Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal

Pablo Rovatti
coordinador

Suprema Corte de Justicia de la Nación
DERECHOS HUMANOS
ESCUELA FEDERAL DE FORMACIÓN JUDICIAL

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
H128.113
M368m

Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal / coordinador Pablo Rovatti ; esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; introducción Pablo Rovatti. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (xxvi, 492 páginas ; 24 cm.)

En la portada: Derechos Humanos; Escuela Federal de Formación Judicial

Material disponible en PDF.

Contenido: Regla de exclusión de la prueba ilícita : una reevaluación de sus fundamentos con perspectiva comparativa / Alan Limardo -- Ideas para un "control de fiabilidad" de las pruebas forenses : un punto de partida para seguir discutiendo / Marina Gascón Abellán -- Técnicas especiales de investigación y mecanismos premiales : eficacia procesal y valor probatorio de la información ofrecida por el investigado colaborador / Mercedes Fernández López -- Interrogar a los testigos de cargo : fundamentos y alcances del derecho : balance de una década de jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana / Pablo Rovtti -- Acceso a la justicia, violencia de género y desigualdades invisibles al proceso penal / Marcela Paz Araya Novoa -- Dignidad de la persona, responsabilidad subjetiva y prueba de los estados mentales / Daniel González Lagier -- La exigencia de motivación de las decisiones probatorias como garantía / Daniel Accatino -- Decidir sin probar : acuerdos sobre los hechos en el proceso penal : sobre la justificación epistémica de la condena, el control judicial de los acuerdos y el derecho al recurso / Diana Veleda -- Derecho al recurso, principio de inmediación y diálogo jurisprudencial entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos / Javier Mariezcurrena -- Prisión preventiva justificada vs. prisión preventiva oficiosa : una curiosa distinción / Diego Dei Vecchi -- Derecho a la verdad y procedimientos penales veritativo-promotores /Edgar Aguilera

ISBN 978-607-552-230-2

1. Pruebas – Etapas del proceso penal – Protección de los Derechos humanos – Ensayos – México 2. Práctica forense – Valoración de pruebas 3. México. Suprema Corte de Justica de la Nación – Testigos de cargo – Jurisprudencia 4. Violencia de genero – Derecho de acceso a la justicia 5. Pruebas ilegales 6. Justicia penal premial 7. Derecho a la integridad psicológica 8. Racionalismo jurídico 9. Recursos procesales 10. Prisión preventiva 11. Verdad histórica de la prueba I. Rovatti, Pablo, coordinador, autor de introducción II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos
LC KGF5880

Primera edición: noviembre de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Manual sobre **Derechos Humanos** y prueba en el proceso penal

PABLO ROVATTI
COORDINADOR

Suprema Corte de Justicia de la Nación
DERECHOS HUMANOS
ESCUELA FEDERAL DE FORMACIÓN JUDICIAL

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Dirección General de Derechos Humanos

Mtra. Regina Castro Traulsen
Directora General

Contenido

Presentación XIII
Introducción XVII

Capítulo I

Regla de exclusión de la prueba ilícita: una reevaluación de sus fundamentos con perspectiva comparativa
Alan Limardo 1

I. Introducción 3
II. Las razones para excluir prueba obtenida de un modo inapropiado 6
1. El fundamento de la disuasión 7
2. El fundamento de la protección de derechos 9
3. El fundamento de la integridad 13
4. El fundamento de la justicia del procedimiento 17
5. El fundamento epistémico 18
III. La recepción de los fundamentos en diversos sistemas jurídicos 22
IV. Cuando el lenguaje de las normas no nos ayuda: la convergencia ... 34
V. Los factores relevantes para la exclusión de pruebas obtenidas de un modo inapropiado 40
VI. Conclusiones 43
Bibliografía 45

Capítulo II

Ideas para un "control de fiabilidad" de las pruebas forenses.
Un punto de partida para seguir discutiendo
Marina Gascón Abellán 51

