designamos como valoración de la prueba.³

El primer momento, que podemos llamar el de la *valoración en sentido estricto*, se refiere a la determinación del apoyo empírico que los elementos de prueba aportados proporcionan a las hipótesis sobre los hechos del caso que se enfrentan en el proceso. Asumiendo una concepción racional de la libre valoración, en este momento se trata de evaluar las relaciones de *corroboración* o *confirmación* que es posible establecer entre los elementos de juicio que aportan las evidencias disponibles y las proposiciones sobre los hechos del caso que son objeto del proceso, sobre la base de los conocimientos científicos de que disponemos y de las generalizaciones empíricas comúnmente aceptadas (máximas de la experiencia).⁴

3. La distinción entre diversos momentos de la actividad probatoria es una herramienta de análisis propuesta en Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 41.

4. “El fallo en crisis, en tanto descarta premisas decisivas sustentadas en hechos comprobados de la causa y extrae de los dictámenes periciales conclusiones que no surgen de aquellos, con el contenido categórico y la certidumbre que se predica, aparece irrazonable y contrario a las reglas de la experiencia” (Suprema Corte de Justicia, 26/09/2007, causa P.67.027, “S., A.F. s/Violación”, voto de Domínguez, Hitters y Soria, La Plata, Buenos

Es importante notar que esas relaciones de corroboración se expresan como *inducciones probabilísticas* que no pueden demostrar la verdad de una hipótesis, sino que sólo la confirman como una explicación posible de la existencia de las evidencias valoradas, lo que por sí solo no excluye que otras hipótesis puedan resultar igualmente explicativas.⁵ Esto es lo que se pone de relieve cuando se dice que el juicio sobre los hechos en un proceso tiene lugar en *condiciones de incertidumbre*; una incertidumbre que, aunque es propia del razonamiento inductivo en general –y vale también, por lo tanto, para la prueba de hipótesis científicas o históricas–,⁶ se ve reforzada en el ámbito de la prueba judicial por la posibilidad de que evidencias relevantes no lleguen a ser conocidas por el juzgador, debido tanto a las limitaciones temporales características del proceso, como a la aplicación de las reglas sobre exclusión de pruebas y a la intervención de las partes en la proposición y producción de las mismas.

El resultado del momento identificado como valoración en sentido estricto consiste, entonces, en la individualización de las pruebas que corroboran las proposiciones sobre los hechos del caso sostenidas por las partes y la identificación de los factores que inciden en su mayor o menor fuerza probatoria (las cuestiones relativas a la credibilidad o autenticidad del elemento de prueba, su carácter de prueba directa o indirecta, la validez o fundamento empírico de las generalizaciones en que se basan las inferencias probatorias), así como en la determinación de las pruebas desestimadas por su irrelevancia respecto de las proposiciones que se trata de probar o por los defectos que les restan fuerza probatoria.

Aires; cfr. causa P.73.154, 24-IX-2003).

5. Sobre la estructura de estas relaciones de corroboración cfr. Cohen, Jonathan, *The Probable and the Provable*, Oxford, Oxford U. Press, 1977, p. 245; Gascón, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 173; Anderson, Schum, Twining, *Analysis of Evidence*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 78; González Lagier, “Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal”, II, en *Jueces para la democracia*, 2003, p. 38; Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 120.

6. Cfr. Popper, Karl, *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, 1963, trad. de Míguez, Buenos Aires, Paidós, 1994; Hempel, Carl, *Filosofía de la ciencia natural*, trad. de Deaño, Madrid, Alianza, 1973, p. 36.

Dado que, por la forma inductiva del razonamiento probatorio, esas pruebas no pueden demostrar la verdad de las proposiciones fácticas que han sido objeto del proceso, sino que sólo las corroboran en menor o mayor medida, el juicio sobre los hechos supone un segundo momento, que podemos llamar de *decisión sobre la prueba*, en el que se trata de determinar si esas pruebas o, dicho de otra manera, el grado de corroboración que ellas aportan a las proposiciones fácticas en cuestión, es *suficiente* para tenerlas por probadas.

Precisar cuál es el nivel de suficiencia requerido en un determinado procedimiento es, precisamente, la tarea propia de los estándares de prueba. De este modo, ellos determinan cuándo resulta justificado aceptar (o rechazar) una proposición fáctica en un proceso judicial, a pesar de las condiciones de incertidumbre de todo juicio.

C) Prueba contundente, y no puramente preponderante (preponderance evidence)

Los estándares de prueba pueden ser más o menos exigentes, según si fijan un umbral mínimo de suficiencia o bien uno más elevado. El nivel mínimo de suficiencia es el que requiere que se tenga por probada la proposición fáctica que resulte más corroborada por las pruebas disponibles, esto es, que resulte más corroborada que las proposiciones incompatibles con ella que se hayan planteado en el proceso o, en todo caso, más corroborada que su negación. Este umbral puede considerarse “mínimo”⁷ porque un estándar menos exigente implicaría que se debiera tener por probada una hipótesis menos corroborada o, dicho de otro modo, menos probablemente verdadera, que otras hipótesis sostenidas en el proceso, lo que constituiría una directiva incompatible con la exigencia de valoración racional de la prueba. Al decir de Taruffo, “sería irracional dejar que el juzgador eligiera la versión de los hechos que esté menos apoyada por los medios de prueba” (Taruffo, M., 138: 2008).

7. Este estándar de prueba mínimo suele conocerse como *estándar de preponderancia de la prueba* y corresponde al que en derecho comparado –particularmente en los sistemas de tradición anglosajona– se considera aplicable en los procesos civiles.

Pero el derecho penal fija un estándar de prueba más exigente, requiriendo un grado de corroboración mayor a la *preponderancia* relativa para que una hipótesis pueda tenerse por probada. Lo que se produce de ese modo es una *distribución diferenciada del riesgo de error* entre las partes de un proceso, pues al elevar el umbral de suficiencia de la prueba se reduce, por una parte, el riesgo de que se cometa un error al declarar probada una proposición fáctica (es decir, el riesgo de que se declare probada una proposición falsa o riesgo de un falso positivo), pero aumenta correlativamente, por otro lado, el riesgo de que se yerre al declarar no probada una proposición fáctica (es decir, el riesgo de que se declare no probada una proposición verdadera o falso negativo). Este efecto, se aprecia con mayor claridad, si se hace un contraste con lo que ocurre cuando se aplica el estándar mínimo de prueba. Bajo ese estándar, el riesgo de error se distribuye igualitariamente, de modo que el riesgo de error al tener por probada en un caso una proposición, es simétrico al riesgo de error al no declararla probada, pues los dos tipos de error se producen cuando las evidencias disponibles confirman en mayor grado una hipótesis que resulta falsa (el falso positivo cuando la hipótesis que se trata de probar resulta mayormente corroborada que las demás hipótesis incompatibles propuestas o que su negación y, sin embargo, es falsa; el falso negativo cuando resulta mayormente confirmada por las pruebas una hipótesis incompatible con la que se trata de probar o bien su negación). En el caso de un estándar más exigente, en cambio, disminuye el riesgo de error al declarar probada una proposición, pues se requerirá una prueba de mayor *contundencia* que la puramente preponderante; y a la vez, el riesgo de error al declarar no probada una proposición fáctica es más alto, pues aun si las pruebas disponibles corroboran esa proposición en mayor grado que a su negación o a las proposiciones incompatibles que hayan sido sostenidas en el proceso, el estándar requiere que si no se satisface el umbral más alto que él fija, la proposición en cuestión se tenga por no probada.

