



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

**TESIS MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS
PENALES**

*Reconstrucción racional del juicio de hecho: Crítica a la
valoración probatoria en los sistemas adoptados en
Argentina y factibilidad de formular estándares de
prueba intersubjetivamente controlables*

Tesista: Mariana Romeo.

Director: Dr. Ezequiel Crivelli.

Sede: Facultad de Derecho – UNCUIYO.

Lugar: Mendoza.

Año: 2021.

TABLA DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN - METODOLOGÍA.....	5
II. CAPÍTULO PRIMERO: LEGISLACIÓN PROCESAL EN MATERIA PROBATORIA.....	9
A. Marco legal	9
B. Doctrina procesal argentina – Notas definitorias.....	11
C. Problemática	13
D. Defectos del sistema de la sana crítica racional. Necesidad de su reemplazo o modificación.	15
E. Distribución de errores judiciales	17
III. CAPÍTULO SEGUNDO – MARCO CONCEPTUAL - RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y VERDAD.....	19
A. Valoración probatoria.	19
1. Qué significa probar. Precisiones terminológicas. Particularidades de la prueba jurídica.	19
2. Momentos de la actividad probatoria.....	22
3. Concepciones persuasiva y racionalista de la prueba.....	24
B. Concepciones de verdad	28
1. Introducción	28
2. Clasificaciones de verdad.....	29
3. Abandono de la diferenciación entre verdad formal y material.	30
4. Verdades aproximadas: único ideal posible en el proceso judicial.	30

5.	Importancia de la verdad material.....	32
C.	Relación entre prueba y verdad.....	33
IV. CAPÍTULO TERCERO – BASES PARA UNA CORRECTA VALORACIÓN PROBATORIA.....		
35		
A.	Características del razonamiento judicial	35
1.	Breve introducción al análisis de los estados mentales del Juez.....	35
2.	Implicancias de una decisión justificada de manera racional	38
3.	Métodos de razonamiento probatorio: La probabilidad lógica - inductiva para la corroboración de hipótesis fácticas en relación a un hecho individual.	41
B.	Concepto de estándar probatorio - Sistemas.....	43
1.	Necesidad de fijar estándares de prueba	43
2.	Qué es un estándar de prueba.....	44
3.	Qué es lo que debe probarse en un proceso penal.....	45
4.	Diferentes propuestas de estándares.....	47
5.	Estándar de prueba cautelar.....	54
6.	Reconstrucción racional del juicio de hecho y sistema de juicio por jurados	
	61	
C.	Seguridad jurídica: Análisis del indicador de efectividad en los procesos judiciales. Certeza del derecho – Certeza como previsibilidad.....	67
1.	Introducción	67
2.	Concepto de certeza jurídica	68
3.	Función de la certeza jurídica.....	69

4.	Seguridad Jurídica	70
5.	Factor estándares de prueba en la seguridad jurídica	72
6.	Factor verdad como objetivo en la seguridad jurídica	73
7.	Factor distribución de errores en la seguridad jurídica	74
8.	Factor motivación en la seguridad jurídica	74
9.	Factor impugnación de la lógica del razonamiento judicial y de la motivación – Posibilidad efectiva de revisión.	76
V.	CAPÍTULO CUARTO- APLICACIÓN PRÁCTICA	79
VI.	CONCLUSIONES	92
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	94

I. INTRODUCCIÓN - METODOLOGÍA

Uno de los aspectos fundamentales de la epistemología jurídica – filosofía de la prueba se observa en el diseño procesal de un sistema jurídico, enfocado al delineamiento de las relaciones entre prueba, verdad y motivación racional de las decisiones judiciales. La metodología de establecimiento de reglas a los fines de producir e incorporar elementos probatorios, y su posterior análisis lógico racional que permita arribar a una afirmación o negación fundada de hipótesis fácticas, está determinada por la posición adoptada por un ordenamiento legal frente al compromiso de afirmar la seguridad jurídica en el marco de un Estado de Derecho. Se trata de un debate crucial en la cultura jurídica.

Si esto es así, entonces deviene necesario que la dogmática procesal desarrolle y complete la estructura de la sentencia en base a reglas lógicas claras y cognoscibles, que permita introducir criterios de razonabilidad en la toma de decisiones (Ferrer Beltran, 2005). Para ello se resalta la importancia que reviste la fijación de reglas sobre la prueba y la actividad probatoria, que permitan determinar en cada caso si se ha producido determinada hipótesis fáctica, a la cual el sistema jurídico mediante sus normas sustantivas le atribuya una serie de consecuencia legales. Para aplicar un sistema de esas características, debemos responder primeramente algunos cuestionamientos esenciales como, por ejemplo, en referencia a un determinado ordenamiento legal: ¿Cuándo se considera suficiente el acervo probatorio para tener una hipótesis por probada? ¿Existen estándares de prueba que especifiquen esos niveles?, en caso de que la respuesta sea negativa ¿Es posible formular estándares de prueba racionales e intersubjetivamente controlables? ¿Es necesario motivar adecuadamente cada decisión procesal? ¿Son necesarias las reglas objetivas en las decisiones judiciales para el control intersubjetivo?

Para responder a esos interrogantes, es imprescindible defender algunas tesis centrales, tales como *a)* considerar al proceso penal como un mecanismo de obtención de conocimiento, a través de la comprobación de hipótesis, *b)* la defensa de una concepción racionalista de la prueba, *c)* la importancia que reviste adoptar una tesis amplia de revisión de las decisiones jurisdiccionales en instancias superiores, *d)* la consideración del

razonamiento probatorio como de tipo probabilístico, e) que la imposibilidad de alcanzar certezas racionales absolutas no implica apartarse de considerar que como objetivo de la actividad probatoria, debe preferirse la averiguación de la verdad material, en la medida de lo jurídico y humanamente posible, y f) que esa finalidad constituye un modelo límite aproximable.

El artículo procede de la siguiente manera:

El capítulo I procederá a mostrar el panorama en materia normativa y el funcionamiento práctico de esas reglas particulares, con el objetivo de llevar a cabo un diagnóstico global de la situación e identificar las principales tendencias que guían el funcionamiento probatorio, en dos sistemas procesales en concreto, esto es el sistema procesal nacional de la República Argentina (Ley 27.063 con reforma Ley 27.842), y el de la Provincia de Mendoza regido por Ley 6.730. Se procederá a detallar las principales conceptualizaciones de la doctrina y jurisprudencia en torno al sistema valorativo actual. Se expondrán los motivos por los que se concluye que el recurso a las “Reglas de la sana crítica racional” aparece como una etiqueta superficial vacía de contenido, que en la práctica sirve para encubrir una actividad judicial no sometida a control externo, advirtiendo que resulta ser una metodología incompleta que no logra abarcar el problema de cómo determinar los umbrales de suficiencia probatoria en cada una de las fases de un proceso penal. Se abordará el tema del error judicial como decisión política en el marco de un Estado de Derecho.

El capítulo II tratará en su conclusión sobre las relaciones entre prueba y verdad, ya que hablar de uno implica necesariamente ingresar al estudio del otro. Para ello, previamente se analizarán las precisiones terminológicas en torno al acto de probar, poniendo de relieve los principales aspectos de la prueba jurídica, los diversos momentos de la actividad probatoria y sus características definitorias, y las bases que sostienen las concepciones persuasiva y racionalista de la prueba. En segundo término, se realizará una breve reseña en cuanto a las concepciones del término verdad, sus propuestas clasificatorias, las ventajas de adopción de una tesis que pugne por el abandono de la

diferenciación entre verdad formal y material, la necesidad de fijar los objetivos en torno a la verdad aproximada, y la importancia de la verdad material en un proceso penal.

En el capítulo III constituye el núcleo principal de este trabajo, en él se pretende fijar las bases para una correcta valoración probatoria. Se desarrollarán tres temas esenciales. Al iniciar, se expondrán las principales características del razonamiento judicial, haciendo hincapié en los estados mentales del juez, el significado de una verdadera decisión racional, y el desarrollo del método de probabilidad lógica inductiva en la corroboración de hipótesis fácticas, para poder circunscribir adecuadamente las especificidades jurídicas a desarrollarse luego. Además, se examinarán las razones que permiten afirmar la necesidad de fijar métodos concretos de valoración probatoria, los diversos conceptos de estándares de prueba, y las enriquecedoras propuestas doctrinales para su fijación, que permita indicar cuál es el caudal probatorio necesario para tener por acreditado el hecho objeto de la acusación. Especial atención revestirá el proceso penal en la etapa de dictado de medidas cautelares, y en su formato de juicio por jurado, ante lo cual se brindarán diversas propuestas de reglas probatorias para contrarrestar las actuales falencias del sistema. En tercer lugar, se pretende poner de relieve los principales aspectos de la seguridad jurídica y los indicadores cuya aplicación deviene necesaria para su efectividad en el marco de un proceso judicial.

Finalmente, en el capítulo IV se aplicará este marco a un caso jurisprudencial de alta complejidad, en efecto, se realiza una breve reseña del acontecer judicial en el marco de la causa “Carrera, Fernando s/ causa 8398”. Se especificarán las hipótesis planteadas por las partes, y el posterior tratamiento de los recursos en los tribunales superiores; con el propósito de aplicar los estándares propuestos en forma esquemática.

Previo a dar inicio a esta tesis, surge la conveniencia de explicar brevemente la metodología empleada. Para comenzar, se destaca como problema que inicio la investigación llevada a cabo, la problemática visibilizada en torno a las reglas de la sana crítica racional. El objetivo se centra en detectar las falencias del sistema en aras de promover la adopción de sistema adecuados de valoración probatoria. Por su parte, el

marco teórico está compuesto por un marco legal, que es la normativa procesal de determinados ordenamientos elegidos para su estudio, mientras que en cuanto al marco conceptual se ha fijado el interés en las diversas teorías en torno a la prueba, verdad, estándares y certeza judicial.

Las fuentes de información utilizadas, son en primer lugar, el examen de la legislación procesal penal en los sistemas elegidos, como asimismo un conjunto de fuentes doctrinales que explican y analizan el alcance los términos legales utilizados en los códigos de mención. En segundo lugar, se consideran los aportes de la nueva rama de la epistemología jurídica relativos al tema probatorio. Por último, se utiliza un caso práctico para la concretización de las teorías desarrolladas.

El objetivo es lograr una pequeña contribución a la epistemología jurídica. En tanto se trata de una tesis principalmente teórica, la hipótesis planteada para dar solución al problema esgrimido en primera instancia, y luego del desarrollo teórico realizado, se centra en la posibilidad y conveniencia de elección de un esquema de valoración probatoria, dentro de las opciones analizadas, que permita adecuar al sistema procesal en el marco de un verdadero Estado de Derecho.

Pese a todo, este trabajo no puede pretender configurar una investigación concluida, ya que se trata de temas inabarcables e inagotables que requieren necesariamente el esfuerzo coordinado de los investigadores judiciales a los fines de proponer estándares de prueba racionales y completos adaptables a los diversos ordenamientos procesales.

II. CAPÍTULO PRIMERO: LEGISLACIÓN PROCESAL EN MATERIA PROBATORIA

A. Marco legal

Para conocer la corrección las pautas valorativas de la prueba, es imprescindible optar por examinar determinados ordenamientos legales como exteriorización de un problema que, si bien en la práctica tribunalicia se advierte en su dimensión jurídica, se trata de una deficiencia que necesariamente debe ser canalizada a través de su perspectiva epistemológica.

A continuación, se procede a enumerar la normativa procesal en materia de procedimiento penal que rige en el ámbito de la Justicia Federal de la República Argentina, luego de lo cual se expone la legislación procesal de la Provincia de Mendoza, con el objeto de conocer y detectar posibles omisiones de esos sistemas jurídicos.

El nuevo Código Procesal Penal Federal -C.P.P.F.- (Ley 27.063 con reforma Ley 27.842) establece en su art. 10 en relación a la metodología de apreciación probatoria, que *“Las pruebas serán valoradas por los jueces según la sana crítica racional, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Los elementos de prueba sólo tendrán valor si son obtenidos e incorporados al proceso conforme a los principios y normas de la Constitución Nacional, de los instrumentos internacionales y de este Código”*.

El artículo 20 del C.P.P.F. explica las exigencias en cuanto a la motivación de las resoluciones: *“Las decisiones judiciales deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen. La fundamentación no se puede reemplazar con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales. Si se trata de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales, cada uno de sus miembros debe fundar individualmente su voto, salvo que adhiera a los*

motivos expuestos por otro miembro. La adhesión a los fundamentos de otro no permite omitir la deliberación”.

Por su parte el art. 218 de la normativa legal precitada señala *“Corresponde el dictado de la prisión preventiva en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado, que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso previstos en este Código...”*.

Mientras que en su art. 220, al referirse a las condiciones y requisitos de la imposición de las medidas de coerción enumeradas en el art. 210, por parte del Ministerio Público Fiscal o del querellante, indica que deberán *“...a. Acreditar que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado en éste...”*

En relación al Código Procesal Penal de Mendoza (Ley 6730), la normativa en materia de prueba es la siguiente:

Art. 206.- Valoración. *“Las pruebas obtenidas durante el proceso serán valoradas con arreglo a la sana crítica”* (Concs. Art. 193 Cpp Cba.; Art. 184 Cpp Costa Rica parcial).

Art.284 - Detención. *“Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible, se ordenará su detención por decreto fundado, siempre que concurra alguna de las hipótesis previstas en el Artículo 293...”*.

Art. 293 - Procedencia de la Prisión Preventiva. *“Corresponde dictar la prisión preventiva, a pedido del Fiscal, después de efectuada la imputación formal si se diera alguno de los siguientes supuestos...2) Casos en que no aparezca procedente la condena condicional: Cuando se acrediten elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho delictivo y se pueda sostener como probable la participación punible*

del imputado, se dispondrá su prisión preventiva cuando resulte imposible obtener una condena de ejecución condicional... ”.

B. Doctrina procesal argentina – Notas definitorias

En relación a la valoración probatoria, hay autores que la caracterizan como una operación intelectual que tiene por objeto determinar la eficacia conviccional de los elementos de prueba recabados (Cafferata Nores & Tarditti, 2003, pág. 493).

Con respecto a la conceptualización de la libre convicción o sana crítica racional, se la suele caracterizar como aquel sistema que rechaza a las pruebas legales como suficientes (Gascón Abellán, 2010, pág. 142), y mediante la cual se impone el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano, es decir, la lógica, la psicología y experiencia común. Determina un amplio campo de libertad hacia el decisor, quien no tiene limitaciones en la valoración de la prueba, puede admitir y valorar los elementos que considere pertinentes, y se rige únicamente por normas no jurídicas que gobiernan la recta razón (aquellas tres mencionadas previamente), y que regulan las operaciones intelectuales (Coussirat, 2008, pág. 427).

Por lo tanto, dicho sistema de valoración implica no solamente una omisión de la ley a la imposición de normas generales para acreditar hechos delictivos, sino también una falta de fijación de concretos valores abstractos para cada prueba considerada (Velez Mariconde, 1969, pág. 361). Bajo estas condiciones, el único límite al arbitrio, capricho o conjeturas del juzgador (Coussirat J. , 2013, pág. 619) se encuentra en las máximas supuestamente proporcionadas por la lógica (constituídas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables de las ciencias (no solo de la psicología, utilizable para la valoración de dichos o actitudes) y la experiencia común (constituída por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica; v.gr., inercia, gravedad) (Cafferata Nores J. , 1998, págs. 45 - 47).

En ese mismo enfoque, se afirma que se trata de un principio metodológico (negativo) entendido como auténtica garantía epistemológica y por tanto garantía de libertad (Gascón Abellán, 2010, pág. 142), ya que asegura la más plena libertad de convencimiento de los jueces, reconociéndoles la posibilidad de que logren sus conclusiones sobre los hechos de la causa mediante la valoración de la eficacia conviccional de la prueba con total libertad (Cafferata Nores J. , 1998, págs. 45 - 47), y con la facultad de asignar mayor o menor eficacia conviccional a la prueba que se incorpore, siempre que se aporten los fundamentos necesarios de por qué a algunos elementos se les otorga mayor credibilidad que a otros (F. c/ Nievas Palacios, Mariano, 2009).

Sostiene en general la doctrina que, a pesar de reconocerse este amplio margen de libertad, se exige que las decisiones sean consecuencia del fruto razonado de las pruebas en las que se base, y para ello el sistema impone el deber de motivación de las resoluciones (Cafferata Nores J. , 1998, págs. 45 - 47), a los fines de que los magistrados proporcionen las razones de su convencimiento, mediante la exteriorización del nexo racional entre los elementos de prueba y las hipótesis sometidas a discusión. Como se verá en este trabajo, esa justificación externa requiere no sólo describir las pruebas reunidas, sino también explicar de qué modo participan en la aceptabilidad de una determinada conclusión. En este punto, Guzmán añade a la exigencia de motivación de la sentencia para el control del razonamiento para considerar a una condena como justificada, la reunión de una pluralidad de indicios, aportados por la acusación y que se haya otorgado la posibilidad al imputado de haber intervenido en el proceso de producción y control de la prueba (Guzmán, 2011, pág. 35).

En la jurisdicción local de Mendoza (art. 284 del CPPM), para que el Fiscal de Instrucción pueda proceder a ordenar una medida coercitiva tal como la detención, deben existir motivos bastantes de sospecha, y según la doctrina no se trata de una simple manifestación o inferencia subjetiva, sino que debe fundamentarse en elementos objetivos del legajo de investigación para fundar ese tipo de decretos o decisiones intermedias (Coussirat J. , 2013, pág. 758).

Mientras que, para resolver el dictado de una medida cautelar personal como es la prisión preventiva, se requiere un estadio de convicción más avanzado o más severo que los motivos bastantes que establece la ley ritual para la procedencia de la detención pero también mucho más laxa que la certeza que exige el dictado de una sentencia condenatoria, ya que no se pretende para su solución una certidumbre de tipo apodíctica (Cafferata Nores & Tarditti, 2003). Demuestra un elevado nivel de convencimiento sobre la sospecha (Coussirat J. , 2013, pág. 795). Los códigos procesales analizados coinciden en la exigencia de elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho y la participación punible del imputado. Se debe conformar un cuadro convictivo en el que los elementos de juicio positivos primen cualitativamente por sobre los negativos (F. c/ Nieves Palacios, Mariano, 2009).

C. Problemática

A los fines investigativos se identifica la problemática planteada como aquella que sostiene que las reglas descriptas no ofrecen protección contra los riesgos de las sentencias arbitrarias, debido a que reconocen al decisor una facultad para que juzgue según su consciencia, su entender o sus convicciones, omitiendo la imposición de límites a este poder que resulta ser omnímodo en materia de prueba (Ferrer, 2007, pág. 62). De conformidad con la tarea descriptiva realizada en el apartado anterior, indagando en nuestros códigos no encontramos estándares de prueba vigentes, ya que no han sido regulados debidamente por el legislador.

Estas decisiones deben ser asumidas por el Poder Legislativo toda vez que se trata de un ámbito de la teoría política y no propiamente de la teoría procesal. Asumir una postura sobre cuál es el estándar adecuado, es decidir sobre el nivel de exigencia probatoria, y eso implica adoptar una decisión sobre reparto de riesgos, es decir, que se trata de una decisión de política democrática. Sin embargo, sucede que en nuestros sistemas los legisladores no han considerado esta decisión, aun así, han impuesto un deber de motivación a los jueces, que deviene de imposible cumplimiento al no sancionarse un

sistema de estándares claros y objetivos que permitan justificar la decisión, y que desvinculen de la prueba el convencimiento puramente psicológico del juez.

Consecuencia de ello, en la determinación del modo en que el decisor puede arribar a la conclusión de que un hecho se tenga como probado, se advierte una necesidad insatisfecha de objetividad en la determinación judicial de esos hechos. Por esa causa, el conocimiento empírico ha tenido que enfrentar numerosas dificultades para encontrar un hueco en el ámbito de la racionalidad (Gascón Abellán, 2010, pág. 16).

Vemos en la práctica judicial que algunos magistrados entienden que motivar consiste en expresar lo que ha sucedido en el proceso, y para ello brindan extensas explicaciones de lo sucedido. Empero, omiten el paso inferencial, el que realmente requiere justificación, el que demuestra cómo llego a la conclusión, por qué motivo se atribuye fiabilidad por ejemplo a una pericia y no a otra.