I. Ciencia forense y error 53
1. Sobrevaloración de la ciencia forense y posibilidad de error ... 53
2. Panorámica de las fuentes de error. El Informe NAS/2009 57
A. Escasa (o nula) base científica 58
B. Sesgos cognitivos 59
C. Defectos en el funcionamiento de los laboratorios y los expertos 59
D. Distorsionadora comunicación de los resultados a los tribunales 60
II. La lucha contra el error. Los caminos a recorrer 62
1. Asegurar la calidad "en el origen": *mejor prevenir que curar* 62
2. Asegurar la calidad "en el proceso": *gatekeeping* como garantía 64
III. Ideas para un control de fiabilidad de la prueba forense 65
1. Necesidad de controlar: los jueces como guardianes 65
2. Cuándo controlar: ¿control de admisibilidad o control en la valoración? 67
3. Qué controlar: esbozo de un test general de fiabilidad 70
A. Consideraciones previas 70
a. Consideración primera: los test 70
b. Consideración segunda: test particularizados de preguntas y respuestas 71
c. Consideración tercera: entretanto, un "test general" ... 72
B. Esbozo de un Test General de Fiabilidad cuando se presenta prueba forense 74
a. Validez de los fundamentos de la técnica usada 74
b. Validez de la aplicación de la técnica 75
c. Validez de la presentación de resultados 77
IV. *Epílogo*: un punto de partida para seguir discutiendo 78
Bibliografía 81

Capítulo III

Técnicas especiales de investigación y mecanismos premiales: eficacia procesal y valor probatorio de la información ofrecida por el investigado colaborador
Mercedes Fernández López 87

I. Ideas previas 89
II. Interrogatorio y principio de contradicción 94
III. Valor probatorio de la declaración del coinvestigado 100
IV. Especial referencia a la adopción de medidas cautelares fundada en la declaración del investigado colaborador 107
V. Conclusiones 119
Bibliografía 120

Capítulo IV

Interrogar a los testigos de cargo: fundamentos y alcances del derecho. Balance de una década de jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana
Pablo Rovatti 125

I. Introducción 127
II. El derecho de interrogar a los testigos de cargo en la jurisprudencia de la SCJN 129
1. Los primeros pasos 129
2. Desde el otro lado del Atlántico: la *sole or decisive rule* entra en escena 136
3. La reforma acusatoria y la retórica del "cambio de paradigma": ¿confrontación a cualquier precio? 140
4. Recalculando: de nuevo al camino trazado por el TEDH 142
III. El influyente test del TEDH: aspectos problemáticos, críticas y transformaciones 144
1. La *sole or decisive rule*: consideraciones generales 144
2. Una pregunta "preliminar": ¿qué razones son buenas razones? 147
3. La pregunta del millón: ¿cuándo un testimonio es "decisivo"? 153
4. La válvula de escape: las llamadas "medidas de contrapeso" ... 163
5. El orden de los factores... ¿altera el producto? 165

IV. ¿Una cuestión de principios? 167
V. Criterios que confrontan: balance de la jurisprudencia de la SCJN 172
Bibliografía 180

Capítulo V

Acceso a la justicia, violencia de género y desigualdades invisibles al proceso penal
Marcela Paz Araya Novoa 187

I. Introducción 189
II. Valoración probatoria, estereotipos de género y derecho de acceso a la justicia: una tríada impensada 190
1. La libre valoración racional 191
2. Estereotipos y sesgos de género, principal fuente de discriminación 192
3. Derecho de acceso a la justicia de las mujeres. Un derecho de amplios contornos y en expansión 197
III. La investigación de los delitos de violencia machista. Expresión inicial de discriminación hacia las mujeres 200
1. La actividad probatoria en sus etapas embrionarias y el derecho de acceso a la justicia 202
2. La investigación de los delitos de violencia contra la mujer y el derecho a la prueba 204
IV. La valoración probatoria y las paradojas en el juzgamiento de los delitos de género 207
1. La valoración *stricto sensu* y la hora de decidir 207
A. Auténticas máximas de la experiencia o ¿gato por liebre?. 208
B. La (in)credibilidad del testimonio de la víctima 211
2. Afectación de derechos en el momento de la valoración de la prueba 214
A. El derecho a la valoración (racional) como parte del derecho a la prueba 215
B. Afectación del derecho de acceso a la justicia como producto de una valoración irracional de la prueba 217