En definitiva, los fines que subyacen a los dos estándares de prueba son diferentes. En el caso de un estándar de prueba mínimo el fin que se persigue es evitar en general el error al determinar los hechos en un proceso. Se trata, en este sentido, del estándar más funcional si se toma en cuenta únicamente el fin de averiguación de la verdad. Por eso, puede considerarse que a falta de una regla legal que fije en forma expresa un estándar de prueba para un determinado proceso, este sería el estándar supletorio, determinado por la exigencia de racionalidad en la valoración de la prueba,

que requiere, precisamente, la utilización al ponderar la prueba de los medios más idóneos para el fin de averiguar la verdad (Taruffo, M., 305-331: 2009). Cuando se adopta, en cambio, un estándar probatorio más exigente, lo que está en juego es evitar especialmente un tipo de error, el falso positivo (declarar probada una proposición falsa), aun a costa de elevar el riesgo de falsos negativos (declarar no probada una proposición verdadera). Se trata, como se puede observar, de un fin diferente al de la pura averiguación de la verdad y que está parcialmente en tensión con este.⁸ La asunción de ese fin, y su realización a través de un estándar de prueba de mayor exigencia que el de preponderancia de la prueba, supone que el error al declarar probada una proposición falsa en una determinada clase de proceso sea valorado como mayormente grave por sus costos por la comunidad política.

Esto último es lo que debiera ocurrir, de acuerdo con la concepción moral de larga tradición en Occidente,⁹ respecto de las proposiciones que integran la acusación en el caso del proceso penal, pues los costos de la condena penal errónea de un inocente, por la afectación que puede implicar de bienes fundamentales del sujeto, como la libertad y la honra, justificarían que ese error se considere de mayor gravedad que el error al absolver a un culpable.

Esta valoración diferenciada de la gravedad de los errores en que es posible incurrir al determinar los hechos en un proceso penal justificaría, según esta concepción moral, que se intente evitar especialmente el riesgo de error al condenar, fijando un estándar de prueba especialmente exigente – más exigente que el de mera preponderancia de la prueba– para que puedan tenerse por probadas las proposiciones fácticas sostenidas por la acusación.

8. Laudan, Larry, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005, pp. 96-97. Laudan lo caracteriza como un valor *cuasi epistémico*, distinguiéndolo tanto de los valores *epistémicos* –la averiguación de la verdad y la minimización del error–, como de los valores *extra-epistémicos* que son relevantes en la justificación de reglas procesales.

9. Esto es lo que expresarían fórmulas clásicas como las que afirman que es mejor que mil culpables sean absueltos a que un solo inocente sea condenado injustamente. Son palabras de Blackstone y Benjamin Franklin en el siglo XVIII y Maimónides en el siglo XII. Una revisión de los antecedentes históricos de esta concepción puede verse en Stella Federico, *Giustizia e modernità. La protezione dell'inocente e la tutela delle*.

En suma, tenemos por cierto que el estándar de prueba: más allá de toda duda razonable, es sustentado en esta concepción ético-política y su propósito es evitar especialmente el error al condenar, fijando un elevado umbral de suficiencia para la prueba de la acusación.

D) De la tradición

Tras una larga historia de vigencia de normas de prueba tasada, la noción de “estándar de prueba” resulta poco familiar en nuestra cultura legal. En los sistemas de *common law* se trata, en cambio, de un concepto extensamente utilizado.¹⁰ Hace más de 200 años, en dichos sistemas jurídicos, se utiliza la fórmula que requiere en los procesos penales que la acusación sea probada “más allá de toda duda razonable”.

Esa larga tradición, ha visto renovada y reforzada su significación en la configuración del proceso penal a partir de 1970, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo, en el caso “*In re Winship*” –y luego en una extensa línea de casos posteriores–, que la aplicación en todo proceso penal del estándar de prueba: más allá de toda duda razonable, resulta exigida por la cláusula constitucional del *debido proceso*.¹¹ Dicha jurisprudencia, expresa con gran claridad el sentido que se reconoce a aquella fórmula como garantía en favor del acusado, que proporciona sustancia concreta a la *presunción de inocencia*, reflejando una convicción fundamental según la cual, es mucho peor que se condene a un inocente a que un culpable quede libre. Con la misma claridad, esas sentencias dan cuenta del arraigo de esa convicción en el valor fundamental que se reconoce a los intereses del acusado que se ponen en juego en un proceso penal y que determinan que a su respecto el riesgo de error deba ser reducido al mínimo por la extrema gravedad de sus consecuencias: libertad, dignidad; frente a la estigmatización.¹²

10. Cfr. Popper, Karl, *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones* (1963), traducción de Néstor Míguez, Buenos Aires, Paidós, 1994; Hempel, Carl, *Filosofía de la ciencia natural*, traducción de Alfredo Deaño, Madrid, Alianza, 1973, p. 36.

11. “*In re Winship*” 397 U.S. 358 (1970). Otras sentencias relevantes son “*Sullivan v. Louisiana*”, 508 U.S. 275, 278 (1993) y “*Apprendi v. New Jersey*”, 530 U.S. 466, 477 (2000). Una buena síntesis de esa evolución puede verse en Stella, Federico, cit. N°9, pp. 154-195.

12. Cfr. Broun, Kenneth S. y otros, *McCormick on Evidence*, 6ª edición, St. Paul, Thomson/West, 2006, p. 571; Stella, Federico, cit. N°9, p. 161.

Paradójicamente, sin embargo, al mismo tiempo que se reconoce al estándar de prueba: más allá de toda duda razonable, ese papel *decisivo* para la distribución equitativa del riesgo de error en un proceso penal, en los mismos tribunales norteamericanos se ha debatido intensamente sobre la mejor forma de explicar lo que esa fórmula requiere. Dado que el veredicto de los jurados que resuelven sobre la prueba de los hechos del caso en un proceso penal no debe ser fundamentado, la discusión se ha referido sobre todo al contenido de las instrucciones que el *trial judge* debe dar a los jurados acerca de la aplicación del estándar.

Una de las explicaciones más utilizadas tradicionalmente asimilaba el estándar: más allá de toda duda razonable, a una exigencia de *certeza moral*. Esta equiparación, utilizada intensamente durante el siglo XIX, es interesante porque conecta al estándar de prueba penal con una tradición epistémica, la de la filosofía empirista inglesa del signo XVII –y especialmente la versión desarrollada por Locke en *An Essay Concerning Human Understanding*–, que podría efectivamente ofrecer un marco para una elaboración del significado de la fórmula de la duda razonable, en la medida que utilizaba la expresión “certeza moral” para designar el grado más alto de justificación al que podían aspirar las creencias sobre asuntos empíricos, dado que, si bien no cabía respecto de ellos la certeza matemática, asociada a la demostración rigurosa, sí era posible justificar, sobre la base de pruebas contundentes, creencias capaces de imponerse con una fuerza cercana a la certeza.

Con todo, este sentido de la noción de certeza moral fue diluyéndose progresivamente en su traducción al ámbito del proceso penal, donde terminó por ser rechazada en función del riesgo de que haga creer por error a los jurados que su decisión puede basarse en sus juicios morales sobre la conducta del acusado (“*Víctor v. Nebraska*”, 1994).