En principio, esta falencia estaría dada por la falta de atención o silencio por parte de los teóricos del derecho procesal y también de la jurisprudencia, configurándose un panorama de total incertidumbre en las definiciones procesales relativas a la prueba. Sumado a una escasa formación en temas probatorios por parte de los claustros universitarios de abogacía, y la omisión de exigencia de preparación en la designación de magistrados.

En general, la filosofía del derecho no ha dirigido suficiente atención a la prueba, sino que los esfuerzos se han centrado en la interpretación, e incluso en la cuestión *juris*, quitando relevancia a la cuestión fáctica, a los aspectos relativos a los hechos. Esto provoca un déficit que afecta áreas de la toma de decisión, tanto factico como *juris*, dado que son elementos que interactúan entre sí; para concluir cuál es el derecho aplicable, debemos fijar los hechos, y viceversa.

Los avances en filosofía del derecho han comenzado por el estudio de la prueba desde la justificación de las resoluciones, enfocados recién en la decisión judicial de los hechos, esto es, por el final, por cómo decidimos con las pruebas, o sea qué se puede

inferir de las mismas. Qué inferencias puede hacer el juez, qué decisión está justificada. La atención estuvo puesta no en cómo se valora, sino cómo se conforma el conjunto de elementos de juicio para arribar a la decisión, cómo añadimos esa prueba al derecho, quedando en manos de los procesalistas rellenar con conceptos abstractos, no concretos, la falencia legislativa señalada.

D. Defectos del sistema de la sana crítica racional. Necesidad de su reemplazo o modificación.

La postura que aquí se fija intenta advertir que las normas jurídicas de prueba analizadas establecen un sistema completamente indefinido o definido de una manera tan imprecisa que no resulta productivo, convirtiéndose así en meras excusas vacías de contenido para condenar o absolver a una persona, que no consigue superar los problemas de la íntima convicción, y lo colocan en un inconcebible panorama anti garantista.

La alusión a las reglas de la sana crítica racional, no es más que una referencia o respuesta dotada de una vaguedad extrema, con indicaciones genéricas. Son usadas con fluidez, pero pocos saben lo que son. Adoptando este sistema, no se configura un estándar probatorio, en tanto no permite cognoscibilidad de un umbral de suficiencia de prueba. Por lo cual no asegura un nivel adecuado de racionalidad objetiva de la decisión, e implica una degradación de la verdad procesal empírica, pública e intersubjetivamente controlable, rebajada a un convencimiento irrefutable e íntimamente subjetivo del decisor (Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, 1995, págs. 42, 43).

Para arribar a dicha conclusión, basta con dar lectura a las normas codificadas previamente detalladas, en las cuales se hace alusión tanto al sistema valorativo, como así también al nivel de convicción necesario para dictar medidas coercitivas; empero, se trata de fórmulas sumamente oscuras y vacías de contenido, no más que etiquetas, omisión que no puede ser saneada ni siquiera recurriendo a otras normas en un intento

interpretativo, como así tampoco acudiendo a la doctrina, la cual hace grandes esfuerzos en vano por intentar acercarse a la precisión de tales reglas.

Por su indeterminación se convierte en una fórmula sumamente oscura. Aún si se la considera como un estándar, el mismo es extremadamente débil. En este contexto, si no está claro en qué consisten las reglas de la sana crítica -y no lo están en absoluto- el acto de justificar un veredicto se convierte en un quijotesco ejercicio de autoengaño, mudando al juicio penal en un acto potestativo en vez de cognoscitivo, que se caracteriza por su intrínseca naturaleza autoritaria” (Ferrajoli, 1995, págs. 42, 43).

Mediante el sistema actual, se acepta una estrecha vinculación entre la prueba con las creencias del juzgador. En este marco de indeterminación el juicio posee un carácter subjetivo basado en el convencimiento íntimo del juez, que no permite ser intersubjetivamente controlable. Sin reglas que justifiquen las decisiones sobre los hechos, se hacen inútiles diversos derechos procesales *in itinere* del procedimiento (como la presunción de inocencia) y hasta el deber de motivación (Ferrer Beltran, Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba, 2018). Por ejemplo, para validar una máxima de experiencia, debemos fundar la corrección de esa máxima, es decir aportar elementos que acrediten que la misma se encuentra debidamente fundada. Usar el *nomen iuris* no es hacer el argumento. Mencionar el nombre máxima de experiencia no es fundar la decisión.

En tanto la labor teórica no ha logrado clarificar algunos aspectos relevantes de su uso (Coloma Correa, 2016), los estándares de prueba han sido poco influyentes en las legislaciones analizadas. En ellas ha primado el decisionismo procesal y el subjetivismo inquisitivo, ya que un juicio de estas características termina siendo un acto potestativo de irrogación de pena, al omitirse el establecimiento de anclajes empíricos precisos que convierten en subjetivo al aspecto procesal probatorio de ese juicio. Sin el establecimiento de adecuados estándares de prueba, sus conclusiones se asientan en valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho (Ferrajoli, 1995, págs. 42, 43).

E. Distribución de errores judiciales

Una de las facetas de mayor relevancia de la problemática planteada en relación a la regulación actual, consiste en el tratamiento del error judicial, ya que no permite reducir la posibilidad del dictado de sentencias arbitrarias por la alta probabilidad de tener por aceptadas en forma errónea conductas que no se condicen con la realidad.

El marco más conveniente para tratar este planteo, es desde la óptica de la epistemología jurídica o racionalidad general, y el interés en este ámbito se encuentra en reducir o aminorar la probabilidad de un juicio erróneo -falso-; mediante la decisión de fijar como el error principal a la posibilidad del dictado de una sentencia condenatoria hacia un sujeto que no haya cometido el hecho atribuido (Laudan, 2005). Para ello la epistemología jurídica pretende reducir la probabilidad de perpetrar esa clase de errores mediante la fijación de reglas en cuanto a la evidencia y al procedimiento.

En ciertos momentos del desarrollo del proceso penal, el juez se encuentra realmente solo, ya que sus operaciones carecen de la posibilidad de control intersubjetivo, más allá de los sujetos del proceso y de los procedimientos formales de impugnación. Las consecuencias del error judicial en perjuicio del acusado son en gran medida irreparables, lo cual lo distingue enormemente del error historiográfico o del científico (Ferrajoli, 1995, pág. 58).

Tal como será tratado en el capítulo tercero, las bases de un Estado de Derecho se condicen con la decisión política mediante la cual los esfuerzos se enfocan en tratar de reducir o eliminar el error, como objetivo prioritario. Para ello adquiere relevancia fijar una posición frente a la distribución del error; y en un marco de afirmación de la seguridad jurídica, tal perspectiva debe favorecer sistemáticamente la posición del imputado, considerando intolerable el error consistente en condenar a una persona inocente.

Si bien en todos los casos hay posibilidad de error, cómo distribuir el riesgo de error entre las partes, es la decisión política a tomar. La distribución del riesgo de error,

dependerá de cuan exigente queremos que sea el estándar, lo cual implica asumir una política criminal. Es a partir de dicha distribución que se advierte la necesidad de rever el sistema jurídico actual para satisfacer el peso atribuido al error en cuestión (esto es, minimizarlo y eliminarlo) (Laudan, 2005, pág. 113).

III. CAPÍTULO SEGUNDO – MARCO CONCEPTUAL - RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y VERDAD

A. Valoración probatoria.

1. Qué significa probar. Precisiones terminológicas. Particularidades de la prueba jurídica.

Con referencia a este punto, la prueba despeja dudas, y es condición necesaria para dar cumplimiento con los niveles intelectuales exigidos por las legislaciones procesales, en cuanto a cada una de las instancias de decisión (medidas cautelares, sentencia definitiva, etc.). Funciona como un método para la confirmación y/o refutación de hipótesis. De allí deriva la importancia de su caracterización para así determinar cómo a través de su tratamiento pueden reforzarse los mecanismos de un Estado de Derecho.

Constituye un instrumento de conocimiento experimentado en el presente, mediante el cual se infiere un delito u otro hecho del pasado (Ferrajoli, 1995, pág. 130), es decir, eventos presentes interpretables como signos de eventos ya sucedidos (Guzmán, 2011, pág. 17). A través de la prueba se pretende averiguar la verdad de los hechos litigiosos, aquello que realmente sucedió en el mundo y que diera origen al conflicto presentado ante el magistrado en un proceso penal (Gascón Abellán, 2010). Como actividad, es considerada una operación o mecanismo que permite tener por válida una alegación sobre un hecho jurídico-penalmente relevante, sobre el cual existen dudas y se pretende obtener un saber cierto (Andrés Ibáñez, 2009, pág. 27). Su resultado es el punto de llegada de una operación mental o procedimiento intelectual llevado a cabo por el decisor (Guzmán, 2011, pág. 17).

Con el propósito de representar los distintos sentidos en que puede ser tomada la expresión prueba, Jordi Ferrer esboza tres caminos: en primer lugar, refiere al uso de dicho término como el medio mediante el cual se aportan elementos de juicio a favor de una determinada conclusión; luego como la actividad consistente en la aportación de

elementos de juicio para sostener una hipótesis o la instancia procesal en que se desarrolla dicha actividad, y por último como el resultado del aporte de elementos de juicio para sostener o rechazar determinada hipótesis fáctica (Ferrer Beltran, 2005). En una exposición similar, se afirma que la prueba ha sido principalmente definida por tener un carácter “poliédrico” (Guzmán, 2011, pág. 12), en tanto puede ser considerada dependiendo su función en cada etapa procesal, como medio de prueba, elemento de prueba, fuente u órgano de prueba, objeto de prueba o resultado de prueba

Debido a los límites probatorios que posee un proceso penal, probar en un contexto jurídico no significa solamente demostrar la veracidad de una hipótesis fáctica, sino más bien atribuir aceptabilidad a un hecho bajo el marco de un procedimiento formal que asume las limitaciones de las reglas jurídicas que lo caracterizan.

La prueba jurídica que se desarrolla en el contexto de una causa judicial en el ámbito penal, no puede ser analizada desde la perspectiva de la noción general de la prueba, compartida en otras ramas del saber, sino que en ese marco adquiere particularidades que la diferencian y provocan la necesidad de un estudio particularizado.

Por un lado, y como se verá en el desarrollo de este trabajo de investigación, el objetivo institucional que asegura el éxito de una actuación judicial se encuentra en la determinación del valor de verdad como correspondencia (Ferrer, 2007, págs. 30, 31), o atribución de aceptabilidad, a las hipótesis que afirman hechos a los que les corresponde determinada consecuencia jurídica. Otra característica mediante la cual puede ser definida la prueba jurídica es que a través del proceso intelectual en el que se avoca el juzgador, se procura establecer la ocurrencia de hechos pasados, exceptuados claro está aquellos actos ilícitos que, si bien tuvieron un comienzo de ejecución en el pasado, sus consecuencias se mantienen en el presente (constatación de la entidad del daño sufrido), los cuales también se incluyen en tales fines.

Asimismo, otra peculiaridad se advierte en que el proceso judicial en su búsqueda del ideal de la perfecta correspondencia, posee reglas y limitaciones (Guzmán, 2011, pág.

30), que recaen ya sea sobre los medios de prueba, o sobre las fuentes de prueba (Gascón Abellán, 2010, pág. 116), aludidas éstas últimas como aquellas que rigen sobre todo aquello concerniente a la actividad probatoria propiamente dicha (momentos procesales, sujetos habilitados para su proposición y admisión, etc.). Se trata de las normas que describen los medios de prueba admisibles y sus exclusiones. Mientras que, el tercer tipo de limitaciones serían aquellas reglas impuestas o en su caso la libertad jurídica relativas al órgano decisor en oportunidad de otorgar un determinado valor a los elementos de juicio que le hayan sido sometidos a su juicio (Ferrer, 2007, pág. 35). Mediante la imposición de reglas institucionales, se pretende conjugar los fines de búsqueda de la verdad del procedimiento con valores ideológicos e institucionales que lo convierten en un proceso mínimamente garantista de la libertad y dignidad de los individuos (Gascón Abellán, 2010, pág. 118 y 121).

Particularmente, y a diferencia del desarrollo de la prueba en otros campos de investigación, existen estrictas limitaciones temporales en tanto el conflicto sometido a discusión debe ser resuelto con celeridad, sin dilaciones innecesarias, en un plazo relativamente corto, de manera tal que se asegure una mayor motivación de la norma (Ferrer, 2007, pág. 37). Se diferencia, además, lo cual implica también un tipo de limitación del acto cognoscitivo, en tanto las hipótesis sometidas a prueba son aquellas que aportan, proponen y practican las partes a través de su intervención en el proceso; y que la decisión versará únicamente sobre aquel conjunto determinado de elementos de juicio que concretamente hayan sido incorporados al procedimiento por las partes en cuestión. (Ferrer, 2007, págs. 38-40).

Finalmente, se destaca la particularidad de que la decisión en un proceso penal exteriorizada a través de la sentencia es un acto que está dotado de autoridad (Andrés Ibáñez, 2009, pág. 72), que produce efectos jurídicos, y que puede ser revisada en tanto es posible que sea errónea, a pesar de que por efecto de cosa juzgada no se permita la discusión de su corrección (Ferrer, 2007, pág. 40).

2. Momentos de la actividad probatoria

Para poder esbozar y examinar debidamente las propuestas de fijación de estándares de prueba, es necesario conocer cuáles son las etapas, apariciones o momentos de la prueba en todo proceso penal, ya que estos elementos cumplen múltiples funciones en el desarrollo de un juicio, según la oportunidad procesal en que se presenten, etapas que corresponde sean individualizadas y caracterizadas.

Entonces, la actividad probatoria del proceso judicial puede distinguirse en tres momentos o etapas diferentes:

En primer lugar, se produce lo que se denomina la conformación de los elementos de juicio o pruebas que apoyen o refuten las distintas hipótesis fácticas presentadas por las partes en relación a los hechos investigados (Ferrer, 2007, pág. 41), es decir la proposición, admisión, exclusión y practica de prueba. Se trata del primer período del proceso en el que se exponen todos aquellos elementos de juicio o informaciones que deberán ser considerados como único acervo a los efectos de la decisión jurídica por el órgano judicial decisor, como así también aquella prueba jurídica por ejemplo de carácter ilícita que haya sido excluida del proceso penal en virtud de los filtros para la admisión de la prueba en el proceso (Ferrer, 2007, pág. 42), o debido a los propios plazos procesales en su carácter de reglas de exclusión (Ferrer, 2007, pág. 43).

Se procura aquí maximizar la probabilidad de acierto, la riqueza del conjunto de elementos, mediante el cumplimiento de reglas sobre lo que debe y no debe ser admitido. Para ello debe seguirse el principio general de relevancia, es decir deben admitirse todas las pruebas relevantes, y excluirse las pruebas irrelevantes. Las primeras deben admitirse por la mayor probabilidad de acierto, mientras que las irrelevantes no, porque no aportan información a esa probabilidad. La relevancia se valora cuando en caso de ser exitosa, y demostrar lo que pretende mostrar aumenta o disminuye la probabilidad de ser verdadera de alguna de las hipótesis en conflicto. Si una prueba no aumenta ni disminuye la probabilidad de la hipótesis, quiere decir que esa prueba es irrelevante. En definitiva,

tenerla o no tenerla no modifica la decisión final. Por ello, en base a un criterio jurídico las pruebas relevantes deben ser admitidas, y las irrelevantes excluidas. Una visión racional del juicio de hecho debe propender hacia el derecho a la admisión de todas las pruebas relevantes.

La segunda etapa consiste en la valoración del acervo probatorio incorporado, primero, en forma individual, es decir, del grado de fiabilidad de cada una de las pruebas, y luego la valoración en conjunto de las pruebas. Cuando se procede a corroborar cada una de las hipótesis en conflicto, se necesitará determinar un estándar de prueba, una regla jurídica que prescriba cuál es el grado de probabilidad o exigencia probatoria mínima para considerar probada la hipótesis. Se trata de un juicio de aceptabilidad de una hipótesis, por verificación de enunciados empíricos demostrados a través de los medios de prueba incorporados, y su posterior balance para atribuirle mayor o menor fiabilidad de prueba (Gascón Abellán, 2010, págs. 140-141).

Finalmente, la tercera etapa consiste en la toma de decisión acerca de si están probadas las hipótesis dado el grado de corroboración y el estándar de prueba exigido. Ciertamente que una vez conocida la influencia de la prueba en cada uno de los momentos en que discurre el proceso penal, la misma debe ser presentada en el juicio a través de la utilización de, por ejemplo, un modelo de “cuadro probatorio” como herramienta de trabajo (Andrés Ibáñez, 2009, págs. 66-67), consistente en destinar un apartado de la sentencia a los fines de la introducción de esta información.

Este sintagma se expone esquemáticamente en tres partes, por un lado, su primer tratamiento se da al presentar en forma analítica la individualización de cada fuente de prueba y la información por ésta aportada. Luego de lo cual se determina el rendimiento individual de cada uno de los medios probatorios. Finalmente, se impone la presentación de la valoración sintética en su conjunto, es decir la explicación de cómo se interrelacionan los diversos elementos de juicio (Andrés Ibáñez, 2009, pág. 65).

3. Concepciones persuasiva y racionalista de la prueba.

Se trata de dos posturas que poseen incoherencias sistémicas entre sí, motivo por el cual debemos elegir una o la otra, fijando las razones y el objetivo para el que las requerimos (Ferrer Beltrán, El control de la valoración de la prueba en segunda instancia - Inmediación e inferencias probatorias, 2017).

a) Persuasiva o psicologista

En esta concepción, mediante la prueba se pretende producir el convencimiento judicial, la persuasión del juez respecto de los hechos ocurridos, determinar qué hechos han sucedido y cuáles son relevantes para el caso. Este convencimiento se considera como un estado mental o psicológico del juez, y por ello puede afirmarse que se persigue la persuasión del juez (Ferrer, 2007, págs. 62-64).

(1) Características principales de esta concepción:

- Convencimiento

A la pregunta de qué significa que un hecho este probado en el procedimiento judicial, en este sistema implica que el magistrado que debe decidir se haya convencido no sólo de la ocurrencia de ese hecho, sino también que sucedió de un modo específico. Se le denomina íntima convicción. Algunos autores también le llaman certeza, certeza moral, o incluso más allá de toda duda razonable. Es una postura que apela a un estado psicológico de convencimiento del juez, que en términos de filosofía de la mente se conceptualiza como creencia. El juez cree que los hechos sucedieron de ese modo, se configura un estado mental calificado en términos del sujeto que lo adquiere. Respecto de ese convencimiento, y bajo esos parámetros, resulta indiferente si el juez es profesional o jurado. Se convierte al juez en infalible respecto de los hechos. Una vez que se alcanza

ese convencimiento significa que el hecho está probado. Aquí no tiene sentido plantearnos la idea del recurso en materia probatoria, porque no hay nada sobre lo cual alegar o discutir.

- **Concepción fuerte del principio de inmediación:**

En el caso de la tesis persuasiva de la prueba, este principio posee el mayor alcance dentro de sus facetas en la doctrina procesal. Por un lado, exige que el juez esté en forma física y mental presente en la práctica de la prueba, es decir que exista una relación directa (contacto intransferible y personalísimo) del juzgador con las fuentes personales de la prueba. No se pretende cualquier convencimiento del juez, sino una creencia formada sobre la base de las pruebas que existen, se busca un estado anímico formado a partir de la impresión que cada medio de prueba provoca en el tribunal (Andrés Ibáñez, 2009, pág. 58). En la medida que se pretenda que sean las pruebas las que lleven al convencimiento del decisor sobre los hechos, el magistrado debe estar presente en el procedimiento.

Nadie que no haya estado en la presentación al proceso de la prueba puede controlar y revisar su valoración; es decir no puede tomar la decisión. En caso de que quien estuvo presente ya no esté disponible al momento de la resolución, debe practicarse nuevamente la prueba ofrecida. En tanto el tribunal superior de apelación o casación no ha estado presente en la práctica de las pruebas, se excluye por ese motivo el control en sede de recursos. Así, no tiene sentido controlar al que es infalible por definición, por tanto, deviene innecesaria la oportunidad de corregir esa decisión.

- **No exigencia de motivación**

Se omite la pretensión de justificación de la decisión judicial en materia de hechos, a pesar de que las constituciones, tratados internacionales y leyes procesales obliguen a los jueces a motivar todas las resoluciones judiciales, no sólo las sentencias. Conforme a ello, no se produce una inferencia que explique cómo se llega de las pruebas a las conclusiones, sino que, por el contrario, se produce un mero relato en materia de prueba de los procedimientos. Es decir, se expone una descripción de que por ejemplo las partes

propusieron determinada prueba, que fueron admitidas o rechazadas y practicadas de una u otra manera, y a partir de ahí se concluye que el hecho está o no probado.