V. El rol de la perspectiva de género y la motivación suficiente en la derrota de los estereotipos 218
VI. A modo de conclusión 223
Bibliografía 224

Capítulo VI

Dignidad de la persona, responsabilidad subjetiva y prueba de los estados mentales

Daniel González Lagier 229

I. Dignidad, estados mentales y prueba 231
1. Dignidad y estados mentales 231
2. La alternativa "objetivismo" vs. "subjetivismo" en la prueba de los estados mentales 235
II. Ocho argumentos contra las tesis subjetivistas 238
III. La teoría subyacente a la atribución de intenciones 248
1. Acciones e intención 249
2. Intenciones y racionalidad. El Principio de Racionalidad Mínima 252
IV. Apuntes para un modelo de prueba de la intención 256
V. El fundamento empírico del Principio de Racionalidad Mínima 260
Bibliografía 262

Capítulo VII

La exigencia de motivación de las decisiones probatorias como garantía

Daniela Accatino 267

I. Introducción 269
II. Exigencia de motivación y legitimidad judicial en un Estado democrático de derecho 270
1. Motivación, legalidad y control público del Poder Judicial 270
2. Motivación, indeterminación del derecho e incertidumbre del juicio fáctico 272

3. Del lenguaje de la convicción al lenguaje de las razones justificativas: la concepción racionalista de la prueba y de la motivación 275
III. Exigencia de motivación y debido proceso 277
1. Derecho de defensa, derecho a la prueba y motivación de las premisas fácticas 278
2. Derecho al recurso y motivación de las premisas fácticas 280
3. Motivación de la premisa fáctica, presunción de inocencia y estándar de prueba 282
4. Motivación de la premisa fáctica y veredicto del jurado 283
IV. La debida motivación de las premisas fácticas de la decisión judicial 287
1. La motivación debe ser completa desde el punto de vista analítico y dialéctico 288
2. La motivación debe ser epistémicamente correcta 293
A. La forma de las inferencias probatorias: corroboración y refutación 294
B. La fuerza de las inferencias probatorias 299
C. Las condiciones de corrección epistémica de la motivación 301
3. La motivación debe aplicar correctamente el estándar legal de prueba 303
V. Conclusiones 306
Bibliografía 307

Capítulo VIII

Decidir sin probar: acuerdos sobre los hechos en el proceso penal. Sobre la justificación epistémica de la condena, el control judicial de los acuerdos y el derecho al recurso
Diana Veleda 313

I. Introducción 315
II. ¿Distintas clases de razones para condenar? Los acuerdos como juicios o como renuncias de derechos 318
1. Distintas formas de conceptualizar un acuerdo de culpabilidad 318

2. Argumentos en torno a la impermisibilidad de los acuerdos ... 320
3. Los acuerdos como juicios 322
4. Los acuerdos como renuncias de derechos..... 326
III. Condiciones para una renuncia válida. Sus repercusiones en la justificación epistémica de la condena 328
1. Una renuncia intencional..... 328
2. Distinguiendo recompensas de penalidades..... 331
3. La posibilidad de llevar el caso a un juicio ordinario..... 333
4. Repercusiones epistémicas..... 335
IV. Control judicial sobre la validez de la renuncia. Su alcance en la jurisprudencia de la SCJN 337
1. El control judicial sobre el acuerdo..... 337
2. El control judicial en la jurisprudencia de la SCJN 338
V. Control externo de los acuerdos: el recurso contra la condena..... 347
VI. Algunas conclusiones 354
Bibliografía 355

Capítulo IX

Derecho al recurso, principio de inmediación y diálogo jurisprudencial entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Javier Mariezcurrena..... 361

I. Introducción 363
II. El derecho al recurso en el derecho internacional de los derechos humanos..... 364
III. El derecho al recurso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana..... 367
IV. El derecho al recurso en la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana: valoración de la prueba, principio de inmediación y revisión integral de la condena 383
V. Conclusiones..... 400
Bibliografía 401

Capítulo X

Prisión preventiva justificada vs. prisión preventiva oficiosa: una curiosa distinción
Diego Dei Vecchi 405