Igualmente resistidos han resultado otros intentos de definición, como el que equipara la prueba más allá de toda duda razonable a aquella que resulte tan convincente como para que una persona no vacile en confiar en ella, o el que caracteriza a la duda razonable como aquella respecto de la cual pueden darse razones.¹³

13. En el primer caso la crítica apunta a la equiparación del grado de certeza necesario para condenar con el que requerimos para tomar decisiones respecto de asuntos propios,

Tan intensas han sido las discusiones en torno a la explicación del estándar en las instrucciones a los jurados que se ha asentado incluso la conclusión –sostenida por diversas cortes estatales– de que no se debe ofrecer a los jurados ninguna definición del estándar, siendo preferible dejar que la fórmula “hable por sí sola”¹⁴ (“U.S. v. Glass”, 1988). Algo semejante ha ocurrido también en el Reino Unido, donde tras las mismas discusiones sobre cómo explicar a los jurados el contenido del estándar, terminó por imponerse también la directriz de evitar cualquier definición. En los últimos años, sin embargo, la fórmula de la prueba más allá de toda duda razonable ha sido sustituida por una diferente, que les requiere “estar seguros” de la culpabilidad.

Este último paso en la discusión sobre el estándar: más allá de toda duda razonable parece llevarnos de vuelta al punto de partida, en el sentido que lo que la fórmula puede decir “por sí sola”, de manera autoevidente, consiste en la afirmación de su sentido como garantía para el acusado. Lo dice bien Taruffo cuando afirma que “el significado central que se expresa a través de ese estándar es evidente: este requiere un grado particularmente alto de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado, que se aproxima a la certeza, dado que sólo admite la presencia de dudas ‘irrazonables’, con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente” (Taruffo, M., 249: 2010).

El estándar de convicción: más allá de toda duda razonable, es entonces propio del derecho anglosajón. En definitiva, poca luz nos ofrece la experiencia de los sistemas de *common law* para evaluar si las pruebas aportadas permiten considerar satisfecho aquel grado particularmente alto de confirmación, esbozado en el acápite anterior.

pues aun respecto de cuestiones importantes las personas pueden estar dispuestas a actuar en base a creencias precarias asumiendo riesgos de error que no parece equitativo en cambio asignar al acusado en un juicio penal (“Commonwealth v. Ferreira”, 1977). En el segundo caso, la explicación ha sido rechazada básicamente porque los jurados no están sujetos a la exigencia de justificar sus veredictos (“U.S. v. Davis”, 1964) Cfr., sobre ambas, Laudan, Larry, *Truth, Error*, cit. N°8, p. 36.

14. Cit. por Laudan, Larry, *Truth, Error*, cit. N°8, p. 48.

Problemática

En un sistema de libre valoración, la cuestión del estándar de prueba –o del grado de convicción necesario para condenar– suscita varias discusiones. La expresión “suficiente”, aclara que el convencimiento al cual se debe llegar no es el convencimiento absoluto, sin embargo, *¿elimina –dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes– las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere?*

Como se ha dicho, en el razonamiento probatorio judicial –y en general cuando se trata de cuestiones empíricas– no es posible alcanzar racionalmente conclusiones verdaderas. El objeto, entonces, es explicitar que una hipótesis que deba tenerse por probada puede, sin embargo, merecer algún grado de duda. El problema es que la imprecisión del estándar no permite establecer con claridad *cuál es ese grado de duda tolerable*. El término “suficiente” revela el desconocimiento de que la función del estándar de prueba es precisamente la de determinar cuándo los elementos de prueba son suficientes, o dicho de otro modo, cuál es el grado de convicción suficiente.

Léase un ejemplo jurisprudencial: “La motivación de la sentencia surge como un ligamen psicológico de extraordinaria importancia, donde el juez debe valorar todos los elementos de prueba jurídicamente relevantes y que apuntan a las distintas soluciones posibles, inclinándose, en definitiva, por aquella que mejor se compadezca con la valoración efectuada” (CNCP, Sala III, voto del Dr. Tragant, *Edelap*, reg. 92, *Bol. Jurispr. CNCP*, 1994, p. 21). El análisis que sigue buscará poner de relieve la problemática de esta tautología: *es suficiente la prueba que el tribunal crea que es suficiente*.

A) Primer intento: identificar criterios de suficiencia

Frente a esto, deben considerarse dos peligros. Por una parte, el de una *lectura subjetivista*, que refiera a la sola existencia de un estado mental del juzgador y por la otra, el de la *imprecisión*.

El primero, nos remite a la ya citada “certeza moral”: convencimiento subjetivo del juzgador acerca de la verdad de los hechos. A este respecto, la doctrina que la sostiene argumenta que su adopción facilita la aplicación del estándar, ya que “reconduce a los jueces [...] a la utilización de parámetros a los que se encuentran habituados” (Horvitz, M. y López, Julián, 164: 2004).

Aunque es cierto que la noción de “certeza moral” puede servir, bajo esa lectura subjetivista, como válvula de moderación de la irracionalidad a la que conduce el formalismo de las reglas de prueba legal, resulta difícil comprender qué ventajas podría suponer la aplicación de esta concepción en un sistema de libre valoración –supuestamente racional y justificada– de la prueba: ¿se volvería posible condenar sin otro fundamento que la presencia de convicción en el ánimo de los juzgadores? ¿Y la evaluación de esa convicción para condenar debiera considerarse imponderable para otro que no fuera el decisor, como el tribunal de alzada?

Las prácticas judiciales confirman, en buena medida, que lo que esas preguntas sugieren es, precisamente, lo que ocurre bajo una lectura subjetivista del estándar de prueba. Se repite su invocación como una especie de *mantra*, que afirma que, sobre la base de los elementos de prueba que antes han sido identificados –o, en el mejor de los casos, analizados– el tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, que los hechos se encuentran acreditados. De este modo, la aplicación del estándar se agota en la pura afirmación de la existencia de convicción, sin que se aborde a través de una *justificación reflexiva* la cuestión de la suficiencia de las pruebas.

La tendencia jurisprudencial comparada vacila en decidir si excluye que la justificación de la suficiencia (o insuficiencia) de las pruebas pueda ser revisada. Para algunos: la convicción “es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimientes, sin que esta Corte tenga la facultad de anular por ese motivo, el juicio que hayan resuelto, ya que dicha decisión emana del ámbito de su propia conciencia, previo a un conocimiento exhaustivo” (Corte Suprema de Chile, 2005). Otros, consideran que la revisión extraordinaria –provincial o federal–, es una forma de análisis de las pruebas. “[...] la regla de la duda no requiere silogismos, sino convicción conforme al análisis crítico y explícito de la prueba de la causa. La regla de la duda no se presta para calificaciones de arbitrariedad. Si decimos que un hecho es dudoso, estamos diciendo que afirmar su existencia no es arbitrario. Esa afirmación podrá ser errónea, pero no prescinde de los hechos comprobados en la causa, pues quien tenga dudas tras analizar la prueba no puede descartar que la decisión que no comparte sea correcta. Arbitrariedad, supone un error de otra clase, pues si no, son sólo denominaciones rituales para lo que es en esencia una revisión ordinaria” (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, causa P.67.027, “S., A.F. s/Violación”, consid. 19 y 20, La Plata, 26/09/2007).

La lectura subjetivista termina por privar al estándar de su función normativa, pues bajo esa lectura lo que el estándar dice es una tautología. No se fija criterio alguno para decidir sobre la prueba, para evaluar si una decisión sobre los hechos resulta justificada, con el resultado paradójico de que, si bien se trata de una valoración racional –o de sana crítica–, y se acepta entonces que hay criterios racionales para determinar el grado o fuerza con que los elementos de prueba corroboran las proposiciones sobre los hechos acerca de cuya prueba se discute, se deja abandonada al mismo tiempo la determinación de su suficiencia para tenerlos por probados a una suerte de *epifanía del juzgador*, liberada de toda exigencia de justificación racional y de todo control.