Vale distinguir aquí dos modos de entender el concepto de motivación, por un lado, aquel que lo analiza como explicación, y por el otro como justificación. Aquí interesa la concepción de la justificación, en tanto dicha acción no tiene que ver con los motivos o con el discurso causal, sino con las razones que fundamentan una determinada conclusión. Se trata así de inferencias epistémicas.

En la concepción persuasiva lo que define la prueba es el hecho de que el juez crea o se convenza, por lo cual esa decisión solamente se puede explicar, pero no justificar. Para ello la doctrina explica en esta tesis que motivar en materia de hechos es explicar el *iter* mental que se produjo en la cabeza del sujeto decisor a partir de las pruebas, que lo llevó a la adquisición de creencias. Este tipo de motivación es de imposible control, en virtud de lo cual, se concluye que no cabe ninguna clase de motivación en materia probatoria. Así se combina una forma irracional de conocimiento con el estatus de privilegio -de autoridad- que posee el juez en los ordenamientos que siguen esta concepción.

b) Concepción Racional

Incorpora la exigencia de motivación a los juzgadores del razonamiento inferencial realizado, mediante el cual justifican la conclusión de que existen elementos de juicio suficientes -corroboración suficiente- a favor de una determinada teoría (Ferrer, 2007, págs. 64-66). Se trata de la tesis más adecuada en tanto dar por probada la hipótesis más probablemente verdadera es la mejor manera de acercarnos al conocimiento de la verdad, resultando irrelevante para esta finalidad el convencimiento de una persona. Vincula al sistema de valoración con una concepción democrática del poder (Guzmán, 2011, pág. 102), atribuyendo una función confirmatoria o cognoscitiva de la verdad de una determinada hipótesis.

(1) Características definatorias:**- Corroboración suficiente**

Un hecho estará probado cuando en relación a una hipótesis hay corroboración suficiente para poderla considerar verdadera. Esta premisa implica poner el foco de atención en los mecanismos de corroboración, de valoración probatoria y de estándares de prueba para analizar la suficiencia del acervo probatorio. Aquí ya no se consideran las creencias del juez, es decir se reemplaza el convencimiento del decisor por una relación inferencial entre prueba e hipótesis que permita concluir en un grado de corroboración de dichas premisas, para cada tipo de casos y etapas procesales.

- Principio de inmediación débil

Si bien se acepta que a través de la supresión de intermediarios se compensa la eliminación del error en términos epistémicos, considerando adecuado que el juez esté presente en la prueba; aún con esa premisa, en esta noción se afirma que la decisión puede ser revisada incluso por sujetos que no hayan estado presentes, en tanto es viable el análisis de validez de las inferencias realizadas por el juez *a quo*.

El tribunal de control a través de la vía recursiva, está autorizado a llevar a cabo el control de la valoración, esto es, analizar la validez de las relaciones lógicas adoptadas, si las hubiere, para concluir en la corrección o no de si las pruebas existentes fueron suficientes, siempre y cuando la justificación esté debidamente detallada en la motivación.

- Exigencia de motivación

No importa el *iter* mental, lo que adquiere relevancia es la justificación de la decisión. No se considera a la motivación como explicación, sino como justificación de la decisión sobre la prueba. El juez deberá justificar que, a la luz de los elementos probatorios existentes, y teniendo en cuenta el estándar de prueba en esos casos, se

alcanza un nivel de prueba suficiente de la hipótesis y por tanto la declara probada o no probada. Se procura la necesidad de justificar los motivos que alegan tener por aceptada una determinada conclusión a partir de ciertos elementos de juicio. Se justifican contenidos proposicionales, de enunciados, de que, en base a los elementos probatorios reunidos, existe un grado de probabilidad de ser considerados verdaderos (Ferrer Beltrán, Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales, 2011).

- **Previsión de recursos en materia probatoria**

Si bien esta tesis parte del convencimiento, prevé la vía recursiva como etapa necesaria e indispensable para controlar la valoración de la prueba realizada.

En conclusión, bajo este argumento de racionalidad la prueba cumple dos funciones relevantes, por una lado funciona como una fuente de conocimiento de hechos pasados a través de operaciones inferenciales, y por el otro se utiliza como factor de justificación de las decisiones judiciales mediante la exposición de esas operaciones sobre los elementos recabados (Guzmán, 2011, pág. 102).

B. Concepciones de verdad

1. Introducción

No se pretende afrontar los cuantiosos problemas filosóficos acerca de la noción de verdad y su aplicación al proceso penal, sino solamente brindar un panorama que nos permita avanzar en la discusión conceptual que aquí interesa y otorgar el marco teórico adecuado a su análisis.

Partiendo de la base de considerar que el objetivo principal de un juicio penal es averiguar la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito (Laudan, 2005, pág. 96),

en este trabajo se prefiere considerar al proceso penal como el medio de búsqueda de la verdad como adecuación o correspondencia con el mundo.

2. Clasificaciones de verdad

Con el propósito de justificar la postura previamente expuesta, deviene necesario conocer someramente algunas clasificaciones elaboradas por maestros del derecho procesal. En primer término, Luigi Ferrajoli distingue entre la aspiración del modelo sustancialista del derecho penal, hacia una verdad absoluta y omnicomprendiva, llamada verdad sustancial o material; y la del modelo formalista, que no pretende ser la verdad, y está condicionada por las reglas del procedimiento y las garantías de la defensa, llamada verdad formal o procesal (Ferrajoli, 1995, págs. 44, 45). Indica en relación a la primera que se trata de una verdad fáctica comprobable por vía inductiva a través de los datos probatorios recabados, mientras que de la verdad formal infiere que tiene una naturaleza jurídica ya que es comprobable vía deductiva interpretando el significado de los enunciados normativos, es decir de las palabras empleadas por la ley (Ferrajoli, 1995, pág. 48).

Ferrer Beltrán opta por explicar las principales características de la verdad material y formal, para concluir en la necesidad de abandonar esta distinción. En relación a la primera, indica que se trata de aquella verdad que se corresponde con el mundo, es decir para que un enunciado se considere verdadero debe darse la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no-ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue, tratándose de una verdad *tout court*, fuera del proceso judicial, considerada por muchos como inalcanzable (Ferrer Beltran, 2005, págs. 61, 62).

Mientras que, a la verdad formal, dicho autor español la caracteriza como aquella que posee autoridad jurídica, en tanto a la declaración de hechos probados realizada por el juez al dictar sentencia se la califica como verdadera formalmente y adquiere fuerza

constitutiva. Enseña que es el resultado de los esfuerzos probatorios de las partes, y que puede o no corresponderse con la verdad material (Ferrer Beltran, 2005, pág. 62).

3. Abandono de la diferenciación entre verdad formal y material.

En concordancia, se acompaña en este trabajo la postura del profesor Ferrer Beltrán quien aboga por la tesis de abandonar la diferenciación entre verdad formal y material, por tratarse de una metáfora, ya que la verdad es solamente una, y es únicamente aquella que coincide con la verdad material, en caso contrario no es verdad, sino una no-verdad.

También Guzmán, en el mismo sentido, indica que consideradas en forma diferenciada, no tienen utilidad de aplicación en el esquema de un derecho penal moderno, que se basa en el convencionalismo penal (es decir, por la previsión de figuras penales claras y precisas: principio de estricta legalidad) y en el cognoscitismo procesal (es decir, por la realización de un juicio reconocitivo de las normas y cognoscitivo de los hechos regulados por ellas: principio de estricta jurisdiccionalidad, rodeado de las garantías que representan una protección para las personas y a la vez un límite formal para el conocimiento de la verdad) (Guzmán, 2011, págs. 45-46). Lo cierto es que esta distinción no hace más que restarle importancia jurídica a la verdad material cuando se dicta una sentencia y ésta adquiere carácter de definitiva, debido a que el foco de atención se encuentra en la autoridad conferida a la declaración de hechos probados (Ferrer Beltran, 2005, pág. 62).

4. Verdades aproximadas: único ideal posible en el proceso judicial.

A la pregunta de si *¿es posible alcanzar la verdad en el procedimiento judicial?* (Ferrajoli, Prologo, 2011, pág. II) y previo a exponer un sistema de reglas probatorias, se responde resaltando la postura de Ferrajoli de que constituye una ilusión metafísica la

propuesta de un silogismo judicial que concluya en la verificación absoluta de los hechos traídos al proceso (Ferrajoli, 1995, pág. 38). Por cuanto la verdad como correspondencia con el mundo (cierta, objetiva y absoluta), es siempre un ideal inalcanzable (Ferrajoli, 1995, pág. 50), ya que por más rica que sea la información que tengamos, o cualquiera sea el método que emplee el juez al momento de razonar en torno a los enunciados facticos y las pruebas reunidas (Guzmán, 2011, pág. 4), no podremos tener respecto de los hechos del mundo certezas racionales, sino únicamente resultados probables y por ello certezas psicológicas o subjetivas.

Siguiendo a Taruffo, la pretensión de conocimiento de la verdad posee imposibilidades de tipo teóricas, ideológicas y prácticas (Guzmán, 2011, pág. 24). Alcanzar la demostración de una verdad de tipo absoluta es posible únicamente en el ámbito de las ciencias analíticas -en las matemáticas y en la lógica-, ya que se trata de tesis tautológicas, esto es, verdaderas por definición de los términos empleados (Ferrajoli, Prologo, 2011, pág. IV), en cambio en el ámbito empírico, histórico o científico no es predicable la verdad así considerada. Esta relatividad nace de la conciencia de su misma falibilidad, es decir, de la posibilidad de que la aceptación de la verdad de una hipótesis sea parcial o totalmente refutada (Guzmán, 2011, pág. 26).

El carácter aproximativo de las decisiones y su consecuente contexto de incertidumbre, encuentra sus causas en que la verdad posee límites infranqueables. Por un lado la verdad material en el carácter irreductiblemente probabilístico, teniendo en cuenta también que la información que se encuentra disponible en el proceso suele ser incompleta o deficiente; las reglas jurídicas que regulan la actividad probatoria y que implican un límite a su desarrollo (Ferrer, 2007, págs. 23,24); en relación a la verdad jurídica, el carácter inevitablemente opinable de las tesis judiciales; y por último el carácter no impersonal del juez, quien resuelve condicionado por las circunstancias ambientales que lo rodean (sentimientos, valores, emociones, elecciones) (Ferrajoli, 1995, pág. 56). Para Taruffo, la verdad es siempre relativa, en tanto posee límites no sólo en su capacidad cognoscitiva; sino también respecto del contexto en que se desarrolla, por los medios cognoscitivos disponibles, por el conjunto de las presuposiciones,

conceptos, nociones, reglas, etc. (Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010).

Los fines del proceso no pueden ser cumplidos a toda costa, por ello se hace necesario que cada sistema jurídico imponga límites a la búsqueda de la verdad. Se presentarán en el devenir de un proceso penal una serie de valores o derechos que deberán ser clasificados y ponderados por el juzgador, y que comparten protección jurídica con la averiguación de la verdad (Ferrer, 2007, pág. 31), tal por ejemplo el caso en que se decide ceder el derecho a la intimidad cuando se enfrenta ante el derecho a la vida. Entonces, estos límites en la búsqueda de la verdad material se originan en el reconocimiento de los derechos fundamentales en las constituciones, en las propias leyes del conocimiento y en las normas, formalidades e impurezas del proceso penal (Guzmán, 2011, pág. 31), lo cual reafirma la premisa de que cualquier verdad es relativa.

5. Importancia de la verdad material.

Aun aceptando la inevitabilidad de la discrecionalidad decisional entre márgenes más o menos amplios, se prefiere la construcción del objetivo institucional del proceso penal como aquel que enfoca su mecanismo en el fin de alcanzar, o al menos procurar acercarse, a la verdad como correspondencia con lo ocurrido en el mundo -como *adecuatio rei et intellectu*-. Entonces, la única verdad posible en un juicio penal como mecanismo de conocimiento es la verdad como correspondencia, y por ello no puede ser otro el objetivo de la prueba en el proceso penal.

Bajo estas condiciones, los sistemas jurídicos deben alejarse de las peligrosas concepciones escépticas que niegan la posibilidad de cualquier tipo de verdad (Guzmán, 2011, pág. 27), mediante la imposición de estrictos criterios epistémicos que permitan al decisor acercarse en la mayor medida posible a verdades relativas, aproximativas, probabilísticas, provisionarias, destinadas a ser reforzadas, integradas o tal vez desmentidas

y corregidas por el progreso mismo de la investigación a través del ensayo y del error (Ferrajoli, Prologo, 2011, pág. IV).

La respuesta a toda pregunta sólo puede ser la averiguación de la verdad, cualquier enunciado factico tiene un solo valor de verdad, es verdadero o falso. No puede ser gradual, es categórico; y su carácter absoluto no dependerá de las pruebas o de lo que suceda en el marco de un proceso, sino que depende del mundo. Lo único gradual es el conocimiento que pueda adquirirse a través de un proceso judicial, y que derive en la conclusión o no de suficiencia para tenerlo por aceptado.

C. Relación entre prueba y verdad

En tanto se afirma que hablar de verdad en el proceso penal implica referirnos a la prueba (Guzmán, 2011), se debe conocer qué tipo de relación debe asumirse entre prueba y verdad que permita un afianzamiento de las reglas para reducir el error judicial.

En este punto, Ferrer Beltrán señala dos formas para presentar esta correlación. Por un lado la tesis conceptual en la cual la verdad de una proposición es condición necesaria, pero no suficiente, para que pueda decirse que esa proposición está probada, afirmando que una proposición está probada si es verdadera y hay elementos de juicio suficientes a su favor, por lo cual toma esa relación como resultado (Ferrer Beltran, 2005, págs. 55, 56).

Y en segundo término, describe a la tesis que coloca a dicha relación como actividad probatoria, de tipo teleológica que no le reconoce a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la considera el objetivo último de la actividad probatoria (Ferrer Beltran, 2005, págs. 55, 56).

La mejor forma de plantear esta correlación es considerando que una proposición está probada, es decir que el juez debe tenerla por verdadera (lo cual no significa que sea

verdadera), cuando se hayan recopilado suficientes elementos de juicio mediante los medios de prueba. Así la prueba jurídica tiene como finalidad permitir alcanzar un nivel de conocimiento acerca de la verdad de un enunciado fáctico presentado en el juicio (Ferrer Beltran, 2005, págs. 74, 75), mediante la confirmación y/o la refutación de las hipótesis que se presentan en ese proceso y de ella dependerá, en consecuencia, que sea aceptable la predicación de la verdad de una hipótesis, siempre, claro está, en términos probabilísticos (Guzmán, 2011, pág. XII). Es decir que la verdad no debe ser un requisito conceptual de la prueba.

IV. CAPÍTULO TERCERO – BASES PARA UNA CORRECTA VALORACIÓN PROBATORIA

A. Características del razonamiento judicial

1. Breve introducción al análisis de los estados mentales del Juez

En el devenir histórico de los sistemas penales, no se ha efectuado un estudio suficiente sobre la construcción de la premisa menor del razonamiento jurídico, es decir, sobre los problemas conceptuales de la noción de prueba y hecho probado. Frente a ese panorama, se afirma que dar cuenta de la toma de decisiones en materia de hechos probados es la clave de bóveda del edificio del garantismo. A través de la teoría de los estándares de prueba se apunta precisamente a poder asegurar un adecuado ejercicio del derecho en las decisiones, es decir, a los métodos que indican cómo se debe decidir.

Comenzando con este desarrollo, al hablar de proceso, se desprende que se trata de un método de cognición, que permite conocer y fijar la verdad en un debate judicial (Guzmán, 2011, pág. 110). Esta actividad se realiza a través del enunciado “*está probado que p*”, el cual se conforma con los medios de prueba “*conjunto de elementos c*” admitidos y practicados en un proceso judicial (Ferrer Beltrán, 2003, pág. 31).

Mediante el presente trabajo, se procura analizar si los sistemas de investigación, en su pretensión de descubrir la verdad, efectúan esa función en forma correcta de manera que se permita reducir el error judicial. Entonces, para conformar las pautas que permitan una reconstrucción racional del juicio de hecho, es necesario efectuar una breve introducción respecto del razonamiento con que el juez, basándose en pruebas, atribuye aceptabilidad a los enunciados sobre los hechos.

La teoría del razonamiento jurídico indica que se trata de un proceso complejo y articulado que desde un cierto conjunto finito de premisas conduce a una conclusión,

pero, en particular en el ámbito judicial, contiene una función práctica o normativa ya que el resultado es una norma destinada a dirigir la conducta de sus destinatarios, es decir que se trata de un enunciado prescriptivo, que contiene premisas fácticas y jurídicas relacionadas entre sí a través de cadenas inferenciales. Esta función jurídica es ejercida a diferencia de otras ramas del saber, por sujetos que ejercen poderes públicos dentro de un contexto institucional, sobre quienes pesa la exigencia de justificación de sus decisiones, como prolegómeno para la certeza jurídica.

Este tipo de razonamiento se caracteriza por ser un proceso lingüístico que se desarrolla en el campo de la lógica (Canale, págs. 1-4), en el que se presentan reglas con pretensión de universalidad a través de las cuales una inferencia permite ser considerada correcta. Tiene un carácter lingüístico ya que involucra sujetos institucionales y se dirige a justificar la aceptabilidad de hipótesis decisionales a nivel intersubjetivo.

Un adecuado razonamiento jurídico permite realizar un control interno de la motivación, al exponer las premisas decisionales y las reglas inferenciales adoptadas y la conclusión a la que se arriba; y un control de tipo externo de la motivación exponiendo esas premisas y las elecciones efectuadas por el decisor, para poder realizar un adecuado control sobre la corrección de las conclusiones arribadas por el juez, es decir si las mismas poseen un soporte racional.

Debido a que el razonamiento jurídico es complejo, se parte, para desentrañar su contenido, de considerar que como modelo explicativo del actuar judicial de carácter declarativo y cognoscitivo posee dos fases diferenciadas:

- Razonamiento probatorio en sentido estricto: Justifica la reconstrucción del hecho objeto de la controversia.
- Razonamiento subsuntivo: Justifica la calificación jurídica de esa reconstrucción.

Concretamente, Canale aporta para la primera fase un esquema de razonamiento probatorio en donde la conclusión del proceso constituye la mejor explicación del evento a la luz de todas las pruebas disponibles, y que ejemplifica de la siguiente manera (Canale, págs. 31-32):

Se han verificado los hechos H1, H2, H3;
El hecho IP explica H1, H2, H3
Se ha verificado el hecho IP (hipótesis):
Los hechos F4, F4...Fn son coherentes con IP;
ENTONCES: Está probado que IP.

Respecto de la segunda fase, este autor italiano brinda la forma típica de la subsunción a través del siguiente esquema:

IP presenta las características p1, p2, p3;
Los casos disciplinados por la norma N presentan las características p1, p2, p3;
ENTONCES: IP está disciplinado por N.

Con tal objeto, se parte del criterio de la aceptabilidad justificada para la selección de las premisas fácticas del razonamiento del juez, teniendo por aceptada una concreta hipótesis recién cuando su grado de probabilidad se gradúe como suficiente, y que los criterios positivos sean mayores que cualquier otro enunciado alternativo sobre los mismos hechos (Gascón Abellán, 2010, pág. 144). De acuerdo a esta postura, se procede a la elección racional de una hipótesis cuando luego de reconstruidos los hechos se vislumbra como la que resulta más probable, en virtud de contener mayores elementos de confirmación (Gascón Abellán, 2010, pág. 43). Es esta la utilidad de la noción de aceptación en la actividad proposicional realizada por el juzgador en la declaración de hechos (Ferrer Beltran, 2005, pág. 92).

2. Implicancias de una decisión justificada de manera racional

Conforman el derecho a la prueba, en primer lugar, la facultad de disponer de todas las pruebas para lograr demostrar la verdad de una pretensión; en segundo término el derecho a que las mismas sean practicadas en el proceso; mientras que, como tercer elemento definitorio se pugna el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas, y por último la obligación de motivación (Ferrer, 2007, págs. 54-57).