I. Introducción 407
II. La prisión preventiva en el SIDH: un argumento clásico 410
1. Límites relativos al diseño legislativo 414
2. Límites relativos a la motivación de las decisiones aplicativas de la prisión preventiva (*i.e.* las decisiones que apliquen las disposiciones a las que se aludió anteriormente) 417
III. La prisión preventiva en México: la falta de un argumento 419
IV. ¿La prisión preventiva oficiosa como un caso de presunción *iuris* de peligrosidad? 430
V. ¿Una antinomia dentro del SIDH? 438
Bibliografía 441

Capítulo XI

Derecho a la verdad y procedimientos penales veritativo-promotores
Edgar Aguilera 451

I. Introducción (la terquedad de la verdad) 453
II. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el derecho a la verdad 458
III. El derecho a la verdad en México 462
IV. El derecho a la verdad y la justicia transicional 465
V. Procedimientos penales veritativo-promotores, derecho a la verdad y epistemología jurídica 468
Bibliografía 489

Presentación

En los últimos diez años, el derecho en nuestro país ha atravesado una verdadera revolución. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dio lugar a un nuevo paradigma a partir del cual el lenguaje del derecho se ha transformado. En esta década se amplió el parámetro de regularidad constitucional, se consignaron herramientas interpretativas novedosas, se estableció la vinculatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y recientemente se afirmó la obligación de las y los jueces federales de realizar un control oficioso de convencionalidad de todas las normas sujetas a su conocimiento, entre muchos otros desarrollos.

A pesar de estos cambios dramáticos en nuestro sistema, el modelo de formación y capacitación de personal jurisdiccional y los materiales de apoyo se habían mantenido estáticos y no evolucionaron a la par. Por ello, desde el inicio de mi gestión como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal plantee la necesidad de consolidar un nuevo perfil de las personas juzgadoras, sustentado en la formación de las competencias y habilidades propias del nuevo paradigma constitucional.

En ese contexto, y teniendo en mente las necesidades formativas de nuestros operadores de justicia, la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema

Corte y la Escuela Federal de Formación Judicial diseñaron el proyecto editorial *Manuales de Actuación*, dirigido especialmente al personal jurisdiccional. Los *Manuales* buscan ser verdaderas herramientas didácticas que, por un lado, faciliten la resolución de los casos a la luz de los estándares más actualizados en derechos humanos, y por el otro, contribuyan a la formación especializada en temas esenciales para la impartición de justicia.

Así, los *Manuales* abordan temas que han sido poco explorados en la formación de las y los impartidores de justicia, aun cuando resultan trascendentales para su labor. Algunos *Manuales* desarrollan conocimientos transversales a la función jurisdiccional, con independencia de la materia. Otros buscan profundizar sobre temas específicos en diversas materias como penal, civil o laboral.

Cada *Manual* es coordinado académicamente por una persona experta en el tema. Por su parte, los capítulos son escritos por personas nacionales e internacionales que fueron cuidadosamente elegidas a partir de su formación y experiencia. El eje rector, en todo momento, ha sido fortalecer la impartición de justicia con herramientas pedagógicas accesibles, y claras, en línea con nuestra visión de una nueva formación judicial.

En ese contexto, me complace presentar el *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal* que tiene en sus manos. Como lo indica su título, el *Manual* desarrolla y analiza el impacto de los derechos humanos del debido proceso en el campo del derecho procesal y probatorio.

A raíz de la reforma constitucional en materia penal del 2008, el artículo 20 establece los principios de un renovado sistema penal acusatorio, basado en los principios de presunción de inocencia, debido proceso y tutela judicial efectiva. En esencia, el nuevo sistema busca superar el viejo sofisma de que la eficacia en la persecución de los delitos es incompatible con el debido proceso, pues el respeto de tales principios es la única vía democrática para acceder a una justicia real y no simulada.

En este contexto, el debido proceso, la presunción de inocencia, y el derecho a una tutela judicial efectiva, son conquistas que nos defienden de la arbitrariedad.

En tal sentido, la labor que realizan las y los operadores de justicia es fundamental para garantizar que la persecución de los delitos se realice exclusivamente con apego a tales principios.