Terminaría así volviendo a entrar al proceso penal, por la ventana del estándar de prueba, la *concepción de la libre valoración como íntima convicción* que se había sacado por la puerta a través de las exigencias de racionalidad y del reforzamiento del deber de fundamentar la decisión sobre los hechos. Un estándar de prueba apropiado no depende de la confianza subjetiva en una hipótesis; al contrario, el estándar de prueba nos dice cuándo la confianza subjetiva está justificada.¹⁵

El desafío es identificar criterios de suficiencia que, aun manteniendo un umbral elevado de exigencia, no aspiren a la certeza demostrativa que resultaba (en apariencia) de las reglas de prueba legal, ni cuenten con la confesión como “reina de las pruebas”. Resulta claro que, la recuperación de la noción de certeza moral o subjetiva –engranaje del viejo contexto normativo– no resulta de gran utilidad para abordar esa tarea (íntima convicción es, por definición, una fórmula subjetiva).

15. Poniendo de relieve el problema con respecto a la práctica jurídica norteamericana, Laudan (104: 2005) ha propuesto la siguiente, elocuente, comparación: “Imagínese que les dijésemos a los matemáticos que, de ahora en adelante, contarán con una prueba legítima de un teorema tan pronto como estén convencidos de la verdad de dicho teorema. O, supóngase que les decimos a los epistemólogos que si están sumamente seguros de la existencia de una conexión causal entre A y B, entonces tienen una prueba de ello. Propuestas como estas serían objeto de risa. Uno no debería decirle al juzgador de los hechos: Usted ha proporcionado una prueba de A cuando esté firmemente convencido de A. [...] Al contrario, lo que le decimos es: Usted no está autorizado para estar totalmente convencido de A, a menos que tenga una prueba de A, añadiendo que, sus firmes convicciones acerca de A no cuentan en absoluto. Eso es lo que supone tener un estándar de prueba”.

Para avanzar en la determinación del contenido del estándar de prueba: más allá de toda duda razonable, el primer paso necesario consistiría así en *evitar la interpretación subjetivista* (en contra: las teorías críticas del Derecho. Véase, por ejemplo de E. Marí, A. Ruiz y C. Cárcova, *Materiales para una Teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot).

Duce y Riego, muestran bien el segundo peligro: que aunque se pretenda interpretar el estándar a través de la identificación de criterios menos subjetivos que resulten más susceptibles de control a través de la fundamentación del fallo, la *indeterminación* de la noción de duda razonable ofrece poco de qué asirse para su construcción. Tanto es así que, si bien dichos autores avanzan en identificar algunos tipos de dudas marginales que debieran considerarse no razonables y no debieran por tanto obstaculizar la justificación de la condena, tales como los cabos sueltos y las dudas puramente hipotéticas o imaginarias que carecen de base en la evidencia (Riego, C., 500: 2007), se reconoce a la vez que la tarea de proponer criterios operativos para la aplicación del estándar es “particularmente difícil” y que “no estamos en condiciones de ofrecer una teoría o solución conceptual aplicable de manera general a todos los casos” (Riego, C., 498: 2007).

La estrategia de eludir la indeterminación del estándar de prueba y buscar la distribución diferenciada del error por otros medios corresponde, en buena medida, a la forma en que han operado tradicionalmente los sistemas jurídicos anglosajones. En la discusión acerca de cómo debía instruirse a los jurados ha ganado fuerza la idea de que deben evitarse las explicaciones sofisticadas. Interesa poner de relieve que, en esos sistemas existe un conjunto de *reglas especiales*, que limitan la admisibilidad de ciertas pruebas o condicionan el valor de ciertos elementos de prueba –como la declaración del coimputado– a la existencia de otro medio de prueba que corrobore la información que de ellos resulta. Este conjunto de reglas actúa como protecciones para el acusado frente al riesgo de error; realizan una asignación diferenciada del mismo.

Se facilita la elusión de la cuestión de la indeterminación en los sistemas donde la decisión sobre la prueba no es motivada. A diferencia del nuestro, donde el juicio sobre los hechos debe ser justificado. De modo que, eludir aquella cuestión es, en cambio, *imposible*: si el tribunal debe justificar su decisión, lo que debe justificar es precisamente la conclusión de que los medios de prueba aportados son suficientes para considerar probadas ciertas proposiciones fácticas y para ello, dadas las condiciones de incertidum-

bre, requiere contar con criterios de suficiencia definidos por un estándar de prueba. *Sin precisión del estándar, no se puede fundamentar adecuadamente la decisión sobre la prueba, ni controlar la adecuada fundamentación de la decisión sobre la prueba.*

No se trata de descartar anticipadamente, a través de este argumento, que la estrategia de eludir la indeterminación del estándar de prueba e incorporar otras reglas probatorias (de admisibilidad, de corroboración y de decisión) dirigidas a evitar el riesgo de condenas erróneas, permita obtener mejores resultados, sino de poner de relieve que nuestro sistema probatorio responde a un modelo diferente, que se basa en el supuesto de que el fin de averiguación de la verdad puede lograrse de mejor manera si el juzgador puede acceder a todas las pruebas potencialmente relevantes (sin exclusiones fundadas en la sobrevaloración) y que confía sobre todo en la fundamentación de las decisiones sobre la prueba como herramienta de control de su racionalidad.

B) Segundo intento: dejar de tratar de precisar qué es lo que requiere el estándar

Las dificultades derivadas del tono subjetivista y de la falta de determinación de la fórmula parecen dejar poco espacio a la identificación criterios claros de aplicación del estándar, y propician propuestas *de lege ferenda* para el abandono de esa formulación y redefinición en términos que eviten vincular la suficiencia de las pruebas con la convicción del juzgador.¹⁶

Por citar un ejemplo, la tesis en que se apoya la propuesta de Etcheberry es que, existe, en los diversos sistemas procesales, una relación entre la regulación de la decisión sobre la prueba y la estructura del órgano que

16. Una de las voces más críticas, en este sentido, es la del destacado epistemólogo Larry Laudan (155: 2005), en cuya opinión “el intento de fundamentar un estándar de prueba en la presencia o ausencia de una duda subjetiva, nunca ofrecerá un estándar que sea coherente y uniforme entre los diferentes jueces y juicios”. En el mismo sentido, Jordi Ferrer (146: 2007) sostiene que “a falta de un criterio de razonabilidad de la duda, esta formulación del estándar de prueba penal no consigue superar los problemas señalados para la íntima convicción, que los hacen inservibles como estándares de prueba [...]. Es decir, por su vaguedad extrema, no indican un umbral o nivel de suficiencia de la prueba que sea intersubjetivamente controlable”.

juzga (Etcheberry, A., 665: 2008). En los sistemas procesales anglosajones, existe un jurado *lego* que no fundamenta sus veredictos y que resuelve por unanimidad. Sobre esta base, el autor afirma que al importar ese estándar a nuestro contexto, no se advierte su incompatibilidad con un modelo de tribunal colegiado letrado, que puede resolver por mayoría y en el que, tanto la sentencia como los votos disidentes, deben ser fundamentados. La incongruencia se produciría en el caso de una decisión condenatoria adoptada por mayoría, pues si “el voto minoritario debe ser obligatoriamente fundamentado, ello es una clara muestra de que ha existido una duda razonable, a menos que calificuemos al miembro de la minoría como un juez irracional o como un juez prevaricante” (Etcheberry, A., 677: 2008). Etcheberry asume que en un sistema que impone la exigencia de fundamentar, la noción de duda razonable puede equipararse a la de *duda razonada*, de modo que cada vez que en una sentencia condenatoria la decisión sobre la prueba se adopta por mayoría y el miembro del tribunal que no concurre a ella razona su disidencia, el estándar de prueba no debiera considerarse satisfecho. Una aplicación coherente del estándar de prueba: más allá de toda duda razonable, requeriría entonces, en el caso de un tribunal colegiado –con mayor razón si sus decisiones deben ser fundamentadas–, que la decisión se adopte por unanimidad. La importación del estándar debe entonces completarse, según Etcheberry, con la adopción de la exigencia de unanimidad para la decisión de condena que rige, por regla general, en los sistemas de jurados (Etcheberry, A., 678: 2008).