En tanto las sentencias son cognoscitivas y contienen una estructura lógica, se asume que a través de las mismas se conoce un derecho preestablecido, un conjunto de hechos en su objetividad, y de ellos se deduce la consecuencia. Asumiendo este contexto, la teoría analítica del silogismo judicial funciona como herramienta de análisis para la reconstrucción racional de las sentencias judiciales. Entonces, con el objeto de poder determinar que una decisión judicial o norma individual se encuentra racionalmente justificada en el marco de un discurso jurídico (Alexy, 2007, pág. 306), deben satisfacerse dos condiciones conjuntamente, por un lado, la justificación interna y por el otro la externa. Es a través de las enseñanzas de grandes autores como Alexy, que se entiende la importancia de abandonar un lenguaje ordinario para utilizar al lenguaje formal de la lógica de los predicados.

En efecto, a través de la justificación interna se procura conocer si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, adoptando un silogismo jurídico a través de los modernos principios de la lógica (Alexy, 2007, pág. 306). Se caracteriza por tratarse de una operación de carácter lógico inferencial que se sigue de las premisas que el Juez ha formulado en la motivación de la sentencia, o están implícitas en ésta si no las formulo, en tanto para estar justificada debe ser una derivación de las premisas que el decisor expuso en la motivación. Se trata de una cadena de oraciones que funcionan de premisas de las cuales se deriva una conclusión que es una norma individual (porque está dirigida a individuos). Este es el silogismo judicial compuesto por la premisa -ley penal-, la segunda premisa -acción-, y la tercera -conclusión- (que deriva en la imposición de una pena o el otorgamiento de la libertad). Si

bien es necesaria, no es suficiente para tener una justificación completamente racional de la decisión jurisdiccional, ya que una sentencia internamente justificada podría seguir de premisas arbitrarias, o no correctas jurídicamente.

Debido a constituir un esquema racional de valoración que reconoce grados de confirmación y por tanto de probabilidad, una decisión estará internamente justificada únicamente si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas (Gascón Abellán, 2010, pág. 172). En este plano interno deberán exponerse los elementos probatorios disponibles en relación a la hipótesis aceptada, y demostrar que a través de los mismos se pueda concluir su mayor probabilidad por sobre las hipótesis alternativas, todo ello siempre sobre la premisa de que nunca una hipótesis es infalible sino que posee un status de probabilidad, lo cual hace necesaria la posibilidad del control (Gascón Abellán, 2010, pág. 167).

La segunda condición ineludible en la pretensión de racionalidad se ubica en la justificación externa, cuyo objeto es la corrección de las premisas (Alexy, 2007, pág. 306). En este marco cada premisa debe ser justificada, proporcionando oraciones que funcionen de justificación de cada una de ellas de la cual se siga la conclusión. El silogismo no puede agotar la sentencia porque si lo hiciera no sería controlable, y si bien este tipo de revisión sobre la sentencia es lógico, tiene que contener también un ámbito para la corrección jurídica. Así, para tener por externamente justificada una determinada hipótesis, sus premisas (normativa o fáctica, o ambas) deben ser calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación (Gascón Abellán, 2010, pág. 172).

En relación al objeto de este tipo de justificación, enseña Alexy que el *quid* se encuentra en la fundamentación de las premisas adoptadas en la justificación interna, las cuales pueden consistir en reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no pertenezcan a ninguno de esos dos grupos (Alexy, 2007, pág. 318).

Evidentemente debe otorgarse un alto grado de importancia al mecanismo del silogismo judicial, ya que se trata de una herramienta de presentación del contenido básico de las sentencias judiciales y por ello un instrumento de análisis. A través del mismo, se facilita la identificación de las premisas, como actividad necesaria para llevar a cabo una debida justificación externa. En el marco de una estructura lógica, debe ser factible analizar la corrección de la justificación externa de cada una de las premisas que la conforman.

Uno de los elementos más relevantes de una sentencia se ubica justamente en la justificación externa, como identificación de la norma general, ya que involucra operaciones de identificación e interpretación de textos. La corrección jurídica que se sostiene en sede de justificación externa de las premisas, siempre hace referencia a un conjunto de valores o principios compartidos que forman la base común para interpretaciones o argumentaciones diferentes. La racionalización de la función judicial contiene un instrumento jurídico que es la motivación, como herramienta de limitación de la arbitrariedad del poder en un Estado de Derecho, y por tanto constituye un valor de garantía de cierre de un sistema que se pretenda racional (Gascón Abellán, 2010, pág. 170).

Conforme con esta postura, la justificación externa satisface diversos tipos de funciones, ya que en primer lugar a través de ella se exponen los fundamentos que el órgano judicial eligió en su decisión, lo cual facilita el control interno de las decisiones judiciales (Gascón Abellán, 2010, pág. 179); en segundo término, mediante las explicaciones de los esfuerzos realizados por el órgano decisor se permite un control externo o público por parte de la comunidad (Gascón Abellán, 2010, pág. 178). Finalmente, desempeña una relevante función ya que en tanto el juez se encuentra obligado a motivar, indirectamente se ubica en una mejor postura ante el descubrimiento de posibles errores de su propio razonamiento, ya que sabe que la motivación debe ser suficiente para someterla a los controles racionales y jurídicos (Gascón Abellán, 2010, pág. 180).

3. Métodos de razonamiento probatorio: La probabilidad lógica - inductiva para la corroboración de hipótesis fácticas en relación a un hecho individual.

En el presente trabajo se defiende la tesis mediante la cual debe calificarse al conocimiento judicial sobre la prueba, como aquel que se caracteriza por tener un modus operandi de naturaleza inductiva y en consecuencia probable (Andrés Ibáñez, 2009, págs. 55-57). La inferencia es probable en tanto la verdad está sólo probada como lógicamente probable o razonablemente plausible de acuerdo con uno o varios principios de inducción (Ferrajoli, 1995, pág. 53). E inductiva ya que se trata de una relación lógica entre dos proposiciones (Ferrer, 2007, pág. 95), y en particular en cuanto al elemento empírico, el razonamiento judicial toma como premisas al conjunto de pruebas reunidas, e infiere una conclusión de hecho fáctica, es decir, que tal persona ha cometido tal hecho (Ferrajoli, 1995, pág. 64).

A fin de entender esta postura, deben distinguirse los dos tipos de razonamientos lógicos más difundidos. Por un lado, el razonamiento deductivo, el cual se considera válido si la premisa se sigue de la conclusión en el sentido de que la conclusión no puede contener más elementos que las premisas, y que es el caso que, si las premisas son verdaderas, la conclusión también lo será. Por tanto, no son aumentativos, pues la conclusión no contiene más elementos que las premisas, pudiendo formularse de la siguiente manera:

Si alguien mata (M) a otro debe ser sancionado (S)
Juan mató a otro (M)
Juan debe ser sancionado (S)

Mientras que, con respecto al segundo tipo de razonamiento, el inductivo, suele emplearse en amplio ámbito de las afirmaciones sobre los hechos. En él, su conclusión no se sigue necesariamente de las premisas en el sentido de que la conclusión contiene un elemento que no está contenido en las premisas. Un razonamiento inductivo es válido si las premisas prestan suficiente apoyo a la conclusión:

La manzana 1 es dulce
La manzana 2 es dulce
Todas las manzanas son dulces

En relación a la primera característica, se afirma que el razonamiento probatorio en el derecho es una variedad del razonamiento inductivo, entendido este de la manera más general posible como razonamiento ampliativo (Paez, 2018).

En segundo término, la conclusión a la que se arriba con esta variable de las inferencias en el ámbito judicial es que es de tipo probabilística, ya que se afirma la conexión causal entre el hecho aceptado como probado y el conjunto de los hechos adoptados como probatorios (Ferrajoli, 1995, pág. 53), mide nuestro grado de conocimiento sobre el mundo en general, y en particular se gradúan las posibilidades de que una determinada hipótesis sea verdadera (Ferrer, 2007, pág. 94). El concepto de probabilidad ha permitido a las nuevas epistemologías empiristas recuperar objetividad, mediante la racionalidad en el conocimiento inductivo de las hipótesis sometidas por las partes al proceso y la posterior exigencia de motivación. Esta racionalidad es de tipo empírica, lo cual permite abandonar el misticismo en la decisión, que impedía el adecuado ejercicio de un control racional, siendo reemplazado por un proceso de conocimiento inductivo que debe ser acompañado de todas las garantías epistemológicas posibles (Gascón Abellán, 2010, pág. 12).

Específicamente, se trata de una probabilidad lógica de las inferencias entre proposiciones, que expresa un grado de confirmación de una hipótesis sobre la base de los elementos de prueba que se refieran a ella (Taruffo, 2010, pág. 248).

En estas condiciones adquiere una particular relevancia la exigencia de fundamentación y motivación de las decisiones a los efectos de justificar en forma externa la calidad de las premisas y del rigor lógico sometidos al procedimiento inductivo de tipo probabilístico que permitan arribar a una solución de síntesis (Andrés Ibáñez, 2009, págs. 55-57).

B. Concepto de estándar probatorio - Sistemas

1. Necesidad de fijar estándares de prueba

La imposibilidad de alcanzar certezas no debe ser acompañada de la omisión en la fijación de reglas racionales. Entonces para evitar que el curso de una decisión discorra en un plano oscuro del psiquismo (Andrés Ibáñez, 2009, pág. 70), el único remedio viable es sustituir el sistema actual por un estándar que sea claro, que ofrezca a quien decida sobre los hechos un criterio de prueba que pueda ser satisfecho o no por los hechos establecidos para un caso determinado (Laudan, Una breve réplica, 2005). Es decir, un sistema que maximice las posibilidades de que la sentencia atribuya aceptabilidad a hechos que se correspondan con la verdad, según la tesis que aquí se sigue, que verdaderamente hayan ocurrido en el mundo.

Las reglas propuestas, o estándares de prueba, permiten al juez justificar la atribución de fiabilidad de las pruebas, su valoración en su conjunto y ese grado de corroboración suficiente. Empero, dicho sistema debe contemplar distintas clases de estándares para cada tipo de procedimiento, fijando el papel que tienen que tener en las diversas etapas de decisión. Esta posición epistemológica recae finalmente en los legisladores, quienes tienen la palabra final sobre la decisión en materia de distribución de riesgo entre las partes.

La pretensión se basa en establecer un esquema de razonamiento que contenga la estructura del razonamiento probatorio en la oportunidad procesal de valoración probatoria con los elementos de juicio disponibles en el proceso (Ferrer, 2007, pág. 97). Con esta postura se permite dirimir conflictos acerca de si a un caso se lo debe vincular con una determinada reacción (Coloma Correa, 2016).

Respecto de los principios procesales en juego, a través del establecimiento legislativo de estándares de prueba precisos, se incorpora en primer término el beneficio

de la duda en un nivel considerable ya que este tipo de esquema contiene la exigencia de un nivel alto de culpabilidad requerido para dictar una condena (Laudan, 2005, pág. 112).

Con referencia a la presunción de inocencia, si se establece un estándar apropiado ya no se trataría de un principio necesario, en tanto se exigiría al decisor que crea que la culpabilidad del acusado tiene que ser probada, y por tanto que la única prueba relevante para su culpabilidad o inocencia es la prueba que será producida en el juicio (Laudan, 2005, pág. 112).

Por último, la importancia de fijación de estos esquemas se advierte en relación a la carga de la prueba de la acusación, ya que como instrumento de distribución del error pierde su necesidad o se vuelve superfluo en cuanto se trate de un estándar exigente que requiera un nivel muy elevado de prueba para la culpabilidad y que imponga severamente la carga de demostrar la culpabilidad en la parte acusadora (Laudan, 2005, pág. 112).

Finalmente, cabe señalar que un sistema de estándares probatorios se distingue de las reglas de prueba tasada, en tanto a través de éstas últimas el legislador atribuye un resultado probatorio a los distintos medios de prueba, y por tanto anula el procedimiento del juez, lo hace innecesario, no le permite hacer razonamiento de la prueba. En cambio, una adecuada fijación de estándares de prueba, proporciona al juez criterios para considerar probada una hipótesis exigiendo determinado nivel de suficiencia, y obligando al decisor a justificar si con las pruebas reunidas se alcanzó ese nivel. Bajo estas condiciones, no se anula el razonamiento probatorio, sino que, por el contrario, se fija su exigencia.

2. Qué es un estándar de prueba

A continuación, se analizan diversas definiciones de estándares de prueba que puedan servir como reglas de decisión para establecer el grado de exigencia probatoria que permitan atribuir aceptabilidad a una hipótesis sobre los hechos. La teoría de los

estándares se ubica en el tercer momento de la actividad probatoria en el derecho, en el cual se otorga a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de corroboración (Ferrer, 2007, pág. 47).

Al caracterizarlo, explica Laudan que un estándar no subjetivo de la prueba es el único mecanismo para la distribución de errores que se requiere en un juicio, esto siempre que sea apropiado, es decir que no dependa de una confianza subjetiva en una hipótesis, sino que indique cuándo la confianza subjetiva está justificada (Laudan, 2005, pág. 105).

Su utilización permite operar como reglas determinativas o definitorias de la configuración del razonamiento probatorio (Coloma Correa, 2016), en tanto arrojan luz en la penumbra de la conjetura, aportando instrumentos que permiten dar a conocer las condiciones en las cuales pueden afirmarse determinadas proposiciones. También cooperan con el investigador de cualquier ámbito del derecho, al permitirle conocer en qué nivel de su trabajo puede considerar algo como probado, es decir cuándo puede tener por aceptada una conclusión derivada de la relación entre las pruebas incorporadas a su investigación (Laudan, 2005, pág. 104).

Es importante destacar que los estándares de prueba deben ser formulados en términos de los tipos de conexiones lógicas que deben existir entre los elementos probatorios recabados y las hipótesis sometidas por las partes al control judicial a los efectos de considerar alguna de ellas como probadas (Laudan, 2005, pág. 105).

3. Qué es lo que debe probarse en un proceso penal

Cabe señalar que en este punto, Ferrajoli señala los cuatro tipos de poderes específicos que posee la actividad judicial (Ferrajoli, 1995, pág. 38), el poder de denotación, de interpretación o de verificación jurídica; el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica; el poder de connotación o de comprensión equitativa; y el poder de disposición o de valoración ético-política.

Este análisis parte de considerar que la decisión final sobre los hechos constituye una narración construida por el juez, en la que se resuelve una incertidumbre al atribuir a cada hipótesis el grado de confirmación que le corresponde conforme el conjunto de pruebas recabado (Taruffo, 2010, pág. 246). Para que ese tipo de resolución se encuentre justificada, debe basarse en hechos probados mediante una correcta aplicación del derecho a los mismos. El asunto a dilucidar es determinar qué tiene que fundar el conocimiento, y no qué tiene que fundar la decisión. Y para ello la tarea de la investigación judicial será eliminar el dilema en favor de la hipótesis más simple, dotada de la mayor capacidad explicativa y compatible con el mayor número de elementos recopilados (Ferrajoli, 1995, pág. 53)

La finalidad del proceso penal es atribuir un determinado grado de confirmación o de probabilidad de que una proposición sea verdadera, aplicando y reforzando todos los instrumentos procesales que puedan maximizar la probabilidad de conocer la verdad sobre los hechos. Para ello el grado de confirmación de un enunciado resultará de inferencias lógicas que consideren la cantidad, calidad, su grado de fiabilidad y coherencia de las pruebas disponibles (Taruffo, 2010, pág. 248). La veracidad de un enunciado probatorio dependerá de su correspondencia con aquello que está probado en el proceso, y su falsedad se afirmará cuando esa coincidencia no se produzca (Ferrer Beltran, 2005, págs. 43, 44). Es decir que debe procurarse la prueba de aquella hipótesis que afirma la ocurrencia del hecho a los efectos de la aplicación de la consecuencia jurídica prevista por el derecho penal (Ferrer Beltran, 2005, pág. 49).

La verificación fáctica se lleva a cabo a través de la valoración probatoria cuyo objeto es establecer la conexión final entre los medios de prueba incorporados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio (Taruffo, La prueba, 2008, pág. 132). Para Guzmán la prueba debe recaer sobre la verdad de la afirmación acerca de la existencia de un hecho. En otras palabras, solo puede hablarse en términos de verdadero o falso en relación a enunciados. Por ello el tema *probandum* se conforma con los enunciados descriptivos de un hecho jurídicamente relevantes para la toma de decisión (Guzmán, 2011, págs. 22-23). A través de la prueba se pretende apoyar conclusiones

sobre el estatus epistémico final de los enunciados, y atribuir distintos grados según el nivel de corroboración alcanzado.

4. Diferentes propuestas de estándares

Para comenzar, cabe aclarar que las fórmulas que se expondrán no pretenden ser exhaustivas, ni mucho menos excluyentes, por el contrario, se espera que de un análisis profundo de la temática puedan extraerse la mayor cantidad de herramientas de utilidad para conformar un esquema probatorio racional. Cualquiera sea el estándar objetivo y concreto que se establezca en un ordenamiento procesal, en todos los casos debe enmarcarse en la única perspectiva posible, que es aquella marcadamente analítica en que cada hecho relevante debe ser objeto de una determinación específica que se fundamente en las pruebas que confirman la veracidad del enunciado correspondiente (Taruffo, 2010, pág. 253). En este marco se desarrolla siempre un juego racional entre alegaciones de las partes, ofrecimiento y admisión de pruebas y razonamiento valorativo judicial en relación a las proposiciones sometidas a ese proceso.

Taruffo ofrece una propuesta de estándar llamado probabilidad lógica prevaleciente, o también preponderancia de la probabilidad, balance de probabilidades o mayor peso de la prueba (Taruffo, La prueba, 2008, págs. 137 y 272-276), el que si bien fue formado para ser aplicado en procesos civiles, aun así podría ser útil en el ámbito penal adaptándolo a sus particulares características. Entonces la probabilidad de las hipótesis se concluye cuando en forma conjunta y sobre todo en casos con escaso acervo probatorio, se presenten las siguientes condiciones:

1. Regla de la prevalencia relativa de la probabilidad: Ante diferentes versiones sobre un hecho, el decisor elige como primera condición el enunciado más “apoyado”, que haya recibido mayor confirmación en base a los elementos probatorios, es decir la versión relativamente más fuerte, o el enunciado más probable.

2. Reglas del más probable que no: Debe cumplir también la condición de que la versión elegida sea más probable que su propia negación. La hipótesis positiva será tomada cuando obtenga una confirmación fuerte de las pruebas disponibles, y descartada cuando esa confirmación sea débil y por tanto escasamente creíble.

Ferrer Beltrán aporta un esquema para la decisión final en un proceso penal sobre los hechos probados que se inicia con el enunciado “*Está probado que p*” (Ferrer Beltran, 2005), en el cual sostiene que el mejor método para dar cuenta de la noción de hecho probado es a través de la concepción que considera la proposición como sinónimo de “*hay elementos de juicio suficientes a favor de p*”. Es decir que se tiene por verdadera una hipótesis cuando se hayan recolectado elementos de juicio suficientes a favor de la misma, y falsa cuando no se disponga de ellos o sean insuficientes, sin considerar la verdad o falsedad de la proposición p.

Se caracteriza esta propuesta por asumir un carácter gradual de la corroboración de las proposiciones (Ferrer Beltran, 2005, pág. 59), planteando la necesidad de que se determine legislativamente qué nivel de exigencia en la confirmación debe ser requerido en la etapa procesal en que se demande el dictado de una determinada resolución, dependiendo claro está del tipo de jurisdicción y de proceso de que se trate. Dicha decisión requiere fijar un umbral a partir del cual podrá considerarse como probada una hipótesis concreta (Ferrer, 2007, pág. 139).

Entre sus principales características señala que se desvincula la prueba de las creencias y convicciones del juez decisor, que exige niveles de precisión en su formulación, y que incorpora la preferencia en caso de ser necesario, de los errores negativos por sobre los positivos, o preferencia de absolucón falsa ante condena falsa, en el marco de un Estado de Derecho (Ferrer, 2007, pág. 146).

Su proposición concreta (Estándar de prueba N° 1) dice que para considerar probada una hipótesis deben haberse cumplido las siguientes condiciones conjuntamente

(Ferrer, 2007, pág. 147), es decir que se haya superado un estándar de prueba sobre la tesis acusatoria, porque de haber cuestionamiento la hipótesis será insuficiente:

1. Que la hipótesis explique o sea capaz de explicar los hechos conocidos o datos disponibles, integrándolos de forma coherente. Como así también, que resulten corroboradas las posibles predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular.