Así, la interpretación y aplicación de las normas penales deben dejar atrás un esquema arbitrario y opaco, y avanzar hacia procesos más claros e imparciales, que nos aseguren que la persona culpable de un delito será sancionada conforme a reglas más justas, sin recurrir a la fabricación de culpables, el uso indiscriminado de la prisión preventiva o la tortura. Para contribuir a esta importante tarea publicamos el *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal.*

Los diversos capítulos que componen el *Manual* buscan responder a una interrogante común: ¿cómo garantizar una impartición de justicia penal con perspectiva de derechos humanos? A lo largo de los distintos capítulos el *Manual* responde esta pregunta desde un enfoque teórico y práctico, considerando los derechos de las personas imputadas y de las víctimas en el proceso penal.

De manera particular, se analizan los problemas que surgen en el derecho procesal y probatorio al hacer efectivas las garantías de debido proceso. Lo anterior, partiendo de la interpretación constitucional y convencional que han realizado tribunales internacionales, altas cortes de justicia de la región, y la Suprema Corte mexicana.

Con esa base, el *Manual* explora problemas específicos como la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, estereotipos de género en la valoración de la prueba, la responsabilidad de los tribunales en el uso de ciencia forense, la psicología del testimonio y la prisión preventiva en México, entre otros. De esa manera, el texto ofrece respuestas concretas y puntuales a problemas reales, sin sacrificar el rigor metodológico ni la presentación de las fuentes más relevantes.

La defensa de los derechos humanos no es un obstáculo para la persecución de los delitos. El reto y la apuesta de las instituciones de seguridad, procuración e impartición de justicia es combatir la impunidad a través del paradigma de los derechos y del constitucionalismo. Con la publicación de este *Manual* ponemos en

manos de las y los operadores de justicia penal una fuente de consulta efectiva y accesible para facilitar su labor, con las herramientas del debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a una tutela judicial efectiva.

De esa manera, la Suprema Corte contribuye a la formación de juezas y jueces mejor capacitados para enfrentar los retos de sistema penal, y con ello, a hacer realidad la promesa de una verdadera justicia penal: una que responda al delito y a la impunidad con las armas del Estado de Derecho.

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de Judicatura Federal

Introducción

Hoy resulta indiscutible la influencia que desde hace algunas décadas ejerce el derecho internacional de los derechos humanos en el diseño, reforma o adaptación de los procesos penales de los países de la región. Creo que vale también para el ámbito latinoamericano la gráfica expresión que Roberts y Hunter usan para darle un nombre al fenómeno similar que tuvo lugar en Europa: se trata de una verdadera "revolución de los derechos humanos",[1] que ha transformado significativamente la fisonomía de los procedimientos criminales de los estados que forman parte del sistema interamericano.

A decir verdad, esto es algo que no debería extrañarnos si reparamos en la compleja estructura normativa de los modernos Estados constitucionales de derecho, producto de la *positivación* de los antiguos "derechos naturales" en los textos de las constituciones políticas y de los instrumentos de derechos humanos que ocupan la cúspide de los ordenamientos jurídicos nacionales. Como explica Ferrajoli, esa particular estructura normativa hace necesario redefinir teóricamente la idea simplificada de *validez* jurídica como equivalente de mera *existencia* —*i.e.* de un acto normativo dictado conforme a las normas que regulan su proceso de

[1] Roberts, P. y Hunter, J. (2012), *Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions*, Oxford - Portland, Hart Publishing, pp. 1-4.

producción— en términos de una idea más robusta de validez *sustancial*, que demanda un análisis de la adecuación del *contenido* entre normas de diferente jerarquía. En esta línea, "la especificidad del moderno estado constitucional de derecho reside precisamente en el hecho de que las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no sólo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial" y, con ello, se introduce un factor de potenciales antinomias entre normas de distintos niveles.[2]

El enjuiciamiento penal es sin lugar a dudas uno de los ámbitos donde puede apreciarse con mayor nitidez esa posibilidad siempre latente de incoherencia o contradicción entre la Constitución y la ley. Precisamente por ello, en el ámbito del proceso criminal y, en particular, en la regulación de los métodos de adquisición de las evidencias, el análisis de los problemas de valoración de la prueba, la fundamentación de la decisión judicial y los controles ulteriores, entre otros, es especialmente importante el estudio y la reflexión crítica sobre los alcances e implicancias de los derechos fundamentales de las personas sometidas a proceso, así como de las víctimas de delitos y testigos. En este sentido, el estudio de la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos se ha vuelto verdaderamente indispensable para todo jurista práctico, pues puede decirse sin exageración que el litigio en general y, con mayor énfasis, el litigio en el ámbito penal *habla el lenguaje de los derechos humanos*.