Se puede observar que, bajo este modelo no hay, como sostiene Etcheberry, contradicción entre el estándar de prueba: más allá de toda duda razonable y la regla de decisión por mayoría, pues es conceptualmente posible que la opinión disidente, sin ser ni “irracional” ni “prevaricante”, se apoye en razones erróneas¹⁷ que representan una aplicación incorrecta del estándar de prueba.

17. “La decisión del tribunal a quo que de modo escueto confirmó el resolutorio del juez de instrucción ‘por hallarse ajustado a derecho y a las constancias de la causa’ adolece de defecto de fundamentación, dado que la expresión sólo traduce una simple convicción personal, la cual no aparece apoyada en ninguna consideración directamente referida a las *razones de carácter objetivo* que pudieron informar esa convicción; de modo que no sólo no satisface el concepto de sentencia como forma sustancial del juicio, sino que cierra a las partes toda posibilidad de establecer si la decisión es, en verdad, el resultado de una correcta aplicación de la ley fundada en hechos debidamente comprobados, o no

Cabe notar, sin perjuicio de lo expuesto, que aunque la exigencia de unanimidad para la decisión de condena podría operar como garantía adicional frente al riesgo de error, su adopción no resuelve los problemas de indeterminación del estándar. Si se impusiera esa regla de decisión y toda sentencia de condena afirmara entonces razonada y unánimemente la ausencia de dudas, todavía quedaría abierta, sin embargo, la pregunta acerca de la corrección de esa decisión unánime y la bondad de las razones que ella expresa, es decir, acerca de si efectivamente en el caso la prueba es *suficiente*, más allá de toda duda razonable. En otras palabras, seguiría abierta la cuestión de si esa condena que afirma unánime y razonadamente la ausencia de dudas está *bien razonada* (y, recíprocamente si, en caso de absolución, la duda está *bien razonada*).

El segundo intento consiste, entonces, en renunciar a la dificultosa búsqueda de criterios precisos de suficiencia, para concentrar los esfuerzos en el logro del fin que a través de ese estándar se pretende realizar –una distribución diferenciada del riesgo de error– a través de otros medios. (Como la exigencia de unanimidad para la decisión condenatoria, propuesta por Etcheberry).

es más que el producto del mero arbitrio judicial” (CNCP, Sala III, voto del Dr. Tragant, *Risso de Osnajansky*, reg. 142, *Bol. Jurispr. CNCP*, 1994, N°4, p. 36). En igual sentido, se afirmó que “la necesidad de motivación de un pronunciamiento impone al juez el deber de *apreciarla razonadamente*. No puede reemplazar su análisis crítico por una remisión genérica a las pruebas de la causa, pues si esto fuera posible el pronunciamiento viviría sólo en su conciencia” (CNCP, Sala I, *Almeyra, María*, leg. 98, *Bol. Jurispr. CNCP*, 1993, N°5, p. 84). “Motivar las sentencias posibilita y asegura el control republicano sobre la conducta de los jueces, pues tal exigencia permite exhibir cómo ha sido estudiada la causa, si se han respetado los límites de la acusación, si se valoraron las pruebas sin descuidar elementos decisivos fundamentales, si se ha razonado con logicidad y teniendo en cuenta los principios de la experiencia, y también si se han aplicado las normas legales según un justo criterio de adecuación. La fundamentación permite que los interesados puedan conocer las *razones* que sostienen el decisorio y las premisas que otorgan sustento al pronunciamiento, ya sea con el fin de resolver su acatamiento o para fundar la respectiva impugnación que el ordenamiento legal concede. Asimismo, ello le brindará al tribunal superior la disposición de los elementos necesarios para efectuar su control. Con ello se contribuye a elaborar la jurisprudencia, en tanto se la conceptúa como el conjunto de criterios y enseñanzas que derivan de los fallos judiciales” (CNCP, Sala III, *Paulillo Carlos*, reg. 111, *Bol. Jurispr. CNCP*, 1994, N°2, p. 29). El resaltado es mío.

Antes de proponer un cambio sustancial de modelo, vale la pena, es-timo, tomarse en serio los fines del derecho procesal penal y agotar los es-fuerzos para identificar criterios de suficiencia de las pruebas que precisen el contenido del estándar de prueba: más allá de toda duda razonable.

C) *Tercer intento: determinación de la existencia de una “duda razonable”*

1. *Interpretación objetiva según la calidad de las pruebas*

Queda claro hasta aquí que, la aplicación del estándar no requiere una profunda introspección del juzgador, sino que supone atender a la calidad de las pruebas disponibles.

Es cierto que la expresión “convicción” parece sugerir que lo relevante es la presencia en el juzgador de una creencia libre de dudas; sin embargo, la referencia a dudas “razonables” admite un sentido normativo (o contrafáctico) conforme al cual lo relevante no sea la presencia o ausencia subjetiva de dudas, sino la presencia o ausencia en el conjunto de elementos de prueba disponibles de condiciones que justifican una duda. Lo relevante, entonces, no sería la existencia efectiva de una duda, sino la existencia en las pruebas de condiciones que justifican una duda. No es que la duda se presente de hecho en el ánimo del juzgador, sino que *haya debido suscitarse* a la luz de las evidencias disponibles.

Esta interpretación es sistemáticamente *coherente*, tanto con la exigencia legal de que la decisión sobre los hechos sea justificada por referencia a las pruebas aportadas al proceso, como con otros usos jurídicos de la expresión “razonable” para referir a algún tipo de estándar objetivable (MacCormick, N., 399-436: 2000). Por otra parte, esta reformulación es consistente con la asunción de que: *i)* el estándar debe ser especialmente exigente, para evitar en la mayor medida posible la condena de un inocente; y *ii)* el estándar: más allá de toda duda razonable expresa ese alto grado de exigencia. Esta asunción sobre el sentido moral o político de la decisión sobre la distribución del riesgo de error que subyace al estándar de prueba: más allá de toda duda razonable es compartida, según se ha visto en la sección anterior, en los sistemas procesales en que es utilizada. De hecho, en la cultura anglosajona lo único que parece no estar sujeto a discusión es precisamente esta asunción sobre la concepción moral subyacente al estándar.

Por último, la reformulación propuesta es consistente en el sentido de que el estándar no puede requerir “certeza absoluta”, sino sólo la exclusión de dudas “importantes”.¹⁸

Para que el estándar de prueba: más allá de toda duda razonable pueda cumplir su papel clave en la justificación de la decisión sobre los hechos, no basta que se interprete en términos objetivos (esto es, que se entienda referido a la calidad de las pruebas y no a las creencias subjetivas del juzgador), sino que se requiere además que su interpretación determine con precisión las condiciones que debe satisfacer la prueba de cargo para ser suficiente y justificar la condena. La utilidad de la interpretación propuesta para hacer operativo el estándar depende, de que sea posible identificar con precisión qué condiciones presentes en el conjunto de evidencias disponibles justifiquen una duda o, dicho a contrario, qué condiciones deben ser superadas por las pruebas disponibles para que pueda ser justificado tener por probada una versión de los hechos.