Con referencia a la exigencia de la confirmación, la misma se basa en el requisito de que la hipótesis pueda explicar las pruebas disponibles a través de la justificación del nexo causal, y que esa exteriorización permita estimar su probabilidad (Gascón Abellán, 2010, pág. 196)

2. Que se hayan refutado las hipótesis alternativas de la inocencia capaces de explicar los mismos datos. Con excepción de las hipótesis implausibles, las que no sean compatibles con los datos del caso y las meras hipótesis *ad hoc* es decir que se puedan formular predicciones contrastables a partir de ella (Ferrer, 2007, pág. 148). Esto en tanto en todos los casos se da la posibilidad de que exista una hipótesis contraria dotada de suficientes razones válidas para creer en su veracidad (Guzmán, 2011, pág. 110).

Guarda íntima relación con el requisito de la no refutación, ya que para considerar probada la hipótesis las pruebas no deben hallarse en contradicción con la misma, y por tanto no deben existir contrapruebas de esa hipótesis o éstas últimas deben haber sido destruidas. Se trata de un procedimiento de eliminación de hipótesis que aumenta el grado de probabilidad inductiva de la hipótesis confirmada por el acervo probatorio recabado (Gascón Abellán, 2010, pág. 158), exigiendo la mayor confirmación de la misma por sobre cualquier otra hipótesis rival sobre los mismos hechos (Gascón Abellán, 2010, pág. 197).

Previamente, se expuso el primer esquema de estándar de prueba que aporta el jurista español para considerar probada una hipótesis sobre los hechos, y quizás el más

desarrollado dentro de su investigación. Empero resulta conveniente señalar otros sistemas del mismo autor que guardan similitudes y pequeñas diferencias, todo ello a los fines de ampliar el abanico de requisitos convenientes para la formulación de estándares probatorios que permitan guiar a los legisladores en el ámbito de su decisión, quienes pueden optar por diversos esquemas de razonamiento probatorio.

Estándar de prueba N° 2:

1. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.
2. Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa, si es plausible, explicativas de los mismos datos, y compatible con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.

Estándar de prueba N° 3:

1. Que la hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y
2. Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes).

Estándar de prueba N° 4:

1. Que la hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y

2. Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes)

Estándar de prueba N° 5:

1. La hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

Estándar de prueba N°6:

1. La hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

En este entendimiento, resulta de mucha utilidad el método que introduce Marina Gascón Abellán, quien aporta un esquema valorativo del grado de confirmación que resulta racional o “juicio de aceptabilidad de una hipótesis”, basada en el concepto de probabilidad, cuyas consecuencias son que la hipótesis debe justificarse, demostrando a través de las pruebas que es más posible que las hipótesis alternativas; que aún en las mejores circunstancias su status epistémico es no es infalible; y que debe estar sujeta a revisión (Gascón Abellán, 2010, pág. 167). Refiere esta autora que se trata de la técnica que mejor afronta los problemas probatorios que surgen de un proceso judicial.

Para ello plantea que la dicotomía surge entre diversas hipótesis sobre las cuales debe establecerse cuál de ellas debe ser aceptable o atendible. Con esta finalidad, esboza las siguientes condiciones a cuyo cumplimiento -en forma conjunta e interrelacionada- somete la aceptación de las hipótesis consideradas, esto es, su verificación:

1. Una hipótesis es aceptable si ha sido suficientemente confirmada mediante las pruebas disponibles -Requisito de la confirmabilidad-.

2. Una hipótesis es aceptable si no ha sido refutada por el acervo probatorio reunido -Requisito de la no refutación-.

Con respecto a la primera condición, indica que debe haberse llevado a cabo una inferencia de tipo inductiva que exteriorice un nexo causal entre una hipótesis h y la prueba p , a través de la cual esta última sea una razón para aceptar la primera.

Su grado de confirmación aumentará o disminuirá dependiendo de ciertas premisas como son:

- El fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las generalizaciones (regularidades o «máximas de experiencia») usadas,
- La «calidad» epistemológica de las pruebas que la confirman,
- El «número de pasos inferenciales» que componen la cadena de confirmación,
- La «cantidad» y «variedad» de pruebas o confirmaciones.

Señala en cuanto a este primer requisito que, si el tipo de conexión entre hipótesis y prueba es seguro y preciso, será mayor el grado de confirmación; mientras que, si es genérico, vago o incierto, la confirmación será particularmente débil. Mientras que, si las pruebas son fuertes, es decir si la probabilidad de una hipótesis viene confirmada por constataciones o conclusiones, y no por otras hipótesis, mayor será su calidad epistemológica, y por tanto también su grado de corroboración. Por otro lado, enseña que la prueba directa tiene un valor tendencialmente mayor que la indirecta o indiciaria, en tanto esta última tiene menor fuerza probatoria. Y por último, si son mayores las confirmaciones y más variadas las pruebas que acompañen ese resultado, mayor será la probabilidad, ya que de esta forma se proporciona una imagen más «completa» de los hechos (Gascón Abellán, 2010, págs. 161-163).

Por último, visto el primer requisito, fija como regla epistemológica indispensable la afirmación de que todas las pruebas relevantes son necesarias, en virtud de lo cual deben ser admitidas ya que no existen pruebas suficientes.

En segundo término, respecto de la condición de la no refutación de la hipótesis por las pruebas disponibles como “prueba de fuego” para su aceptación, esta condición refleja la conformidad con el principio contradictorio, en donde cada parte pueda defender su propia hipótesis.

Indica además que si dos planteos alternativos y rivales resultaren verificados, debe recurrirse a otros criterios de verdad extra empíricos tales como la «simplicidad», esto es tomar la hipótesis que resulta natural, la más «fértil», la que permite explicar el mayor número de hechos; o la «coherencia narrativa», lo cual significa que es el relato que mejor explica los hechos, el más creíble de la historia, considerando principios explicativos del actuar racional, intencional y motivacional del hombre (Gascón Abellán, 2010, pág. 165).

Finalmente, es de utilidad traer a colación el esquema esbozado por Perfecto Andrés Ibáñez, quien a través del llamado “cuadro probatorio” fija determinadas reglas que permiten que una vez cumplidas, una hipótesis pueda ser acogida como válida.

Procede a esquematizar los requisitos exigidos en relación a una hipótesis probada de la siguiente manera: relevancia (el hecho que se trata de explicar debe ser deducible de ella, o de ella en relación con ciertas leyes causales); susceptibilidad de control (ha de resultar posible formular observaciones que permitan confirmarla o invalidarla); compatibilidad con las hipótesis bien establecidas con anterioridad (una hipótesis compleja no admite contradicción entre sus distintos segmentos, debe ser auto consistente); aptitud para explicar (debe optarse por la que más y mejor explica); y simplicidad –tanto en la experiencia ordinaria como en la científica, es preferible la teoría más simple que se adapta a todos los hechos disponibles (Andrés Ibáñez, 2009, pág. 69).

Para ello requiere que los componentes que conformen esa hipótesis sean coherentes internamente, esto es, compatibles con los datos probatorios. Añade la

necesidad de que esa premisa aborde en forma armónica todos los elementos de juicio y permita una explicación racional de las inferencias realizadas en el procedimiento. Además indica que los elementos probatorios recabados deben dar sentido a los datos disponibles, no existiendo o refutándose toda prueba contraria (Andrés Ibáñez, 2009, págs. 68-69).

Por otro lado, comparte la tesis de Ferrajoli de que las hipótesis deben ser corroboradas por más de un único elemento probatorio, siendo requisito de la convicción judicial que la hipótesis probada acoja armónicamente el mayor número de confirmaciones (Andrés Ibáñez, 2009, págs. 93-94).

5. Estándar de prueba cautelar

a) Introducción

En tanto se plantea la necesidad de fijar estándares de prueba que den cuenta del carácter gradual de la corroboración de hipótesis, es necesario entender que los niveles de exigencia en ese proceso necesariamente deben ser distintos y graduales (Ferrer Beltran, 2005, pág. 59), tendiendo a incrementar su estadio a medida que se avanza en el desarrollo de un proceso penal. Esto implica seguir una línea ascendente, en orden a evitar que las decisiones intermedias no sean más que una anticipación de la decisión final (Ferrer Beltran, Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba, 2018, pág. 18).

En materia de prisión preventiva, esa decisión judicial es la que ofrece mayor interés entre las medidas cautelares personales del sistema procesal penal. Esto se debe a dos razones fundamentales: en primer lugar, se suele sostener que la prisión preventiva es la medida cautelar personal que afecta de modo más intenso los derechos fundamentales del imputado al habilitar al Estado a encerrar a una persona en la cárcel. En segundo lugar, la prisión preventiva tiene importancia frente a la determinación del exacto sentido de la

presunción de inocencia como regla de trato. Debido a ello, el estándar de prueba que se imponga en este caso debe tener una estructura diferenciada de razonamiento probatorio que la requerida al dictar una sentencia, dado que la proyección de la presunción de inocencia en la etapa de juicio traspasa a la mera regla de trato y se convierte en una regla, precisamente, de juicio (Valenzuela, 2018, págs. 837-838).

Particularmente, a los fines de fundar una decisión cautelar en materia penal, es necesario que la justificación se adapte a las reglas de razonamiento probatorio analizadas en las secciones anteriores, considerando la particular arquitectura de este tipo de resoluciones preliminares, en los que a diferencia de la sentencia, incluyen la inferencia de hechos que se espera acaezcan en el futuro (Valenzuela, 2018, pág. 848). Y para ello resulta fundamental la exigencia de una adecuada descripción del estado intelectual que debe alcanzar el juez respecto a la prueba en el momento del dictado de la prisión provisional, mediante el método de la probabilidad lógica o inductiva, considerando la particularidad de la figura penal endilgada en cada caso concreto.

b) Porcentajes de concesión errónea de prisión preventiva

Un aspecto de relevancia en la determinación de la importancia de los estándares de prueba cautelares, tiene que ver con que normalmente la atención se focaliza en los factores de riesgo de error asociados a la condena de personas inocentes. Sin embargo, se comienza a visibilizar en la práctica de tribunales, a través de las evidencias empíricas que en un nivel de porcentaje considerable y preocupante de los casos detectados se da la situación de que personas que estuvieron sometidas a proceso, y preventivamente encarceladas en su desarrollo, obtuvieran al finalizarse una confirmación de su inocencia en virtud del dictado de una sentencia absolutoria.

En este punto, se trae a colación la evidencia recopilada en el marco de resolución del habeas corpus resuelto por la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza -en

adelante SCJM- (Habeas Corpus Correctivo y Colectivo -Penitenciario de Mendoza-, 2015), ya que se trata de información fidedigna, completamente fiable y corroborada por datos precisos; en donde se explica que de acuerdo a los informes sobre la situación carcelaria en Mendoza que elaboró la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia de la SCJM (mediante el análisis de los libros de autos interlocutorios de dos juzgados de garantías de la primera circunscripción judicial, que registran las resoluciones dictadas entre el 17 de marzo de 2014 y el 17 de octubre de 2014 en un caso y entre el 28 de febrero de 2014 y el 24 de octubre de 14, en el otro), respecto a la ratio de sentencias absolutorias en las que el imputado ha estado sometido al régimen de prisión preventiva, se concluye que estos juzgados resolvieron 216 autos de prisión preventiva, por sobre la suma de la totalidad de autos de dictado de medida cautelar de todos los juzgados (713), de modo que la muestra sobre la que se trabajó representa, aproximadamente, el 30% del total de autos resueltos en esos meses.

Se concluye en esa investigación que con respecto al destino de las causas en las que se dictaron esas prisiones preventivas, hasta el mes de agosto de 2015, el 39 % concluyeron con la libertad del imputado (76); en tanto que el 32 % todavía se encontraban en trámite (62). La actualización de estos datos al mes de noviembre de 2015 arroja conclusiones todavía más preocupantes, pues de la misma surge que ya el 47 % de esas prisiones preventivas terminaron en libertad (98); sólo el 31 % en condenas (64); el resto, el 25,36 %, todavía continuaban en proceso (45) (Habeas Corpus Correctivo y Colectivo -Penitenciario de Mendoza-, 2015).

La finalidad que se pretende al citar esta particular decisión judicial, es visibilizar cómo ya en el año 2015, la Suprema Corte local detectaba un panorama extremadamente preocupante, en el que del 100 % de los procesos en los que se ordenan prisiones preventivas, el 60 % no termina efectivamente en condenas. Por tanto, la mayor parte de esas prisiones preventivas resultaban innecesarias. Frente a esta alarmante problemática, este trabajo pretende analizar como solución el aporte de herramientas decisionales en materia cautelar, mediante las cuales no se limite el dictado de medidas que no se corresponden con una adecuada verificación empírica de las hipótesis planteadas.

c) Mecanismos legales de reparación a las personas sometidas a prisión preventiva y luego absueltas en juicio – Efectividad - Responsabilidad del Estado-Juez

Tomado el error judicial como aquellas equivocaciones o apartamientos de la realidad que derivan en el tratamiento de una persona inocente como culpable, en este punto se analizará esta falencia en perjuicio de aquellas personas sometidas injustamente al régimen preventivo cautelar, a los fines de exponer cómo el vacío legal en estándares cautelares deriva en una mayor probabilidad de equivocación al resolver, que afecta derechos fundamentales de los seres humanos, y provoca por parte del Estado la obligación de resarcir esa injusticia.

La responsabilidad del Estado-Juez consiste en un régimen especial de rango constitucional, mediante el cual se sanciona patrimonialmente al Estado, en su calidad de persona jurídica de Derecho Público, por los errores judiciales cometidos por los magistrados decisores en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales penales, que ocasionan un agravio a una persona que ha sufrido injustamente el sometimiento a proceso o condena (en cualquier instancia de un procedimiento) a consecuencia de una resolución judicial que el tribunal superior haya declarado injustificadamente errónea o arbitraria (Villagra Castillo, 2018, pág. 250).

Comparto la opinión de que la finalidad de este instituto debe ser la de reforzar el principio general de responsabilidad del Estado satisfaciendo criterios de justicia material (Villagra Castillo, 2018, pág. 250), a través del reconocimiento al derecho a reclamar del Estado la indemnización de los perjuicios patrimoniales y morales por sometimiento a juicio indebido.

Coherente con la postura que se viene sosteniendo, en relación a la declaración de responsabilidad del Estado, se comparte en esta tesis la opinión minoritaria de la Sala I de la SCJM en fallos “Anagua”, L.S. 484-123, voto del Dr. Alejandro Pérez Hualde y, además, los precedentes “Rojo”, L.S. 389-030, “Murua Riveros”, L.S. 439-231, entre otros, citada por el habeas corpus de mención, en cuanto a que “...«*siempre*» existe la

obligación del Estado de reparar el daño a la persona que, habiendo sido privada de su libertad de manera preventiva, luego no resulta declarada culpable. Se llega a esta conclusión sobre la base de dos líneas argumentales. Por un lado, se fundamenta el derecho a la reparación en el respeto por los derechos fundamentales -arts. 5 y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos integridad personal y propiedad privada respectivamente- y, por otro lado, en la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad lícita y no en la constatación de un funcionamiento irregular del servicio de justicia, por error judicial en el dictado del auto de prisión preventiva, o por constatarse una dilación indebida en el proceso...” (Habeas Corpus Correctivo y Colectivo -Penitenciario de Mendoza-, 2015).

d) Oralidad en audiencias preliminares. Requisitos de fundamentación.

Compartiendo la postura de la conveniencia en la implementación de la audiencia oral como mecanismo para la toma de decisiones en las instancias previas al debate, es procedente efectuar algunas consideraciones para su mejor desarrollo. Es que, en este ámbito decisional, se tiende a minimizar la importancia de la motivación de las inferencias realizadas como bases de la resolución dictada.

Así, la utilidad de esas audiencias preliminares decae en tanto se disminuyen los niveles de exigibilidad de producción de la información relevante para la toma de decisiones de calidad. En algunas ocasiones, estas audiencias se convierten en verdaderos juicios donde se decide directamente la responsabilidad penal del imputado; en otras, son teatralizaciones que sirven para legitimar una decisión ya asumida por el juzgador sobre la base de un expediente escrito que le ha sido entregado en forma previa a la audiencia.

Cualquiera de estas situaciones, provoca la necesidad de replantear las características de las audiencias que hoy en día se desarrollan en nuestros sistemas y cuál es la verdadera actuación de las partes en las mismas. En caso de no efectuar ese

tratamiento, se autorizará a que la cultura del expediente perviva en la toma de decisiones. Por este motivo, resulta fundamental fomentar acuerdos sobre el contenido concreto que debe tener una audiencia de medida cautelar, impulsar capacitaciones si no homogéneas, por lo menos sobre la base de determinados parámetros, que permitan transitar una misma senda hacia aquella finalidad de la audiencia (Riego & Duce, 2008, pág. 469).

Con este fin, se procede en el próximo punto al abordaje de algunas ideas para la determinación concreta de las reglas para el dictado de medidas cautelares, las cuales deben ser permeables a su aplicación en el ámbito de la audiencia oral.

e) Propuesta de estándares cautelares racionales

La intención como se expusiera en apartados anteriores es, mediante el estudio doctrinal, conocer una de las propuestas de los autores que ofrecen algunas ideas y lineamientos generales en torno a la eventual construcción de un estándar de prueba objetivo que permita una adecuada verificación. Lo cual implica fijar criterios de corrección o niveles de corroboración (Villagra Castillo, 2018, pág. 367) que una vez satisfechos autorizaran a concluir en la justificación suficiente de una hipótesis fáctica mediante un esquema de probabilidad inductiva, y que permita resolver una medida cautelar como la prisión preventiva.

Específicamente se procede a delinear los tres requisitos que debe corroborar el Juez, y deben ser armoniosamente combinados (Habeas Corpus Correctivo y Colectivo - Penitenciario de Mendoza-, 2015, pág. 50), para hacer lugar a la solicitud impetrada por el fiscal de instrucción a los fines de dictar la prisión preventiva, estos son:

1. Elementos de convicción suficientes para tener por acreditado el acaecimiento del hecho y la participación punible del imputado.

2. Imposibilidad de acceder a una condena de ejecución condicional / Posible declaración de reincidencia.

3. Acreditación del riesgo procesal.

Primeramente, se expondrá un estándar probatorio en materia cautelar dirigido específicamente al tercero de los requisitos, esto es a la acreditación concreta del riesgo procesal, que fuera explicado por la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza al resolver en el marco del Habeas Corpus Correctivo y Colectivo -Penitenciaria de Mendoza-, en diciembre del año 2015.

Como aporte a la teoría de los estándares, en ese fallo se clasifican distintos grupos de casos, los cuales se adecuan a la premisa de que es necesario compensar el tránsito de la alta probabilidad a la mera probabilidad afirmativa con mayores exigencias respecto a la gravedad del hecho y a los indicios que se requieren para acreditar el peligro procesal en el caso concreto (Habeas Corpus Correctivo y Colectivo -Penitenciario de Mendoza-, 2015, pág. 50). Su utilidad reviste en que, dadas las siguientes circunstancias, el dictado de la prisión preventiva estará racionalmente justificado:

- Supuesto A: Hecho de suma gravedad - Alta probabilidad en virtud de elementos de prueba recabados – Indicios de escaso peso inductivo de peligro de fuga o entorpecimiento probatorio.
- Supuesto B: Hecho de gravedad intermedia - Muy alta probabilidad de responsabilidad penal - Indicios de mayor peso inductivo que acrediten el riesgo de frustración de los fines del proceso.
- Supuesto C: Hecho de escasa gravedad - Alta probabilidad de su culpabilidad penal – Indicios de peligro procesal concreto muy contundentes/vehementes para demostrar que el imputado no se someterá a la investigación o la obstaculizará.

- Supuesto D: Mero juicio de probabilidad afirmativa respecto de su autoría o participación en el hecho - Indicios de mayor peso inductivo para poder afirmar el peligro procesal en el caso concreto.
- Supuesto E: Sólo probabilidad de autoría de un hecho de gravedad intermedia - Indicios muy contundentes de peligro procesal concreto,
- Supuesto F: Hechos de escasa gravedad - Mera probabilidad del que el imputado es autor del hecho - Pronóstico de probabilidad rayana a la certeza de que el imputado eludirá la investigación o la pondrá en peligro.

Por último, resulta de utilidad el esquema descrito por Jonathan Valenzuela, quien desarrolla un estándar de prueba cautelar que exige el cumplimiento en forma conjunta de los siguientes requisitos:

1. La hipótesis de hecho debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente;
2. Las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas;
3. Deben formularse predicciones prospectivas basadas en las evidencias que permitan que se acepte como la hipótesis de mayor peso aquella compatible con la ocurrencia de un hecho en el futuro. (Valenzuela, 2018, pág. 855).