En el sistema interamericano, la llamada "doctrina del control de convencionalidad" es, desde hace ya más de una década y media, el *puente* que conecta la producción de los órganos competentes de derechos humanos y los tribunales y otras autoridades nacionales. En pocas palabras, los jueces y las juezas de un Estado

[2] Ferrajoli, L. (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza. Citado por la trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 358. Es reveladora la comparación del autor entre los estados absolutos y los modernos estados de derecho. En los primeros, validez y vigencia coinciden, pues tales estados "tienen como única norma acerca de la producción el principio de mera legalidad *quod principi placuit Iegis habet vigorem*"; en cambio, "no coinciden […] en los modernos estados de derecho, que están dotados de normas acerca de la producción que vinculan la validez de las leyes al respeto de condiciones también sustanciales o de contenido, en primer lugar los derechos fundamentales" (pp. 359-366).

parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben "velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin" y, para ello, están llamados a controlar, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, que las disposiciones normativas domésticas se adecuen a los requerimientos de ese instrumento internacional. A tal efecto, según ha añadido la Corte de San José, deben tener en cuenta no sólo las cláusulas del tratado, "sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".[3]

Los distintos países de la región han ensanchado o estrechado ese puente,[4] pero en todo caso éste se ha ido consolidando y es actualmente recorrido en ambos sentidos por autoridades nacionales y órganos internacionales. En efecto, la arquitectura del sistema interamericano de derechos humanos difícilmente pueda ser

[3] Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, §§124-125; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, §128; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, §180; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, §339; entre muchos otros. Sobre la doctrina del control de convencionalidad, pueden consultarse: Sagüés, N. P. (2011), "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, tomo IV, pp. 272-291; Sagüés, N. P. (2014), "Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad", *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, núm. 2, pp. 23-32.

[4] Para el caso mexicano, puede consultarse la Sentencia recaída al Expediente Varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de julio de 2011. En esta decisión se abordaba precisamente el tema de la participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte IDH en el *Caso Radilla Pacheco*. Entre otras cuestiones de interés, la Suprema Corte mexicana distingue cuidadosamente aquellos casos donde México ha sido parte en el litigio en sede internacional, con la consiguiente oportunidad de participar en el proceso, de las decisiones tomadas por la Corte de San José en procedimientos donde ese estado no intervino como parte. En los primeros, la SCJN indica que ella "no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen […] cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos". En cambio, al resto de la jurisprudencia de la Corte IDH se le reconoce "el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos", pero "siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona", con una referencia al criterio *pro persona* establecido en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (§§17 y ss. de esa sentencia). El pronunciamiento de la SCJN también explica el modo de llevar a cabo el control de convencionalidad por los distintos órganos judiciales del país, y propone acudir a una "interpretación conforme" a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte IDH de las disposiciones de derecho interno, antes de la inaplicación de estas, que sólo debería emplearse cuando aquella primera alternativa no sea posible.

caracterizada como una de tipo piramidal, verticalizada o jerárquica, una en el cual la Corte Interamericana tiene siempre la última palabra y las altas cortes y otros tribunales nacionales son meros receptores acríticos del producto interpretativo elaborado en San José. En cambio, el sistema puede ser mejor descripto como uno dialógico, pluralista, uno en el cual, en lo que aquí interesa, la interpretación de lo que implican los requerimientos del debido proceso se construye a partir de la interacción y el acomodamiento recíproco entre autoridades nacionales y órganos de derechos humanos. No es infrecuente, en este sentido, que los órganos jurisdiccionales de derechos humanos tengan en consideración en sus decisiones más importantes el derecho legislado y la jurisprudencia constitucional de los Estados parte, en busca de acuerdos básicos que sirvan como punto de partida para llegar a una interpretación razonable de un derecho o garantía procedimental, o bien en procura de anticipar las consecuencias que una determinada interpretación podría tener en la reconfiguración de las prácticas de uno o varios países.[5] Es estimulante, en fin, la idea de una "arquitectura abierta" del derecho interamericano de los derechos humanos,[6] que —sin ser su objeto específico— puede rastrearse en varios de los trabajos que integran este Manual.