2. Distinguir entre duda relevante e irrelevante

En primer lugar, es importante distinguir las dudas que no se justifican en la calidad de las pruebas disponibles, de las que se derivan del carácter probabilístico o normalmente fragmentario de las pruebas. El primer aspecto hace imposible descartar por completo que las cosas no hayan podido ocurrir de otro modo, mientras el segundo hace que generalmente no sea posible reconstruir todos los detalles del modo en que se asume que ocurrieron los hechos. Esta clase de dudas –la posibilidad puramente hipotética y no sustentada en pruebas de una versión alternativa de los hechos□ son cabos sueltos que no se refieren al núcleo de los del estándar de prueba.

18. “[...] El voto por la afirmativa dice que la sentencia ‘extrae de los dictámenes periciales conclusiones que no surgen de aquéllos con certidumbre’. No es posible construir un estado de duda señalando que los peritos no se han pronunciado categóricamente. Sería irrazonable requerir que un examen –ejemplo, psicológico– determine categóricamente la culpabilidad. Lo que los exámenes de expertos pueden decir es si el imputado estaba en condiciones mentales de saber el dato que menciona la figura penal. Decir en cambio, que ellos no se pronuncian categóricamente sobre la culpa, es incurrir en un error, es malinterpretar el sentido de la regla *in dubio pro reo*”. (Suprema Corte de Justicia, 26/09/2007, causa P. 67.027, “S., A.F. s/Violación”, La Plata, Buenos Aires).

Para diferenciar estas dudas irrelevantes de las relevantes, es útil caracterizar a estas últimas como dudas *justificadas en defectos de las pruebas disponibles*, en relación con las proposiciones fácticas que se tratan de probar. De este modo resulta claro que, el carácter inductivo o probabilístico de la relación entre un elemento probatorio y una proposición fáctica, no es un defecto de esa prueba, sino un rasgo distintivo del razonamiento probatorio.¹⁹

Por otra parte, en el caso de los cabos sueltos o lagunas, la falta de prueba o la existencia de contradicciones, no constituye un defecto de la evidencia en relación con las proposiciones fácticas a probar, en la medida en que los detalles a los que se refieren no integren el núcleo de proposiciones principales, es decir, de proposiciones son relevantes para justificar la aplicación al caso de las normas jurídicas invocadas. La distinción entre dudas irrelevantes y justificadas en las pruebas disponibles no aclara, sin embargo, cómo se identifican estas últimas, esto es, cuáles son los “defectos” de los que puede adolecer la prueba respecto de alguna proposición fáctica y que justificarían el no tenerla por probada.

3. Distinguir entre prueba convergente y prueba divergente

Para evaluar la suficiencia de la prueba, y determinar si es defectuosa, es necesario realizar un análisis diferenciado de las pruebas disponibles respecto de cada una de las circunstancias de hecho que ha sido objeto de prueba en el proceso y que es relevante para la aplicación de la teoría jurídica que se aluda. La suficiencia no puede ser evaluada de modo global respecto de la teoría del caso propuesta, pues podría bastar que alguna de las circunstancias de hecho no se encontrara suficientemente probada –por ejemplo, las proposiciones fácticas que den cuenta de la participación del acusado– para que resultara justificada la absolución. Es obvio que, la integración del conjunto de proposiciones fácticas en un *relato global coherente* es necesaria, para que sea posible comprenderlas e interpretarlas, pero cada

19. Roberts, Paul y Zuckerman, Adrian (260: 2010), afirman que la posibilidad meramente teórica de que una hipótesis sustentada en pruebas sea falsa no puede ser relevante en el razonamiento judicial, pues ella sólo replantea la trillada verdad de que ninguna inferencia acerca del mundo físico permite justificar conclusiones absolutamente ciertas.

una de ellas debe estar sustentada por suficientes pruebas para poder ser tenida como probada.

También es obvio, por supuesto, que un mismo elemento de prueba puede ser relevante respecto de más de una proposición fáctica principal: de lo que se trata es precisamente de identificar en forma analítica cada una de esas líneas de corroboración, para evaluar separadamente los diversos factores que pueden influir en su fuerza.

A fin de determinar la existencia de una duda razonable, una vez identificadas las pruebas disponibles respecto de cada proposición fáctica principal –agotado, esto es, el momento de la valoración en sentido estricto– podemos encontrarnos en dos situaciones distinguibles, siguiendo a Taruffo, como “prueba convergente” y “prueba divergente” (Taruffo, M., 282: 1992).

En el primer caso, nos encontramos con una o más pruebas que corroboran una misma proposición fáctica; por ejemplo, respecto de la proposición que afirma que fue el acusado quien cometió una salidera bancaria, se cuenta con la declaración de un testigo que lo reconoce y con una filmación de la cámara de seguridad, del día del asalto, en la que aparece el acusado empuñando un arma. La convergencia de las pruebas no excluye que puedan presentarse dificultades al evaluar su suficiencia, pues la defensa puede haber discutido la credibilidad o autenticidad de esas pruebas (e incluso haber presentado pruebas auxiliares relativas a esa falta de credibilidad o autenticidad).

En el segundo caso, nos encontramos frente a pruebas que están en conflicto entre sí, unas confirman la proposición sostenida por la acusación y otras la niegan, o, dicho más precisamente, confirman la negación de la proposición fáctica que se trata de probar o bien confirman una proposición distinta aunque incompatible con aquella; por ejemplo, siguiendo con la proposición relativa a la participación del acusado como autor de una salidera, se cuenta por una parte con la declaración de un testigo que lo reconoce y con la filmación de mención, pero al mismo tiempo la defensa presenta el testimonio del dueño de un hotel, sito a más de cien kilómetros del lugar del hecho, que declara que el acusado se encontraba trabajando el día del asalto, así como una filmación de la cámara de seguridad del hotel que lo muestra trabajando allí. Una segunda situación de divergencia se puede presentar cuando las pruebas corroboran o son consistentes con dos proposiciones fácticas incompatibles. Es lo que ocurriría en el caso del asalto si se contara con la declaración del testigo que reconoce al acusado y

con la filmación, y esas pruebas pudieran corroborar no sólo la proposición sobre la autoría del acusado, sino también la hipótesis incompatible según la cual él intentó repeler el asalto con un arma que portaba legítimamente.

4. Distinguir la eliminación de la refutación de una hipótesis

A partir de todo lo expuesto, se deduce que *los defectos de las pruebas disponibles respecto de una cierta proposición sobre los hechos del caso que justifican una duda e impiden tenerla por probada bajo el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, consisten en que ellas no logren eliminar o refutar alguna proposición fáctica alternativa plausible y compatible con la inocencia del acusado.*²⁰

En dicha formulación se precisa que el descarte por la acusación de las hipótesis alternativas con respecto a alguna circunstancia de hecho puede realizarse, según el tipo de situación probatoria de que se trate, de dos formas diferentes, que corresponden a dos tipos de razonamiento probatorio: la eliminación y la refutación.