6. Reconstrucción racional del juicio de hecho y sistema de juicio por jurados

A partir de lo dicho hasta el momento, se puede esbozar un análisis desde un enfoque epistemológico de carácter jurídico del razonamiento probatorio en el juicio por jurados para desentrañar la corrección de su sistema valorativo. Empero, no puede ser discutida en esta sede las diversas facetas y su literatura en relación a este tipo de sistema de justicia penal. Como marco teórico inicial, se valoran sus múltiples beneficios para la

sociedad al hacer posible la participación directa del pueblo en la administración de justicia (Taruffo, 2010, pág. 210), la representación de los ciudadanos del pueblo como base de una justicia democrática, la defensa del concepto de soberanía popular, y el resguardo de la forma republicana de gobierno; lo cual lo convierte en una herramienta democratizadora, formadora y canalizadora del interés público.

Empero, únicamente se someterá a prueba este tipo de esquema valorativo a los fines de conocer si se trata de un sistema objetivo que acompañe las exigencias de racionalidad de un Estado de Derecho, y en caso de que la respuesta sea negativa esbozar posibles esquemas que podrían propender a su mejoramiento y adaptación a las necesidades de seguridad jurídica; y con ello reducir o aminorar la probabilidad de un juicio erróneo o falso. La pregunta entonces consiste en sí a través del jurado se desarrolla válidamente la respectiva función epistémica dirigida a la determinación de la verdad de los hechos (Taruffo, 2010, pág. 208).

a) Marco legal

En la República Argentina, el mandato del juicio por jurados se remonta claramente a la Constitución Nacional de 1853. En las bases de las normas que usualmente comparten los ordenamientos jurídicos que han decidido incorporar al juicio por jurados a sus procedimientos penales, surgen como reglas para el debate, que las pruebas obtenidas durante el proceso, serán valoradas por el jurado conforme su íntima convicción (o decisión en conciencia, sin motivación) (art. 24 Ley de Juicio por Jurado N° 9106 Mza. – art. 210 de la Ley N° 14543 Juicio por Jurado de la Provincia de Buenos Aires -por citar sólo algunos ejemplos-). Concretamente, esta última normativa indica: *“Artículo 210.- Valoración. Para la valoración de la prueba solo se exige la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción. Esta regla rige para cualquier etapa o grado de los procedimientos, salvo el caso del juicio por jurados en el que rige la íntima convicción”*. Sumado a ello, la pauta general en el sistema anglosajón como en el continental es la

exigencia de que la condena de una persona solamente se resuelva en casos en que el jurado logre un estado mental de “certeza moral” o “certeza que va más allá de la duda razonable” de que el acusado cometió el delito (Laudan, 2005, pág. 98).

Conocida es la particular característica de que el jurado no está obligado a motivar su veredicto como garantía para sus miembros, y que esta ausencia de fundamentación se tiene por satisfecha, según parte de la doctrina, con las instrucciones que el juez dirige a los jurados bajo la forma de interrogantes a responder por éstos en relación con los hechos ventilados en el juicio. Ya que no se exige la motivación de sus decisiones, entonces tampoco se les pide formular valoraciones e inferencias controladas racionalmente con el fin de determinar la verdad de los hechos (Taruffo, 2010, pág. 212).

Siguiendo un breve recorrido histórico, los jurados dejaron de ser solamente testigos de los hechos, para transformarse en los encargados de valorar los elementos probatorios introducidos, y elaborar sus conclusiones en base a ellos con respecto a los hechos del caso, es decir, se transformaron en una institución de garantía de las libertades democráticas (Taruffo, 2010, pág. 209).

Cabe hacer una somera mención a las diversas modalidades de decisión que han implementado los sistemas legales que optaron por el juicio por jurado (Taruffo, 2010, pág. 214), tales como solicitar un *general verdict* en que el jurado decide conjuntamente sobre aspectos de hecho y de derecho, un *special verdict* en donde el jurado decide solamente sobre los hechos obviando la aplicación de normas, un *verdict with interrogatories* donde se exige al jurado responder sobre cuestiones específicas sobre hechos singulares; y un *direct verdict* caso particular en que el juez predetermina la decisión del jurado cuando no existan pruebas o las pruebas sean tan claras que no admitan otra decisión divergente.

b) Aspecto crítico

Para comenzar debemos señalar que la íntima convicción como exigencia de condena implica *a priori* un tipo de requerimiento de carácter subjetivo, ya que como se tratara en el capítulo I, en este contexto no puede afirmarse que exista un estándar probatorio propiamente dicho, por no ser tratado en términos de los tipos de conexiones lógicas que deben existir entre la evidencia disponible y las hipótesis en cuestión, y mucho menos uno de bases sólidas o de tipo genuino. Lo concreto es que al decidir, los jurados siguen una aproximación holista conformada por narraciones globales (Taruffo, 2010, pág. 215), en cuyo interior se desarrollan las circunstancias de hecho, los valores que adquieren por pertenecer a determinados ambientes sociales, culturales y políticos y que los llevan a considerar normal y verosímil algunas circunstancias; con el que arriban al veredicto y completan las lagunas o espacios no probados en el proceso penal.

Es que el sistema de valoración constituido por la íntima convicción, al no procurar determinar la verdad de un enunciado, es incompatible con una concepción epistémica del proceso, en tanto se legitiman decisiones de los jueces de los hechos fundadas pura y exclusivamente en motivos subjetivos y por tanto arbitrarias (Taruffo, 2010, pág. 185), en tanto no se establezcan preciso estándares para contrarrestar esta situación.

Afirma Laudan que, en cierto modo, *“el sistema lo único que les dice a los juzgadores de los hechos es lo siguiente: al final del juicio, piense detenidamente acerca de la evidencia; observe cuál es el nivel de confianza que ha alcanzado acerca de la culpabilidad del acusado; y, si usted está realmente seguro de que él cometió el crimen, entonces debe condenarlo; si, por el contrario, usted está algo menos que profundamente persuadido, absuélvalo”* (Laudan, 2005, pág. 104), lo concreto es que esta ausencia de reglas promueve por parte del Derecho Penal un método perjudicial al nivel de confianza que el jurado tiene respecto de la culpabilidad del acusado.

Los procesos penales se definen por ser acontecimientos humanos sumamente complejos y, en particular, al tratar la deliberación del jurado, surgen procesos de

pensamiento poco claros y oscuros, lo que los convierte en decisiones enigmáticas. Si los jurados decidieran su veredicto lanzando una moneda al aire, la realidad es que nadie lo sabría y la consecuencia sería una sentencia igualmente válida, pero alejada de la realidad (Taruffo, 2010, pág. 212). La respuesta ante dicho panorama resulta ser insuficiente e ineficaz para orientar al jurado en la búsqueda racional de verdad, ya que se otorga rienda suelta al jurado para hacer de la evidencia lo que se quiera y lo único que al final se reclama es que, si se vota por la condena, entonces se esté persuadido genuinamente de que el acusado cometió el crimen (Laudan, 2005, pág. 106). Se asume en relación a la prueba una concepción persuasiva, mientras que en cuanto a la motivación se adapta a las bases de una concepción psicologista (Ferrer Beltran, 2020, pág. 379).

Muchos responden a estas críticas a través de la herramienta del conocido manual de instrucciones al jurado. En primera instancia, aunque debiera, no existe un manual como tal. Repitiendo los criterios expuestos en este trabajo, todo aquello que no surja propiamente de la normativa procesal, y que únicamente sea cognoscible a través del recurso a la doctrina, no puede ser considerado propiamente un manual. Sino una compilación de informaciones, algunas de ellas de mucha utilidad, a las cuales pueden recurrir -o no- los jueces técnicos al explicar el formato del sistema de juicio por jurados a los ciudadanos sorteados. Comparto la opinión del maestro Taruffo en cuanto a que las instrucciones tienen la finalidad de guiar al jurado hacia la utilización de criterios correctos de valoración de la prueba, para lograr veredictos verdaderos; pero en realidad se trata de indicaciones de criterios valorativos que resultan inevitablemente genéricas, que hacen imposible el control de si el jurado procedió o no a su implementación (Taruffo, 2010, pág. 213).

Es sabido que el veredicto nunca es motivado, los jurados no se sienten inducidos a valorar con racionalidad los elementos probatorios según las instrucciones, por tal motivo, solo lo induce su propia conciencia individual, la que no requiere justificación *ex post* a la decisión (Taruffo, 2010, pág. 213). La eximición del deber de motivación al jurado, es incompatible con las exigencias del derecho a la prueba. En tanto esta garantía

se conforma con el derecho a una resolución probatoria motivada, sólo a través de dicho acto podrá controlarse su validez.

En conclusión, sin la aplicación de concretos estándares de prueba, es sustancialmente imposible que el jurado desarrolle verdaderamente una función epistémica dirigida a la determinación de la verdad de los hechos (Taruffo, 2010, pág. 217). Sumado a ello, se considera que los ordenamientos que adopten este tipo de sistemas, deben proceder a enumerar una guía de instrucciones, que, si bien serán genéricas, acercarán la posibilidad de racionalizar las decisiones de los jurados. En esas indicaciones, debe primar la enseñanza de las reglas lógicas fundamentales, la necesidad de las inferencias para la elección de la hipótesis que se considere corroborada, las particularidades de los delitos que se sometan al juicio, debiendo añadirse la mayor cantidad de información precisa para guiar hacia un juicio racional la decisión de los ciudadanos convocados.

c) **Análisis de propuesta de estándares racionales**

Ante la pregunta *¿no hay posibilidad de exigir de los jurados una decisión motivada, esto es, una justificación analítica de su veredicto?* (Ferrer Beltran, 2020, pág. 379), y para superar posiciones críticas e intentar al menos esbozar posibles soluciones a la problemática actual de los sistemas jurídicos analizados, se somete a examen tres tipos diferentes de estándares propuestos por Laudan, quien luego de un riguroso estudio de la temática señala al jurado lo que debe buscar en las pruebas para justificar la condena de un acusado (Laudan, Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, 2005, pág. 107), es decir instan a probar rigurosamente la hipótesis de la culpabilidad. Su intención es probar que la hipótesis de la inocencia simplemente no puede ser encajada con la evidencia presentada en el juicio (Laudan, 2005, pág. 111):

1. Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba

exculporia o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo.

2. Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénalo. De otro modo, absuélvalo
3. Resuelva si los hechos establecidos por la acusación refutan cualquier hipótesis aun ligeramente razonable que usted puede pensar respecto de la inocencia del acusado. Si ellos lo hacen, usted debe condenarlo. De otro modo, usted debe absolver. (Laudan, 2005, págs. 107, 108).

Como ejemplo de avanzados regímenes legales, se resalta el caso de España, en cuya regulación del juicio por jurado se ha impuesto el deber de motivar el veredicto brindando las explicaciones por las cuales se tomó la decisión de declarar probado, o no probado en su caso, determinados hechos (art. 61.1 de la Ley 5/1995 - Orgánica del Tribunal del Jurado), imponiendo la exigencia de que en el acta final se adicione un cuarto apartado que rezará '*Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: ...*' (Ferrer Beltran, 2020, pág. 379).

C. Seguridad jurídica: Análisis del indicador de efectividad en los procesos judiciales. Certeza del derecho – Certeza como previsibilidad.

1. Introducción

En esta sección, se procura exponer la vinculación entre la determinación de reglas claras de razonamiento probatorio, con las bases de un Estado de Derecho como requisito para garantizar un nivel adecuado de seguridad jurídica bajo el imperio de la ley. A estos efectos, se mostró primeramente la problemática en los sistemas legales analizados, y luego la conveniencia de reforma, para detectar y pronunciarnos sobre la medida o el

grado de certeza jurídica que permita previsibilidad en relación a los ordenamientos bajo examen, con el objeto de convertirse en procesos intersubjetivamente válidos y controlables (Gometz, 2012, pág. 181).

Vista en el capítulo I la ambigüedad en el sistema de valoración probatorio vigente, se advirtió cómo una previsión muy genérica carece de un valor informativo suficiente comparada con una previsión global relativamente específica -precisa- que permita prever una amplia gama de situaciones a las que se les atribuirán determinadas consecuencias jurídicas. Así, los enunciados normativos de oscura formulación, muy vagos y potencialmente ambiguos contribuyen a la discrecionalidad de los órganos decisores (Gometz, 2012, pág. 246). Mientras que en un contexto ideal de previsiones precisas, las elecciones de los jueces serán mayormente predeterminadas, previsibles y por ello no arbitrarias o discrecionales (Gometz, 2012, pág. 212).

A esta conclusión permiten arribar los investigadores en esta temática, quienes se enfocan en detectar los grados de certeza de un ordenamiento jurídico considerando cualquier previsión sobre las consecuencias jurídicas de actos o hechos, de todas las maneras y con cualquier medio con la que haya sido elaborada (Gometz, 2012, pág. 234).

2. Concepto de certeza jurídica

Con el propósito de llevar a cabo esta investigación, es necesario conocer los parámetros de la seguridad y certeza como previsibilidad, en particular para el caso de las sentencias penales.

Si bien incompleta para Gometz, se puede empezar a delinear una definición de la certeza jurídica como *“la posibilidad difundida de prever las consecuencias jurídicas de actos y hechos...o mejor, a su verificación y a su calificación”* (Gometz, 2012, pág. 180 y 197). Desarrollada esta concepción de partida, se afirma que *“la certeza de las normas que regulan el funcionamiento de los órganos jurídicos tiene una importancia*

*determinante para los fines de las normas primarias” (Gometz, 2012, pág. 187). Puede ser calificada la certeza como un instrumento que permite a la ciudadanía la posibilidad de planificar su propia conducta, sabiendo *a priori* qué tipo de consecuencias la misma puede producir, como así también en su faz negativa, poder prever con éxito que de ciertas acciones no se verificará consecuencia jurídica alguna (Gometz, 2012, pág. 199 y 203). “En este sentido la certeza-previsibilidad -y también la posibilidad de planificar la propia conducta que representa su principal corolario- pueden ser entendidas incluso como condiciones necesarias de autonomía individual” (Gometz, 2012, pág. 200).*

Con referencia a quién se habla cuando a certeza se refiere la doctrina, es otro punto a dilucidar. Pues bien, una postura indica que lo que se procura prever son las consecuencias jurídicas del comportamiento de los órganos judiciales que tienen a su cargo la verificación y posterior calificación de los hechos traídos a su conocimiento (Gometz, 2012, pág. 205), como condición a los fines de decidir sobre la aplicación de posibles sanciones.

El objeto de la certeza jurídica se concentra entonces en la posibilidad de prever por predeterminación los métodos jurídicos a los cuales se someterá un comportamiento humano (Gometz, 2012, pág. 205), para su verificación y calificación por los sujetos con autoridad conferida para ello. Implica la posibilidad de conocer las posibles reconstrucciones que puedan efectuar los decisores sobre los acontecimientos ocurridos en el mundo exterior, con los elementos probatorios disponibles y las normas regulatorias del proceso de desarrollo de la valoración que se encuentren.

3. Función de la certeza jurídica

Caracterizada la certeza, corresponde proceder a exponer los principales puntos en cuanto a su funcionabilidad. La importancia de la previsión de las decisiones jurídicas se orienta no hacia una única decisión/consecuencia jurídica, ya que no resulta factible poder establecerse un sistema probatorio que prevea con fiabilidad un único camino, sino una

serie o gama de decisiones/consecuencias que dependerán en última instancia del decisor con los elementos legales y fácticos disponibles para el caso concreto, a las cuales se orientan los esfuerzos en la fijación de reglas

Situados en este punto, se entiende que el incremento de la capacidad predictiva de los individuos importa un aumento de la capacidad planificadora jurídicamente informada de sus elecciones prácticas, tanto de aquellas que se efectivizarán en un breve periodo de tiempo como a largo plazo (Gometz, 2012, pág. 214). Es decir, un nivel elevado de previsibilidad permite a las personas hacer planes a largo plazo sabiendo cuáles serán las valoraciones que el derecho atribuirá a sus conductas futuras. Mientras que en cuanto a la efectividad de las normas jurídicas individuales de un ordenamiento en concreto, mayor será su influencia si el derecho es considerado bajo la certeza (Gometz, 2012, pág. 236).

4. Seguridad Jurídica

En el marco de una idea más general de seguridad humana, la seguridad jurídica según Naciones Unidas requiere la promoción de instituciones sólidas y estables. Se trata de un concepto polisémico y ha sido equiparado a valores tales como la certeza, confianza, firmeza, defensa, protección, paz, etc (Malem Seña, 2017, pág. 61). Considerada como un producto del sistema normativo, se compone del contexto en el cual se toman decisiones, el que debe estar dotado de valores que permitan asegurar un marco legal confiable, estable y predecible. Para ello es necesario que los ordenamientos se rijan por la “lógica de las reglas” suprimiendo todo dejo de discrecionalidad. Elementos tales como el reconocimiento de la persona y la soberanía del pueblo, supremacía constitucional, división de poderes, independencia del poder judicial y sometimiento a la ley, control del poder, etc., son sólo algunos ejemplos de los valores que los sistemas normativos deben asegurar.

Definida entonces la seguridad jurídica como un estado de cosas que se presenta cuando los poderes de un Estado cumplen con la exigencia de llevar a cabo sus funciones

de manera tal de proveer a las personas físicas y jurídicas de la confiabilidad y calculabilidad jurídicas para permitir el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, resultando imprescindible que el contenido de una norma resulte claro, sin ambigüedades y se encuentre disponible para quien lo quiera consultar. De esta manera el derecho puede ser un instrumento de orientación, protección y tranquilidad de las personas (Fernandez Blanco & Ferrer Beltran, 2015, págs. 245-246).

El estándar de calidad del derecho forma parte de las condiciones que implican garantizar seguridad jurídica en un ordenamiento legal. Para ello se analizan los cuerpos legales, en este caso el del procesal penal, desde una perspectiva objetiva-estructural, para concluir en la necesidad de que las disposiciones jurídicas sean formuladas en términos claros, sencillos y distintos, y se aparten de ambigüedades o vaguedades, falsas presuposiciones lógicas y empíricas (Malem Seña, 2017, pág. 64).

Entiende la doctrina que, para garantizar un nivel adecuado de seguridad jurídica, el derecho debe satisfacer tres pilares recíprocos detallados como cognoscible, confiable y calculable (Fernandez Blanco & Ferrer Beltran, 2015, pág. 246), para poder cumplir su función como instrumento de orientación, protección y tranquilidad de las personas. Cognoscible para que los ciudadanos puedan identificar las disposiciones legales aplicables, y comprender estructuras argumentativas capaces de dar cuenta de las normas generales e individuales, materiales y procedimentales, mínimamente efectivas. Confiable en tanto el derecho respete los actos pasados de las personas, asegurando estabilidad temporal razonable. Y calculable a los fines de que los individuos puedan conocer cómo y cuándo pueden producirse los cambios.

En particular, la problemática planteada en relación a las normas procesales abstractas que rigen los ordenamientos analizados, afectan primeramente la cognoscibilidad material, en tanto no son normas autosuficientes, y deben remitirse para su efectiva aplicación a otras normas. De ese modo los sujetos destinatarios no pueden comprender el contenido de las normas (Fernandez Blanco & Ferrer Beltran, 2015, pág. 264). En segundo término, se daña el factor de seguridad jurídica de obligatoriedad de

motivar las resoluciones judiciales, ya que con esa normativa en materia probatoria el producto final es una sentencia insuficientemente motivada, y por tanto no se permite un adecuado control intersubjetivo. No interesa la mera existencia de la obligación de motivar sino la capacidad concreta de afectar la calidad de las resoluciones dictadas.

Mediante este aspecto central de un Estado de Derecho donde rige el imperio de la ley, se realizan las exigencias para realizar o ejercer la autonomía de las personas, que implica la posibilidad de elegir un plan de vida acorde a sus intereses.

5. Factor estándares de prueba en la seguridad jurídica

Luego de adentrarnos en el fondo del asunto, se concluye en el presente trabajo de investigación la necesidad de plantear estándares objetivos y exigentes (Laudan, Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar, 2005), objetivos para que no dependan de los caprichos del juez sobre si tiene una convicción firme en relación a la culpabilidad de un acusado, y exigentes a los fines de evitar condenar a una persona salvo que exista prueba sólida y robusta.

Un modelo cognoscitivista implica la exigencia de suministrar reglas científicas de valoración de la prueba, lo cual significa proporcionar criterios racionales de determinación en cuanto a la verdad de los hechos (Gascón Abellán, 2010, pág. 144). Estas normas jurídicas de carácter probatorio deben ser formuladas con la máxima claridad posible, a los fines de disminuir la pluralidad de significados y así lograr un máximo grado de certeza en el derecho (Gometz, 2012, pág. 246). Mediante la determinación precisa de las normas de verificación y decisión del caso para el decisor, se reduce significativamente la cantidad de posibles soluciones que el sistema legal pueda brindar.