[5] Así, por ejemplo: TEDH, Gran Sala, *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, nos. 26766/05 y 22228/06, 15 de diciembre de 2011 (referida al derecho de interrogar a los testigos de cargo); Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C y otros vs. Nicaragua*, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C No. 350 (referida a la garantía de motivación de las decisiones judiciales en caso de enjuiciamiento por jurados).

[6] Krisch, N. (2008), "The Open Architecture of European Human Rights Law", *Modern Law Review*, vol. 71 (2), pp. 183-216. Para el caso del sistema europeo de derechos humanos, Krisch ha puesto en duda que este pueda ser caracterizado como un orden jerárquico donde el Convenio Europeo ocupe el lugar de "instrumento constitucional" y el Tribunal Europeo el papel de última autoridad judicial indiscutida. En cambio, ha argumentado convincentemente que el sistema puede ser mejor descripto como un régimen pluralista, caracterizado por una relación *heterárquica* entre sus partes constituyentes que, en última instancia, se define política y no jurídicamente. Según señala, el análisis de las interacciones entre el TEDH y los tribunales nacionales de la Unión Europea, especialmente de sus más altas instancias, revela que, si bien las decisiones de Estrasburgo son seguidas regularmente por los tribunales domésticos, esto no indica el surgimiento de un sistema unificado y ordenado jerárquicamente; en cambio, en más de una oportunidad los tribunales nacionales han insistido en la supremacía última de su propio orden jurídico sobre el derecho europeo de los derechos humanos y, con ello, creado una zona de discrecionalidad para decidir si respetar o no una sentencia del TEDH, lo que les permite "negociar" con Estrasburgo sobre temas especialmente sensibles (Krisch brinda varios ejemplos, al que podríamos añadir el enriquecedor "diálogo" entre el TEDH y los tribunales del Reino Unido a propósito del derecho de interrogar a los testigos de cargo, que trato brevemente en el capítulo IV de este Manual). A pesar de esta divergencia sobre cuestiones tan fundamentales —expone— la interacción ha sido mayormente armoniosa y estable, lo que se ha visto facilitado por la adopción de estrategias flexibles y receptivas de los tribunales involucrados. El autor sugiere que esto demostraría que los rasgos más

Ahora bien, pese a tan profundos y variados puntos de contacto entre proceso penal y derechos humanos, y a la existencia de una prolífica producción de tribunales internacionales y altas cortes de justicia encargadas de asuntos constitucionales, muchos de los aspectos más controvertidos en materia de interpretación de los derechos procedimentales más básicos se encuentran todavía en un muy incipiente grado de teorización, al menos en trabajos de habla hispana. Por tal razón, resulta indispensable el aporte de estudiosas y estudiosos del derecho para contribuir en la tarea de ordenar y dar sentido a esas nuevas configuraciones jurídicas, con el horizonte puesto en la adopción de mejores decisiones judiciales y litigio en general, pero también en reformas legislativas y adopción de políticas públicas.

Este *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal* constituye una obra colectiva orientada justamente a poner de relieve el impacto de la interpretación de ciertos derechos elementales en la faceta probatoria del proceso penal, particularmente de aquellos identificados como garantías judiciales mínimas que, con ligeros matices de redacción, integran la noción de "debido proceso" o *fair trial* en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos y constituciones nacionales de la región. De esta manera, el Manual busca contribuir en la formación de juezas, jueces y funcionarias/os mexicanas/os a través de una serie de trabajos de profundidad teórica e impacto práctico ubicados en el terreno común al derecho de los derechos humanos y al derecho y razonamiento probatorios, con una mirada atenta a la jurisprudencia de tribunales internacionales y con especial referencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana.