La eliminación de la hipótesis (Ferrer, J., 138: 2007) opera a través de la incorporación de una nueva prueba que no resulta explicable por la hipótesis alternativa, en situaciones de pruebas divergentes que no están en conflicto entre sí. Así, en el caso de la salidera bancaria, la hipótesis alternativa, que afirma que el acusado intentó repeler un asalto con el arma que portaba, resultaría eliminada si en la filmación se observara al acusado apuntando el arma al damnificado y recibiendo dinero. La refutación opera, en cambio, a través de la incorporación de una prueba que muestra que no ocurrió un

20. Una interpretación semejante del estándar de prueba más allá de toda duda razonable ha sido sostenida por Michele Taruffo, en Italia: “Existe una duda razonable cuando, frente a la descripción del hecho en que se funda la culpabilidad, es posible sin embargo afirmar una hipótesis alternativa razonable con respecto al mismo hecho”; y sostenida por Paul Roberts y Adrian Zuckerman en el Reino Unido: “El estándar de prueba más allá de toda duda razonable debiera aplicarse “a través de la progresiva eliminación de las explicaciones consistentes con la inocencia del acusado, hasta que su culpabilidad sea la única explicación posible de las pruebas”. Otros autores también han hecho referencia a un criterio similar para la formulación de un estándar de prueba garantista en el proceso penal, aunque sin proponerlo como interpretación del estándar más allá de toda duda razonable: cfr., por ejemplo: Allen, Ronald, 604: 1994; Stein, Alex, 178: 2005; Ferrer, Jordi, 147: 2007.

evento que debió tener lugar si es que la hipótesis alternativa fuera verdadera.²¹ Y resulta aplicable tanto en caso de pruebas divergentes como en caso de pruebas en conflicto. Así, por ejemplo, de nuevo en el caso de salidera, en la versión que supone que se ha presentado también en juicio la declaración del dueño del hotel donde el acusado habría trabajado el día del hecho y una filmación del mismo en la que aparece trabajando, esta hipótesis alternativa resultaría refutada a través de una videograbación de un peaje cercano que muestre que el acusado había atravesado dicho peaje en dirección hacia el hotel en la fecha en cuestión y había vuelto, previo a la hora del hecho.

También en el caso de prueba convergente respecto de una determinada proposición sobre los hechos del caso, la satisfacción del estándar de prueba: más allá de toda duda razonable, requiere que la acusación descarte la concurrencia de los motivos en los que la defensa haya fundado su falta de credibilidad o de autenticidad.

Por último, en todos estos casos, las hipótesis alternativas que es necesario refutar o eliminar son las hipótesis plausibles a la luz de los actuales conocimientos generales y de los datos disponibles sobre el caso, que no se presenten como hipótesis *ad hoc*, esto es, como hipótesis diseñadas especialmente para dar cuenta de las pruebas disponibles y para no estar expuestas a eliminación o refutación, como ocurre, por ejemplo, con la hipótesis de un complot (Ferrer, J., 148-150: 2007).

La idea ha sido precisar –a través de situaciones probatorias– cómo impone el estándar de prueba: más allá de toda duda razonable la carga a la parte acusadora de aportar prueba capaz de eliminar o refutar cualquier hipótesis alternativa sobre las circunstancias de hecho del caso que resulte compatible con la inocencia del acusado.

21. Sobre el esquema argumentativo de la refutación, que puede demostrar por *modus tollens* la falsedad de la hipótesis alternativa, siempre que sean verdaderas las generalizaciones empíricas en que se funda la predicción de que el hecho en cuestión debió ocurrir, así como el cumplimiento de las condiciones iniciales supuestas, cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de Perfecto Andrés y otros, Madrid, Trotta, 1995), p. 142.

A modo de conclusión

El sistema procesal penal confía gran parte de su capacidad de averiguación a los principios repasados: sana crítica racional, intermediación, etc.; y mantiene al imputado en una posición especialmente debilitada –a pesar de profesar su compromiso por la igualdad de armas–, tanto por la vía de mecanismos formalmente regulados como por otros que más bien han sido tolerados al silencio de la ley.

El eje que ha trasuntado el presente trabajo, y que desvela a todo penalista, no es más que el tema del *castigo*. Y lo he tratado de analizar, bajo el prisma del concepto de “suficiencia”, como *decisión construida* por el decisor judicial. Desde una óptica procesal, me he basado en tres momentos críticos del proceso penal:

- El procesamiento:²² en la práctica, el castigo se aplica anticipadamente mediante medidas provisionales como la prisión preventiva, que requiere un estándar bastante bajo de convicción. Cuyo ineludible presupuesto, el procesamiento, viene teñido de la problemática que aquí sólo alcancé a referir: *los criterios de suficiencia*.
- El juicio oral: En una oportunidad posterior, el juicio oral, se requiere de una alta exigencia probatoria para decidir la condena, aplicación definitiva del castigo. Es en este escenario, donde se observa que el sistema procesal penal juega su juego con pruebas que no son capaces de producir absoluta certeza, o dicho de otro modo, de predicar la verdad de los hechos. Normalmente, se trata de pruebas indirectas o directas pero cuestionables en su credibilidad. Ante la ausencia de una confesión que nos relate los detalles de modo coherente, de múltiples testigos altamente creíbles o de registros modernos altamente confiables, el sistema opera en un terreno en que la información es siempre debatible (nótese aquí la relevancia de la prueba indiciaria). En definitiva la lógica del “debate” es que, fundamentalmente, es una instancia para discutir la prueba cuando

22. Capítulo V. Procesamiento. Art. 306: “En el término de diez (10) días, a contar de la indagatoria, el juez ordenará el procesamiento del imputado siempre que hubiere *elementos de convicción suficientes* para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquel es culpable como partícipe de este”.

esta es defectuosa, puesto que de lo contrario las partes probablemente eviten el juicio y prefieran un proceso abreviado u otra forma de solución convencional.

Destaco aquí la importancia de plantear una versión alternativa por parte de la defensa, además de mostrar cómo un conjunto de informaciones parciales dan cuenta de una investigación negligente, torpe o sesgada y entonces no sea posible alcanzar una decisión sobre esa base precaria. No basta que se enumeren distintos elementos problemáticos de la versión acusatoria. Es necesario encarar una *teoría del caso* en términos activos, y no permanecer meramente en un rol pasivo, especulativo de la labor de la parte acusadora.

- Apelación: es indiscutible que la valoración de la prueba es una actividad judicial que ha de ser susceptible de ser sometida a examen por vía de recurso (de casación), garantía esta que permite constatar que se han cumplido las exigencias de convicción que vienen a dar cumplimiento al derecho a la presunción de inocencia; derecho este que, a su vez, da cumplimiento el estándar de prueba *más allá de toda duda razonable*.

Sin embargo, en ocasiones resulta difícil que el tribunal de apelación entre a revisar la valoración de la prueba practicada en primera instancia, amparándose en una interpretación particular del *principio de inmediación*,²³ dejando la valoración de la prueba extramuros de la presunción de inocencia. Se esgrime que el órgano de alzada no está en condiciones de valorar una prueba que no ha presenciado directamente y, por tanto, no puede sustituir una sentencia por otra cuando así se desprenda de una nueva valoración de pruebas. Esto produce una importante merma de garantías: porque la sentencia de primera instancia deviene inatacable, incluso

23. “Como es sabido, la CSJN ha interpretado que el derecho internacional al recurso no puede tener límites legales en cuanto a la materia a revisar. Sí puede haber límites de hecho, por ser imposible –o mejor dicho, por ser poco prudente– la revisión de la evaluación de aquellas pruebas que conllevan inmediación” (CSJN Fallos 328: 3399) Sobre la lectura que debe hacerse de este principio es de especial interés el trabajo de Ibáñez, P., “Sobre el valor de la inmediación”, en *Jueces para la Democracia*, N°46, 2003; y también Igartua Salaverría, J., “En nombre de la inmediación en vano”, en *La Ley*, N°5768, 2003.

en aquellos casos en los que la valoración de la prueba resulte abiertamente irracional, de modo que el relato fáctico se convierte en incuestionable, violando el derecho constitucional internacional al recurso.²⁴

La falta de inmediación no es un problema insoslayable ni de tal entidad que deba impedir el control de la valoración de la prueba (sea esta de cargo o de descargo), pues puede solventarse, por ejemplo, con la grabación de las sesiones del juicio oral, de modo que pueda visionarlas posteriormente para resolver el recurso. Más allá de esto, la inmediación no puede llevarse al extremo de impedir la revisión de resoluciones judiciales, esgrimiendo que ello no constituye arbitrariedad y, sin embargo sostener que, actuaciones llevadas a cabo en instrucción, con una sustancial atenuación de garantías –que descansa, precisamente, en la necesidad de buscar la verdad material– sin que, en muchos casos, las causas de la anticipación responda a