La modificación de previsiones jurídicas globales y de aquellas que resulten tendencialmente inútiles en la práctica, permitirán que ese ordenamiento jurídico

satisfaga el factor de la claridad, precisión e inteligibilidad de la reglamentación jurídica (Gometz, 2012, pág. 246) como elementos de motor de la certeza.

El objetivo de este factor se encuentra en que fijando esquemas epistemológicos de identificación de la desviación penal, se permite el aseguramiento de un máximo grado de racionalidad y fiabilidad del proceso penal, limitando así el indeseado arbitrio estatal (Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, 1995, pág. 34).

6. Factor verdad como objetivo en la seguridad jurídica

En el esquema epistemológico garantista que plantea Ferrajoli la verdad objetiva tiene un rol central, ya que se considera al juicio penal como una actividad cognoscitiva de hechos y reconocitiva de derechos, que deben someterse a verificación empírica (Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, 1995, pág. 38); pero siempre referidos, como en cualquier otra forma de conocimiento, a la búsqueda de la verdad objetiva (Ferrajoli, 1995, pág. 69). De eso está compuesto un moderno Estado de Derecho, es decir del nexo entre legitimidad y verdad, con fundamento político en la división de poderes, independencia del poder judicial y de su sujeción solamente a la ley.

En la base de un Estado Constitucional de Derecho encontramos que para ejercer el poder de aplicar una sanción penal, debe cumplirse con el presupuesto de conocimiento previo, es decir confirmación de la verdad de la hipótesis acusatoria, convergiendo así la sanción penal con el saber (Guzmán, 2011, pág. 9). Este requisito previo de adquisición de verdad incide directamente en las libertades fundamentales de las personas sometidas a proceso (Ferrajoli, Prologo, 2011, págs. I-II), y permite como corolario ejercer una fuerte limitación al arbitrio judicial.

La confirmación de verdad implica el derecho de cada ciudadano de demostrar a través de los medios de prueba reconocidos, la verdad de los hechos que alega en la hipótesis planteada a su favor, en cuanto a su ocurrencia o no ocurrencia, en tanto se trata

de hechos a los que el derecho le atribuye determinada consecuencia jurídica (Ferrer, 2007, pág. 54).

7. Factor distribución de errores en la seguridad jurídica

La elección de la distribución de errores mediante estándares de prueba determina la adopción de un contexto estructural correspondiente a un Estado constitucional de derecho, para un modelo procesal penal. En él para asegurar el respeto estricto a las garantías básicas, se tiene a las condenaciones como legítimas únicamente cuando logren demostrar motivadamente su calidad en materia probatoria.

8. Factor motivación en la seguridad jurídica

Finalmente, en cuanto al factor de obligatoriedad de motivar las resoluciones judiciales, se procede a su medición mediante el análisis normativo de las leyes de fondo y procesales, las normativas internas relativas a la motivación, y la efectividad de esas normas en la calidad de las motivaciones judiciales como requisitos de seguridad jurídica.

En particular, la motivación es útil como herramienta que permite combatir la arbitrariedad del poder, limitando el accionar estatal mediante una exigencia que pretende transmitir transparencia y a través de la cual se garantiza la efectividad de los instrumentos de control. Por ser la sentencia un acto público, colectivo, que representa el ejercicio de un poder público debe ser controlable interna como externamente (Gascón Abellán, 2010, pág. 171). Es esta dimensión político-jurídico garantista de la motivación la que garantiza el refuerzo de los valores de un Estado democrático bajo un modelo constitucionalista.

Se trata de una narración del juez (Taruffo, 2010, pág. 268) que debe estar compuesta de varios niveles en donde tiene desarrollo una red ordenada de inferencias

probatorias, cuya conclusión consiste en la justificación de los motivos por los cuales se considera como verdadero determinado enunciado empírico, según criterios objetivos y racionalmente controlables. Cada uno de los enunciados tenidos por verdaderos, en forma independiente, debe estar confirmado por inferencias probatorias (Taruffo, La prueba, 2008). Asimismo, se debe justificar la valoración de cada prueba, y si se han formulado juicios de valor, se debe brindar su objetiva explicación. En el discurso justificativo toda la información presentada debe serlo en forma completa, congruente y coherente (Taruffo, 2010, págs. 266-274).

Citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Beltrán indica: *«La Corte ha señalado que “el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso» [sentencia Apitz Barbera y otros vs Venezuela –párr. 78- y sentencia Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú –párr. 168]. «La Corte ha precisado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” [sentencia Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador –párr. 107-] y conlleva una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. La relevancia de esta garantía se encuentra ligada a la correcta administración de justicia y a evitar que se emitan decisiones arbitrarias. Asimismo, la motivación otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demuestra a las partes que éstas han sido oídas» (párr. 254). «Ello, se encuentra ligado con otro de los aspectos que realzan el valor de la motivación como garantía, que es proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. De este modo, la Corte ya ha señalado que “la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa”» [caso Zegarra Marín vs. Perú, párrs 147 y 155]” (párr. 255)».* (Ferrer Beltrán, 2020, pág. 366).

Comparto que la motivación debería estar compuesta por cuatro partes, que operan como tres premisas y una conclusión: “1) el análisis de cada una de las pruebas y la justificación de la fiabilidad otorgada a cada una de ellas (valoración individual de la

prueba); 2) la valoración de conjunto de las pruebas a los efectos de determinar y justificar el grado de corroboración que estas otorguen a cada una de las hipótesis fácticas en conflicto en el proceso; 3) la identificación del estándar de prueba aplicable a ese tipo de proceso y a la concreta decisión procesal que se esté adoptando (una medida cautelar, la apertura de juicio, la sentencia, etc.); y 4) la conclusión acerca de si, a la luz de las pruebas disponibles y el estándar de prueba aplicable, alguna de las hipótesis fácticas debe ser declarada como probada. Por supuesto, no solo hay que justificar la declaración de una hipótesis como probada sino también la conclusión de que una hipótesis no alcanza el grado de corroboración suficiente para declararla probada en atención al estándar de prueba que sea aplicable al caso” (Ferrer Beltran, 2020, pág. 378).

9. Factor impugnación de la lógica del razonamiento judicial y de la motivación – Posibilidad efectiva de revisión.

En el marco de una concepción racionalista de la prueba, y a los fines de garantizar la protección de la garantía de la doble instancia y del derecho a la prueba, a una decisión judicial justificada y a la presunción de inocencia (Ferrer Beltrán, El control de la valoración de la prueba en segunda instancia - Inmediación e inferencias probatorias, 2017); el diseño de recursos que permitan una revisión o control de la decisión sobre hechos probados (Ferrer, 2007, pág. 66), deviene necesario para asegurar un mínimo de seguridad jurídica.

Históricamente se ha limitado en forma sistemática la posibilidad del recurso sobre la cuestión fáctica, la valoración de la prueba, los llamados hechos. A través del abuso en el ejercicio de principios como la inmediación, los tribunales de segunda instancia y casación reducían la posibilidad de discusión en sede de recursos únicamente a la cuestión jurídica, descartando el control de la valoración fáctica.

Acompañando las tesis procesales que se defienden en este trabajo, la única postura puede y debe ser aquella mediante la cual la crítica del juez *ad quem* no tenga límites, salvo aquellos relativos a la irrepetibilidad de las pruebas (Nieva Fenoll, 2010, pág. 350). Implica la posibilidad de valorar en un momento sucesivo, la conformidad de las elecciones particulares a un criterio general pre constituido (Gometz, 2012, pág. 221). Se trata entonces de la factibilidad y conveniencia del control de las inferencias probatorias en instancias superiores (Ferrer Beltrán, Los hechos en la casación penal, 2018, págs. 157-158). Para asumir esas características, debe descartarse a la intermediación como límite para la revisión ya que su alcance debe fijarse en la estricta participación en la práctica de la prueba y no extenderse a las inferencias probatorias que se puedan extraer a partir de la información aportada en las pruebas. Es decir, el órgano revisor puede y debe examinar los criterios que influyeron en la valoración a la luz del material recabado, esto es el razonamiento probatorio desarrollado.

Por ello, no existen impedimentos válidos para que se revea la corrección sobre los hechos en una doble instancia. Sobre todo teniendo en cuenta que si se detecta una máxima infringida al revisarse la valoración de la prueba, y luego su relevancia para el juicio final, entonces el órgano de control deberá revocar la correspondiente resolución (Nieva Fenoll, 2010, pág. 349). Entonces, la impugnación en el caso de la apelación versará sobre dos puntos, la lógica del razonamiento judicial y la motivación.

En relación al primer supuesto, siempre que los esquemas o estándares de prueba propuestos mantengan un nivel elevado de exigencia, podrá considerarse al razonamiento judicial como permeable a la crítica racional y por tanto susceptible de ser sometido a un adecuado control de corrección (Ferrer, 2007, pág. 114). Esto expone la exigencia para el juez de ajustarse a criterios lógicos en su valoración, omitiendo que la misma consista en una intuición inexplicable que no permita la crítica en instancias superiores (Nieva Fenoll, 2010, pág. 350). Para revocar esa decisión lógica, las partes recurrentes deberán demostrar que la valoración de la prueba práctica no respetó ciertos criterios objetivos y que las conclusiones no están basadas en la prueba sino en fundamentos subjetivos que no encuadran en el esquema probatorio legal.

Se exige que el decisor justifique la valoración de la fiabilidad que le da a cada prueba, el grado de corroboración que le da esa prueba, y la corroboración suficiente, la motivación de esa inferencia. En caso de que haya aportado esas razones, la sentencia es susceptible de ser revocada, en cambio si efectivamente las explico, pero fueron utilizadas de manera indebida, también será pasible de ser revocado (Nieva Fenoll, 2010, pág. 347). Únicamente a partir de esas interpelaciones, será posible llevar a cabo un debido control por terceros de la decisión judicial, previéndose en la normativa procesal los suficientes y adecuados recursos para la revisión de cada decisión en la oportunidad que corresponda.

El segundo supuesto de control se encuentra en la motivación adecuada, es decir en la posibilidad del tribunal *ad quem* de conocer cuáles son los fundamentos de la decisión tomada en primera instancia, en otras palabras, la justificación exterior del fundamento inferencial que conecta las pruebas con las conclusiones. Un motivo de recurrir ante el superior será la posible insuficiencia o total carencia de la motivación.

Mientras que, en el ámbito de la casación, para el catedrático español la valoración probatoria será posible en tres casos diferenciados (Nieva Fenoll, 2010, págs. 355-356), tales son que el juez no haya respetado la aplicación de una norma de prueba legal, que haya sobrepasado los límites de lo razonable en la valoración probatoria alejado de la lógica racional; y que no haya valorado el material probatorio recabado.

V. CAPÍTULO CUARTO- APLICACIÓN PRÁCTICA

Finalmente, las teorías expuestas se someten a un test case que permite observar su funcionamiento. Para ello, se analizará en orden cronológico el proceso seguido en el caso N° 8398 caratulado “*Carrera, Fernando Ariel s/ causa 8398*”. Se aclara que no es intención de este trabajo detallar minuciosamente la valoración de cada uno de los elementos probatorios recabados en la investigación de esas actuaciones, sino únicamente se procederá a detectar el juego racional entre alegaciones/hipótesis de las partes, proposición y admisión de pruebas y razonamiento valorativo judicial tanto de la Cámara de Casación Penal como de la Corte Suprema de la Nación en relación a las proposiciones sometidas a este proceso; para verificar la utilidad de la aplicación de los estándares de prueba analizados en el capítulo III.

Breve referencia cronológica:

El 25 de enero de 2005 se producen los hechos cuestionados



El 14 de junio de 2007 el TOC N° 14 resuelve condenar a la pena de 30 años de prisión.

Delito: Robo agravado por el uso de armas de fuego, homicidio reiterado; lesiones graves reiteradas; lesiones leves reiteradas; abuso de armas de fuego y portación ilegal de arma de guerra, en concurso real.



El 29 de abril de 2008 la CFCP confirma la sentencia del Tribunal de Juicio.



El 5 de junio de 2012 la CSJN dejó sin efecto la decisión de la Sala III de la CFCP que había confirmado la sentencia del Tribunal Oral que lo había condenado a la pena de 30 años de prisión. Y reenvía para que se dicte nueva sentencia.



El 12 de agosto de 2013 la Sala III de la CFCP hace lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la Defensa. Condena por el delito de robo agravado con armas de fuego; en concurso real con homicidio culposo agravado por haber sido ocasionado por la conducción imprudente de un vehículo automotor y por la cantidad de víctimas, y con lesiones culposas graves y agravadas por esas mismas circunstancias y lesiones culposas leves, en concurso real con portación de arma de guerra, sin la debida autorización legal, a la pena de 15 años de prisión. Absuelve por el delito de abuso de armas, por el beneficio de la duda (artículo 104 del Código Penal y artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación).



El 25 de octubre de 2016 la CSJN resuelve declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada, y, en consecuencia, absolver a Fernando Ariel Carrera por todos los delitos por los que fuera acusado (artículo 16, segunda parte, de la ley 48).

A continuación, se procede a la descripción de los hechos conforme lo efectuara el Tribunal de juicio al condenar inicialmente, acogiendo la hipótesis de la fiscalía. En contraste, se expone con respecto a cada uno de los hechos, la hipótesis alternativa de la Defensa y luego, en forma resumida los fundamentos principales esgrimidos por la Cámara Federal de Casación Penal (en adelante CFCP) para considerar que éstos últimos no resultaban ajustados a la realidad conforme el acervo probatorio recabado, y la postura final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) al absolver al inculpado de todos los delitos atribuidos.

Es fundamental aclarar que no se pretende un tratamiento exhaustivo de este particular caso judicial, ni brindar opiniones personales con respecto a las resoluciones judiciales en pugna; sino únicamente, citarlo a modo ejemplificativo por la enriquecedora enseñanza en el tratamiento de las hipótesis, desarrollo que permitirá visibilizar la conveniencia para resolver los aspectos fácticos, sobre todo en causas como ésta de instrucciones tan complejas, que revisten los estándares de prueba:

Hecho 2 (conforme numeración efectuada por la CFCP):

Acusación: *“Que el 25 de enero de 2005, aproximadamente a las 13:15 horas, luego de que Juan Alcides Ighes estacionara su automóvil particular frente al domicilio de un familiar ubicado en la calle Barros Pazos 5690 de esta ciudad, fue abordado por el compañero prófugo de Fernando Ariel Carrera –quien conducía el automóvil Peugeot 205 GLD color blanco con su vidrios polarizados, cuyo dominio luego se estableció como BZY-308-, exhibiéndole un arma de fuego y forcejeando con éste, le exigió la entrega del dinero consistente en el importe en pesos equivalente a doscientos cincuenta dólares que había obtenido en una operación de cambio efectuada momentos antes en una institución bancaria de Morón. Ante la negativa inicial del damnificado, aquél sujeto efectuó un disparo hacia los adoquines del piso, mientras que Carrera se manifestaba en un sentido amenazante, manteniéndose en la conducción del Peugeot, a la par que exhibió otra arma de fuego, obteniendo así el dinero exigido, el que no fue recuperado, fugando del lugar”.*

Defensa: Sostuvo la hipótesis de que la vinculación de Fernando Ariel Carrera con el robo que diera origen a la trágica persecución se debería a una confusión de los funcionarios policiales intervinientes. Para ello esgrime las siguientes razones:

Reconocimiento negativo de Fernando Ariel Carrera:

Al respecto, la Defensa cuestiona el valor asignado por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 14 (en adelante TOC N° 14) a la identificación positiva por fotografías de Carrera por parte de uno de los damnificados del robo, cuando con posterioridad se llevó a cabo un reconocimiento en rueda de personas que diera resultado negativo, lo cual atentaría contra el principio de in dubio.

La Defensa alega que los testigos no dieron una descripción física coincidente del conductor del Peugeot 205 blanco; sino que del reconocimiento fotográfico surge únicamente que el testigo señaló que el rostro que ilustra la fotografía correspondiente a Fernando Ariel Carrera resultaba “parecido” al conductor del Peugeot 205 blanco. La apelante se queja de que en el fallo se prescindiera completamente del reconocimiento fracasado, y que la primera afirmación del testigo ("es parecido") sea valorada como una identificación plena, a pesar de no haber sido concluyente y de no haber sido ratificado en el reconocimiento formal en rueda de personas (CSJN - RECURSO DE HECHO Carrera, Fernando Ariel s/ causa n° 8398., 2016, pág. 13).

Frente a este argumento, el voto mayoritario de la CFCP sostuvo que la fuerza probatoria del reconocimiento fotográfico positivo efectuado por el testigo, a pocos días del suceso, no se debilita por el resultado negativo de la rueda de reconocimiento efectuado un año y dos meses después del hecho. De este último acto probatorio no pueden extraerse las consecuencias desincriminantes propiciadas, pues su resultado revela la inevitable incidencia del tiempo transcurrido en la memoria del testigo, que indudablemente afectó el recuerdo que efectivamente tuvo respecto a la imagen de Carrera en fecha mucho más cercana a lo vivenciado, en la que inclusive pudo expedirse respecto a detalles referidos al cabello del imputado (en la foto reconocida, con el pelo

más prolijo que el día del robo) (CFCP “Carrera, Fernando Ariel s/recurso de casación“, 2013, págs. 79-80).

Desaparición de las supuestas gorras secuestradas:

La CFCP utiliza como indicio incriminatorio para fundar la sentencia condenatoria que, en tanto los testigos indicaron que el compañero prófugo que participo en el robo utilizaba una gorra al momento del hecho, y de la requisita efectuada sobre el vehículo de Carrera se secuestraran tres gorras, dicha circunstancia actuaba como indicio de autoría del encausado. Refiere el voto mayoritario del tribunal de casación: Se trata de un elemento indiciario cuya pérdida carece de relevancia para alterar el valor del cuadro probatorio analizado anteriormente, que se nutre de distintos elementos cuya eficacia probatoria resulta independiente de la existencia de dicha prueba objetada por la defensa. Por parte de los funcionarios policiales no se verificó confusión alguna y Fernando Ariel Carrera tampoco tuvo la mala suerte de “estar en el lugar equivocado a la hora equivocada”, tal como lo sostuvo el imputado en oportunidad de ser escuchado en el debate. Así lo indican los numerosos elementos de prueba que revelan, sin hesitación alguna, la actuación de Fernando Ariel Carrera, a bordo del automóvil Peugeot 205 blanco, con vidrios polarizados, dominio BZY308, de propiedad del nombrado, en el hecho delictivo de robo con armas ocurrido en Barros Pazos 5690 de esta ciudad. Sin embargo, se agrega al expediente constancia que da cuenta de la pérdida de las gorras secuestradas en las dependencias de la seccional 34^a de la Policía Federal, circunstancia que impide incluirlas entre los elementos de prueba objeto de valoración.

Mecanismo retráctil en la patente:

Utilizado como fundamental prueba directa incriminatoria de la autoría en el robo, indica la Defensa que no se ha acreditado en la instrucción que dicho elemento perteneciera al auto finalmente secuestrado del imputado Carrera, en tanto de la primera pericia efectuada sobre el rodado no se aprecia su identificación, sino solamente aparece en un segundo informe elaborado con posterioridad por Gendarmería Nacional.

En el voto minoritario la CFCP sostiene que ese primer perito no viera ese particular dispositivo, cuando la patente estaba ya en su posición normal, es posible y razonable. Motivo también sustentado en el voto mayoritario. Más aún, frente al peritaje de un vehículo que había operado como instrumento de semejante tragedia, podían las características de la patente pasar desapercibidas. Para detectar que era retráctil era necesario, al menos moverla, pero en general los peritajes se limitan a identificarlas. Sin embargo, nada autoriza a sustentar su inexistencia. Por el contrario, su colocación en la patente del rodado de Carrera quedó demostrada a través de la peritación exhaustiva realizada por los expertos de Gendarmería Nacional designados al efecto con intervención de la defensa (fs. 2450/7), prueba ésta, también acertadamente evaluada en el pronunciamiento recurrido. Queda firme entonces que ese dispositivo estaba instalado en el coche de Carrera antes del hecho (CFCP “Carrera, Fernando Ariel s/recurso de casación“, 2013, págs. 18, 74-75).

Hecho 3:

Acusación: *“Que el 25 de enero de 2005, inmediatamente después de las 13:28:37 horas, cuando Fernando Ariel Carrera conduciendo el vehículo Peugeot 205 GLD color blanco, con vidrios polarizados, dominio BZY-308, circulaba por la Avenida Sáenz, de contramano, a una velocidad estimada superior a 60 km., fugando de los móviles policiales de las Comisarías de las secciones 34 y 36, al alcanzar la senda peatonal próxima a la intersección de la Avenida Sáenz con Esquiú –donde se continúa al trasponer la avenida, bajo el nombre de Trafal-, sitio en que el semáforo estaba en rojo para el tránsito vehicular, habilitando el cruce de los peatones, atropelló a cinco personas, tratándose las mismas del menor G. G. D. L., Edith Elizabeth Custodio y Fernanda Gabriela Silva, quienes atravesaban la avenida, acarreándoles la muerte instantánea a los dos primeros y poco tiempo después a la última y asimismo provocó lesiones a Verónica Rinaldo, las que fueron calificadas como graves y a su hija J. L. F., de carácter leve. Metros más adelante, en la citada intersección, impactó finalmente contra el vehículo marca Renault Kangoo dominio DQF-574 en el que viajaban Houyun He, quien sufrió lesiones de carácter grave y Min He, lesiones de carácter leve”.*

Defensa: Sostiene la hipótesis de que los funcionarios policiales al no identificarse como tales, habrían ocasionado la maniobra de evasión del imputado y el disparo con el cual pudo perder la conciencia, en tanto el vehículo que lo perseguía no estaba identificado, y un hombre de barba y pelo largo le apuntó con un arma de fuego desde la ventanilla del acompañante. Por lo cual temió ser víctima de un asalto y decidió escapar. Carrera, así incapacitado, continuó la marcha, y en ese estado de disminución de sus facultades, habría ocasionado las muertes y las lesiones que le fueron atribuidas, y finalmente, la colisión con otro vehículo. Luego del choque, y sin que hubiera habido reacción alguna por parte del recurrente, los policías le habrían disparado dieciocho veces, alcanzándolo con ocho impactos y provocándole las gravísimas lesiones que sufrió.

Maniobras para defenderse / Estado de inconsciencia cuando atropelló a los transeúntes:

En apoyo del relato expuesto la defensa invocó las conclusiones del perito Mariano Castex (propuesto por la defensa) y del perito del Cuerpo Médico Forense, Marcelo Gustavo Rudelir, en cuanto refirieron la posibilidad de que el impacto del proyectil sufrido por Fernando Ariel Carrera en la zona del maxilar inferior le haya causado un traumatismo idóneo para producirle trastorno y pérdida de la conciencia. Además, señaló que las manifestaciones efectuadas por los peritos mencionados, en punto a la existencia de automatismos o reflejos motores que permiten guiar un vehículo a quien padece una alteración de la conciencia, fueron tergiversadas en el fallo recurrido.

Concluye el voto mayoritario de la CFCP que al momento de producirse la colisión Carrera puso en marcha el mecanismo necesario para activar los músculos de sus extremidades superiores y emplear en tiempo oportuno la fuerza necesaria para sortear las consecuencias dañosas de la colisión. Destacó también que los profesionales médicos que admitieron, por hipótesis, la pérdida de la conciencia transitoria alegada por Fernando Ariel Carrera -postura contraria a la que adoptaron los peritos del Cuerpo Médico Forense, Carlos Felipe Bruno y Enrique Banti en el debate-, sólo avalaron la posibilidad de movimientos reflejos o automatismos en dicho estado de inconsciencia transitoria pero no convalidaron la “conducción” del vehículo en el referido estado mental. detallar las

características salientes del recorrido efectuado por Fernando Ariel Carrera con su vehículo, para eludir al personal policial

Identificación como personal policial / Existencia de sirenas:

La Defensa adjudicó la maniobra a un Peugeot 504 oscuro, o azul que se dirigió hacia Carrera cuando estaba parado en el semáforo, y que como uno de sus tripulantes le apuntaba con un arma giró hacia la izquierda para evitarlo, pero a poco de desplazarse sintió varios disparos y el fuerte impacto de un proyectil que ingresó y egresó de su labio inferior de derecha a izquierda. Se le nubló la vista, sintió que el cuerpo se le iba, que no tenía reacción, vio vehículos de frente, al de la colisión y luego ya estaba en la ambulancia.

La CFCP desestima este planteo indicando que la diferencia en las versiones dadas por los policías en cuanto al tiempo exacto de encendido de las sirenas, no tienen entidad para desvirtuar esta prueba de cargo. Y así la valora, en tanto consideran que es esa circunstancia (el encendido de las sirenas) es la que origina en Carrera su actitud de huida para evadirse de su responsabilidad en el robo, por el hecho de haber podido conocer que un móvil efectuaba tareas para su detención, desestimando sin más la hipótesis alternativa de la asistencia técnica.

Hecho 4:

Acusación: *“Que luego de la precitada colisión, Fernando Ariel Carrera efectuó no menos de cinco disparos en dirección al personal de la brigada de la Comisaría de la Sección 34 que lo había alcanzado en la persecución utilizando para ello un arma de fuego consistente en la pistola marca Taurus calibre 9 mm modelo PT-917 CS n° TKI 12581/CD, resistiéndose de ese modo a su detención”.*

Defensa: Sostiene que no se han reunido elementos de cargo que permitan afirmar ese hecho.

Haciendo lugar al planteo defensivo, la CFPP sostiene que la prueba reunida con relación a dicha hipótesis imputativa carece de entidad suficiente para fundamentar la condena impuesta a Fernando Ariel Carrera por el Tribunal de Juicio en orden al delito de abuso de armas (artículo 104 del C.P.) y torna aplicable el principio consagrado por el artículo 3° del Código Procesal Penal de la Nación, por el cual en caso de duda debe estarse a lo que sea más favorable al imputado.

Sin embargo, la CSJN en el 2016 afirmó que aun cuando esta posición en favor de la confirmación de la condena por abuso de arma quedó en disidencia, no es posible perder de vista que el razonamiento que se sigue tiende a darle razón al apelante en cuanto a la insuficiente disposición del tribunal a revisar la condena desde una perspectiva acorde con el derecho de defensa. En este sentido, afirmar -en contra de lo que se había puesto en discusión en el debate- que el imputado venía conduciendo y, al mismo tiempo, disparando hacia atrás configura una hipótesis bien diferente y, de este modo, una alteración relevante desde la perspectiva de quien había formulado sus descargos sobre una alternativa distinta (CSJN - RECURSO DE HECHO Carrera, Fernando Ariel s/ causa n° 8398., 2016, pág. 7). En los tres votos que conformaron el fallo hubo coincidencia en que los hechos que se habían tenido por acreditados en la condena no se ajustaban a las constancias de la causa. En particular, indicaron que los peritajes balísticos no permitían excluir, inequívocamente, la posibilidad de que dichos disparos se hubieran producido ya antes del choque (CSJN - RECURSO DE HECHO Carrera, Fernando Ariel s/ causa n° 8398., 2016)

Hecho 5:

Acusación: *“El haber tenido en su poder y sin autorización, en condición de ser disparada, la pistola marca Taurus calibre 9° mm modelo PT-917 CS n° TKI 12581/CD, con su cargador, con capacidad para diecisiete proyectiles, de los cuales sólo contenía siete al momento del secuestro”.*

Defensa: Aduce la introducción espuria del arma por el personal policial interviniente. Su hipótesis consiste en que, frente a esta situación, y al advertir que se habían equivocado en el procedimiento previo, los policías intervinientes podrían haber intentado encubrir su responsabilidad en el hecho mediante la creación de evidencias falsas, entre ellas, las vinculadas a la presencia de un arma y casquillos de munición en el automóvil, a la placa identificadora del vehículo y a la manipulación de los testigos.

Contradiendo esta postura, la CFCP alega que la imposibilidad de identificar el arma incautada por parte de Igenes y Vaira, pone una vez más, de manifiesto la veracidad con que se expidieron, y encuentra razonable explicación en que Carrera siempre estuvo adentro del Peugeot y que quien los enfrentaba en la calle, también armado, pero dando la cara era otro, hoy prófugo. Por su parte, el voto minoritario en el fallo de este tribunal revela en relación a esta hipótesis que no puede dejar de señalarse que la precipitación de la secuencia delictual, las múltiples víctimas, la grave e impresionante destrucción de los cuerpos con pérdidas de vidas, el público que se aglomeró, los policías de distintas dependencias, médicos, y bomberos, eliminan la posibilidad del montaje de la escena al que alude la defensa, sin poder esbozar siquiera qué finalidad perseguía (CFCP “Carrera, Fernando Ariel s/recurso de casación”, 2013, págs. 35-36). Relato que no resiste el análisis lógico ni de la experiencia en la vida diaria. Mucho menos el análisis probatorio precedente. (CFCP “Carrera, Fernando Ariel s/recurso de casación“, 2013).

Cabe destacar algunos puntos de relevancia en relación a los fundamentos que brinda la CFCP para contrarrestar esta hipótesis. Por un lado, formula severas críticas a la circunstancia de que Carrera haya prestado declaración indagatoria casi un mes después del hecho, donde dio la versión de que temía que le robaran y no antes, lo que a juicio de ese voto implica una ausencia de espontaneidad en el descargo del imputado con relación a la hipótesis imputativa de portación del arma secuestrada el día del hecho. En adición, la CFCP rechaza la producción de prueba ofrecida por la Defensa, esto es la extracción de compulsas para averiguar un posible delito de falso testimonio en relación al policía que vio el arma en la mano de Carrera. No debe soslayarse el hecho de que no se hayan añadido otras pruebas para esa afirmación, que una testigo civil únicamente refirió haber

visto “algo” en la mano del incuso, y que a pesar de que el arma secuestrada en el vehículo habría estado bañada en sangre, nunca se realizaron pericias para contrastar con material genético del imputado, prueba de dermatost, toma de huellas digitales, etc. Nuevamente se repite el rechazo a prueba ofrecida por la defensa, en tanto es el propio Carrera quien insiste en su realización.

En la página siguiente se expone un modelo/método para explicar el desarrollo racional entre las alegaciones e hipótesis de las partes, y lo acontecido en relación a la proposición y admisión de pruebas en el marco de este complejo proceso penal, con miras a visualizar la conveniencia de adopción de esquemas de confirmabilidad de las hipótesis, no siendo objetivo de este ejercicio, por razones de brevedad, abarcar todos los puntos del fallo, como así tampoco la totalidad de las conclusiones adoptadas por los tribunales revisores.

	Hipótesis planteadas	Conclusiones de la CSJN	Taruffo Probabilidad lógica prevalecte		Ferrer Beltrán		Gascón Abellán		Decisiones judiciales previsibles
			Requisito 1	Requisito 2	Clausula 1	Clausula 2	Requisito 1	Requisito 2	
Hecho 2 Robo	Acusación	Elementos de prueba ambivalentes Lagunas en la reconstrucción del hecho Afectación beneficio de la duda y presunción de inocencia	No se acreditó que fuera el enunciado más probable	Confirmación débil, escasamente creíble. No es más probable que su propia negación	La H. no explica los hechos conocidos o datos disponibles	-	No se da cumplimiento al requisito de confirmabilidad	No se cumple el requisito de la refutabilidad	Absolución
	Defensa	Insuficiente disposición de la CFCP a revisar la condena desde una perspectiva acorde con el derecho de D. Análisis parcial versión imputado	-	-	La D. formuló una hipótesis que explicaría todos los datos disponibles. Si es cierta la H. podemos predecir a partir de ella que tal prueba resultará positiva o negativa	No se refutaron las hipótesis alternativas de la inocencia capaces de explicar los mismos datos	-	-	
Hecho 3 Homicidios Lesiones	Acusación	Lagunas en la reconstrucción del hecho Elementos de prueba ambivalentes Falta de posición neutral del Juez	No es la versión más fuerte	Hipótesis escasamente creíble	No logra explicar los datos disponibles	-	Ausencia de confirmabilidad	Hipótesis refutable	Absolución
	Defensa	Utilización de términos inaceptables constitucionalmente por parte de la CFCP respecto al derecho a no auto incriminarse	Enunciado probable	-	-	No se refutaron las hipótesis alternativas de la inocencia capaces de explicar los mismos datos	-	-	
Hecho 4 Abuso de armas	Acusación	Absolución dictada por la CFCP por abuso de arma, consecuente violación del principio de congruencia	No hubo prevalencia de probabilidad	No fue más probable que su propia negación	Hipótesis no confirmada	-	Hipótesis no confirmada	Hipótesis refutable	Absolución
	Defensa	Omite la CFCP efectuar la necesaria revisión amplia. Falta de corroboración parcial hipótesis D.	-	-	-	En perjuicio del D. de defensa no se refuto la H. alternativa	-	-	
Hecho 5 Tenencia de arma	Acusación	Vulneración del <i>in dubio pro reo</i> . Fundamentos de cargo abstractos. Valoración parcializada.	Ninguna de las versiones es más fuerte que la otra	La falta de producción de pruebas impide afirmar que	No explica los datos disponibles por insuficiencia de elementos de cargo	-	No fue suficientemente confirmada por las pruebas	No se puede afirmar su no refutabilidad por omisión de	Absolución

				sea las H. más apoyada				producción de prueba	
	Defensa	Exclusión injustificada de prueba ofrecida por la D.	ídem	H. que no pudo ser corroborada	-	Omisión de refutar mediante la producción de prueba la H. alternativa	-	-	

VI. CONCLUSIONES

Adoptando un rol de investigadores que se ocupan de la detección del grado de certeza de los diversos ordenamientos, la presente investigación ha sugerido que la dogmática procesal en materia penal debe proceder a una revisión del marco normativo actual, debido a que se ha revelado que los parámetros vigentes no se adecuan al propósito del imperio de la ley. En ellos es usual recurrir a conceptos y fórmulas que no han sido debidamente delimitados, y por esa razón permiten un margen de decisiones arbitrarias cuyos autores, mediante la utilización de ciertas frases sin contenido normativo, abstraen al control intersubjetivo los ocultos motivos por los cuales resolvieron de una manera y no de otra.

Para abordar esta deficiencia se propuso que una vez fijadas las bases mínimas de las que se partirá, esto es, la conveniencia de proceder a la adopción normativa de ciertas definiciones de verdad -verdad como correspondencia-, delimitación de los objetivos de un proceso penal en relación a ese parámetro -proceso como herramienta cognoscitiva para una aproximación a la verdad material como presupuesto de la imposición de sanciones-, la elección en la distribución del error -sopesando como de mayor gravedad una condena injusta-, la inclinación por una de las dos posibles concepciones de la prueba -concepción racionalista-; recién con esos parámetros se pueda responder la hipótesis inicial concretada en la pregunta ¿Es posible formular estándares de prueba racionales e intersubjetivamente controlables?

Sí, es totalmente posible y completamente necesario. Para ello, un sistema legal debe replantearse la necesidad de elaborar modelos de prueba objetivos, concretos, racionales y específicos para ser adaptados en los distintos momentos probatorios (en particular se indicaron estándares para el dictado de sentencias, medidas cautelares como la prisión preventiva, y esquemas de aplicación al juicio por jurados), en el devenir de un proceso penal. Emprendida esta ardua tarea, debe procederse al abandono por completo de todas aquellas figuras que impliquen una visión irracional del juicio de hecho.

Lo más importante aquí es entender que abonando por una construcción racional del juicio de hecho, la motivación judicial dejará de ser una explicación psicológica del *iter* mental que derivó en un convencimiento, y se convertirá en una verdadera justificación fundamentada en un esquema probatorio de corroboración de la hipótesis cuya verdad se da por aceptada.

Conscientes de que este nuevo enfoque en la filosofía del derecho aún tiene mucho trecho por recorrer, la recomendación que se brinda a través de este trabajo de adopción de estándares de prueba exigentes y cognoscibles se incluye en la propuesta de perfeccionamiento de un orden jurídico como objetivo de la agenda política, en el marco del aseguramiento del principio de inocencia e igualdad de las personas sometidas a proceso, para la protección de los derechos humanos fundamentales. Se sugiere que este es el camino mediante el cual podrá brindarse a los individuos un nivel aceptable de seguridad jurídica como límite al poder discrecional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica - La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Andrés Ibáñez, P. (2009). *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. (J. L. Depalma, Ed.) Buenos Aires: Hammurabi.
- Cafferata Nores, J. (1998). *La prueba en el proceso penal - 3ra edición*. Buenos Aires: Depalma.
- Cafferata Nores, J. I., & Tarditti, A. (2003). *Código Procesal penal de la Prov. de Córdoba Tomo 1*. Mediterranea.
- Cafferata Nores, J., & Tarditti, A. (2003). *Código Procesal Penal de Córdoba Comentado - Tomo 1*. Mediterranea.
- Canale, D. (s.f.). El razonamiento jurídico.
- CFCP “Carrera, Fernando Ariel s/recurso de casación“, 8398 (Cámara Federal de Casación Penal 12 de agosto de 2013).
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Coloma Correa, R. (2016). Los usos de los estándares de prueba: entre umbrales y prototipos. En H. Bouvier, *Discusiones XVIII - Estándares de prueba* (págs. 23-57).
- Coussirat, J. (2013). *Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza* (Vol. Tomo 1). (P. edición, Ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Coussirat, J. y. (2008). *Manuel de Derecho Procesal Penal - Tomo 1*. Ed. Jurídicas Cuyo.
- CSJN - RECURSO DE HECHO Carrera, Fernando Ariel s/ causa n° 8398., CSJ 1497/2013 (49-C)/CS1 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 25 de octubre de 2016).
- F. c/ Nieves Palacios, Mariano, Expte. N° P-972/09 (Ex Cámara de Apelaciones de Mendoza 07 de 07 de 2009).
- Fernandez Blanco, C., & Ferrer Beltran, J. (2015). Proyecto sobre indicadores de seguridad jurídica en Iberoamerica - Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamerica. En C. Cruz Moratones, J. Ferrer Beltran, & C. Fernandez Blanco, *Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamerica* (págs. 243-283). Madrid: Catedra de Cultura Jurídica - Marcial Pons.

- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). Prologo. En N. Guzmán, *La verdad en el proceso penal - Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ferrer Beltrán, J. (2003). *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*. Obtenido de Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, N° 47, págs. 27-34: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668796>
- Ferrer Beltran, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2011). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*, 87-107.
- Ferrer Beltrán, J. (2017). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia - Inmediación e inferencias probatorias. *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 33. doi:10.4000/revus.4016
- Ferrer Beltrán, J. (2018). Los hechos en la casación penal. *Actualidad Penal*, 153-175 .
- Ferrer Beltran, J. (2018). Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba. En D. y. Papayannis, *Filosofía del derecho privado* (págs. 401 - 430). Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltran, J. (2018). Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba. . En D. y. Papayannis, *Filosofía del derecho privado* (págs. 401 - 430). Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltran, J. (2020). Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. la sentencia V.R.P., V.P.C. Y OTROS VS. NICARAGUA de la CORTEIDH. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 1, pp. 359-382. doi:10.33115/udg_bib/qf.i0.22381
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho - Bases argumentales de la prueba* (Tercera ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Gometz, G. (2012). *La certeza jurídica como previsibilidad*. Madrid: Catedra de Cultura Jurídica - Marcial Pons.
- Guzmán, N. (2011). *La verdad en el proceso penal - Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Habeas Corpus Correctivo y Colectivo -Penitenciario de Mendoza-, CUIJ: 13-03815694-7 (Sala II - Suprema Corte de Justicia de Mendoza 23 de Diciembre de 2015).

- Kamada, L. E. (2016). Crisis del criterio de valoración de la prueba en el juicio por jurados. *DPyC*, 43. Obtenido de AR/DOC/3201/2016
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, ISSN: 0214-8676., 95-113.
- Laudan, L. (2005). Una breve réplica. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 ISSN: 0214-8676 , pp. 151-155.
- Malem Seña, J. F. (2017). *Pobreza, corrupción, (in) seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons - Catedra de Cultura Jurídica.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Paez, A. (2018). Umbrales y prototipos: introducción al debate en torno a los estándares de prueba. En H. Bouvier, *DISCUSIONES XVIII - Estandares de prueba* (pág. 7 a 21). Ediuns.
- Riego, C., & Duce, M. (2008). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Valenzuela, J. (2018). Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Polít. crim. Vol. 13, N° 26* , 836-857.
- Velez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Lerner. (T. I)*.
- Villagra Castillo, E. A. (2018). Hacia la formulación de un estándar de prueba cautelar aplicable a la prisión preventiva desde la mirada de la presunción de inocencia. *Tesis*. Chile: Universidad de Chile.