24. “Los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establecen el derecho al recurso. [...] el examen de la prueba a efectuar en esta oportunidad, no puede limitarse a un control sobre si ha mediado absurdo o composición ilegal de la misma, puesto que la primera sentencia condenatoria fue la de la alzada, de modo que esta Corte es el órgano que debe asegurar la revisión del fallo en una doble instancia. Se trata de resguardar una garantía procesal instaurada por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, sobre cuyo alcance se expidieron en diversas oportunidades tanto la Corte Interamericana (casos ‘C.P.’, 30/05/1999 y ‘Herrera Ulloa’, 2/07/2004) como la CSJN”; “[...] Si bien, por vía de principio, las decisiones de los tribunales de mérito en cuestiones atinentes a la fijación de los hechos y ponderación de las constancias probatorias, no resultan revisables en esta sede extraordinaria, salvo la concurrencia de los supuestos excepcionales que habilitan la casación; de los antecedentes expuestos se evidencia que esta Corte debe asegurar en el caso la revisión del fallo con el alcance establecido en los pactos internacionales y la doctrina de la CSJN (Fallos 329: 530) in re, C. 1757. XL, C., M. E. y otro s/robo simple en grado de tentativa, causa N°1681, 20-IX-2005, la que corresponde aplicar *mutatis mutandi* al presente. [...] en modo alguno hay absurdo en el razonamiento y la valoración de la prueba en los que se sustenta la sentencia en recurso. No encuentro que la evaluación realizada en el fallo atacado sea equivocada. Ciertamente, la defensa ha basado su recurso en la alegación del referido absurdo en la valoración de la prueba, lo que haría aplicable la regla (de origen pretoriano) que admite la revisión de la prueba en esta instancia. La defensa no ha podido tener en cuenta una segunda ampliación a la competencia que la constitución fijaba a esta Corte, ahora en razón de la nueva interpretación que la CSJN ha dado a la regla del inc. 2 del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que otorga a toda persona inculpada de delito el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior” (Suprema Corte de Justicia, 26/09/2007, causa P.67.027, “S., A.F. s/Violación”, voto de Domínguez, Hitters y Soria, La Plata, Buenos Aires).

estrictas razones de irrepetibilidad en el juicio oral, pueden aun así tener valor probatorio y fundar una sentencia condenatoria (Ibáñez, P., 58: 2003).

En definitiva, la imposibilidad de revisar la sentencia, motivada en una sobredimensión del principio de inmediación, otorga al órgano de primera instancia un poder prácticamente omnímodo en materia de valoración fáctica que resulta inadmisibile. La valoración no es una “zona opaca al control racional” (Gascón Abellán, M., 626: 2000). Hay que tener presente que, la inmediación no es un método para el conocimiento, sino que tiene valor instrumental y, desde este punto de vista, un mal uso de la misma –si es entendida como sistema de “percepción íntima” de datos que no pueden ser expresados mediante el lenguaje, como sucede, por ejemplo, con el lenguaje gestual cuando se utiliza como indicio para establecer la credibilidad de un testigo– puede convertir a esta garantía en un mecanismo que impida el control de la racionalidad de la decisión judicial (Ibáñez, 59: 2003; Barreiro A., 80: 2003).

Finalmente, es dable concluir que el hecho de que el estándar “más allá de toda duda razonable” esté suficientemente decantado en la práctica judicial comparada, no implica que se hayan eliminado las discusiones relativas al “grado de convicción” requerido. *Si bien esta fórmula, propia de los jurados populares, tiene ventaja sobre la prueba legal, pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas, presenta como defecto evidente el de no exigir motivación, generando el peligro de arbitrariedad y, por ende, de injusticia.* Las condiciones de suficiencia de la prueba que impondría el estándar: más allá de toda duda razonable, en nuestro medio, también parecen lejos de estar suficientemente decantadas.

En consecuencia, se trata entonces de discutir cuáles son los márgenes de error aceptables, esto es, socialmente tolerables, en cada instancia o dicho de otro modo, cuánta certeza es necesaria en la decisión de que se trate (procesamiento, sentencia o apelación).

Bibliografía

- Allen, R. - Pardo, M., “Probability, explanation and inference: a reply”, en *International Journal of Evidence and Proof*, 2007, N°11.
- Allen, Ronald J., “Factual ambiguity and a theory of evidence”, en *Northwestern University Law Review*, 1994, N°88.
- Anderson, T. Schum, D. y Twining, W., *Analysis of evidence*. Cambridge, Cambridge University Press, 2ª ed. Revisada, 2005.

- Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- Barreiro, A., “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación”, en *Jueces para la Democracia*, N°48, 2003.
- Broun, Kenneth S. *et al.*, *McCormick on evidence*, St. Paul, Thomson/West, 6ª edición, 2006.
- Cafferata Nores, J. *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998.
- Cerda San Martín, Rodrigo, *Valoración de la prueba. Sana crítica*, Chile, Librotecnia, 2008.
- Clermont, K. - Sherwin, E., “A comparative view of standards of proof”, en *American Journal of Comparative Law*, 2002.
- Cohen, J., “The reasonable doubt jury instruction: giving meaning to a critical concept”, en *American Journal of Criminal Law*, 1995.
- Cohen, Jonathan, *The probable and the probable*, Oxford, Oxford U. Press, 1977.
- Etcheberry, Alfredo, “Consideraciones sobre el criterio de condena en el código procesal penal”, en *Delito, pena y proceso*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- Ferrer, Jordi, *La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba quasi benthamiana*, Legal Publishing-Universidad Austral, 2010.
- Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- Gascón Abellán, M., “La racionalidad en la prueba”, en *Revista de Ciencias Sociales*, 2000, N°45.
- Gascón, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- Gascón, Marina, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005.
- González Lagier, Daniel, “Hechos y argumentos”, en *Jueces para la democracia*, N°47, 2003.
- Gorphe, FranCois, *La apreciación judicial de las pruebas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Buenos Aires,

- Editores del Puerto, 2005.
- Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Hempel, Carl G., *Filosofía de la ciencia natural*, Madrid, Alianza, 1973.
- Horvitz, M. - López, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2004.
- Laudan, L., “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005.
- Laudan, Larry, “Is reasonable doubt reasonable?”, en *Legal Theory*, N°9, 2003.
- Laudan, Larry, *Truth, error and criminal law. An essay in legal epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Laudan, Larry, “Una breve réplica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005.
- MacCormick, Neil, “Razonabilidad y objetividad”, en *Revista de Ciencias Sociales*, 2000.
- Maier, J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2da. ed., 1996.
- Pastor, Daniel R., *El principio de la descalificación procesal del Estado en el Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005.
- Popper, Karl, *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones* (1963), Buenos Aires, Paidós, 1994.
- Riego, C., “Nuevo estándar de convicción”, en *Proceso penal*, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2007.
- Roberts, P. - Zuckerman, A., *Criminal Evidence*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2ª ed., 2010.
- Stein, Alex, *Foundations of evidence law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Stella, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*, Milán, Giuffrè Editore, 2003.
- Taruffo, M., “Considerazioni su dubbi e verità”, en *Criminalia. Annuario di Scienze Penalistiche*, 2009.
- Taruffo, M., *La prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008.
- Taruffo, M., *La prueba de los hechos* (1992), Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- Taruffo, M., *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2010.
- Taruffo, M., “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005.