En lo que concierne a la organización del proyecto, tras definir los temas que integrarían el volumen colectivo, el esquema de trabajo propuesto a autoras y autores ha sido el de examinar el impacto de los derechos elementales del debido proceso en el campo del derecho probatorio y procesal, con una invitación a delinear los aspectos centrales del tema abordado y abarcar parte de las discusiones

salientes del modelo pluralista —incrementalismo e indeterminación de la autoridad última— han contribuido de modo significativo a la fluida evolución del sistema europeo de derechos humanos.

más necesitadas de teorización en ese específico ámbito. El resultado ha sido una obra donde concurren múltiples perspectivas, pero sin perder por ello la ilación entre sus partes constitutivas, ni abandonar una base teórica común, lo que dota al Manual de una consistencia que lectoras y lectores podrán detectar entre los capítulos.

A su vez, para ordenar los temas abordados se ha considerado lo siguiente. Por un lado, la mayor parte de los tópicos cuadran con relativa sencillez en una estructura cronológica o por etapas del proceso judicial. Así, a las discusiones vinculadas con problemas específicos de admisibilidad, le siguen trabajos que abordan problemas de valoración de cierto tipo de pruebas, o en cierto tipo de investigaciones, o de clases especialmente problemáticas de hechos, y a éstos —a su vez— otros que se ocupan de la adopción de la decisión judicial, las exigencias de motivación —también en casos de procedimientos abreviados— y el control en segunda instancia de la sentencia de condena. Algunas contribuciones, sin embargo, no se adaptan a ese criterio clasificador, pues se refieren a temas de alcance más general, como el vínculo entre los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y la necesidad de diseñar e implementar procedimientos judiciales que promuevan la averiguación de la verdad, o a institutos más específicos y especialmente polémicos, como el de la prisión preventiva oficiosa en México. Para no interrumpir aquel cómodo ordenamiento por etapas sucesivas, estos trabajos constituyen los capítulos finales de la obra.

En el capítulo I, a cargo de Alan Limardo, se trata el muy controvertido tema de la admisibilidad de elementos de juicio obtenidos en violación de derechos fundamentales. El autor presenta y examina críticamente los posibles fundamentos de la llamada regla de exclusión de la prueba ilícita, e ilustra con ejemplos cómo esos fundamentos son receptados en países de diversas tradiciones jurídicas. A su vez, con apoyo en la idea de convergencia entre reglas y principios, desarrollada por Schauer, y teniendo en cuenta la variedad de casos abarcados por la amplia noción de "prueba ilícita", propone una configuración de la regla de exclusión basada en la consideración de distintos factores y expone algunas de sus ventajas.

Marina Gascón Abellán analiza en el capítulo II el problema del valor probatorio, en ocasiones excesivo, asignado a las pruebas forenses. Para ello, describe las causas de este habitual proceder por parte de la gente en general y de los tribunales en particular, identifica las limitaciones más relevantes de las disciplinas forenses y, sobre esa base, propone mecanismos tendientes a controlar la calidad de la ciencia forense que ingresa al proceso. Gascón Abellán defiende la idea de que los tribunales deben ser guardianes de la calidad de los informes y declaraciones de los expertos e indica que ese control de fiabilidad debería establecerse como un control de admisibilidad. Entre otros aportes, la autora presenta un elaborado *test* general para guiar a los jueces y tribunales en el control de admisibilidad de esas pruebas.

Por su parte, en el capítulo III Mercedes Fernández López aborda un tema de especial relevancia en la investigación de crímenes vinculados con la delincuencia organizada, al evaluar el tratamiento procesal de la información ofrecida por colaboradores respecto de las decisiones judiciales previas a la sentencia; en particular, de la imposición de medidas de coerción personal. En este contexto, la autora reflexiona sobre el valor probatorio de esas declaraciones, llamando la atención sobre los problemas que acarrean las restricciones al principio de contradicción, y sobre la especial importancia de la corroboración de la información obtenida a través de colaboradores.

En el capítulo IV me ocupo del derecho del acusado de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y pongo el foco en un problema recurrente, el de los testigos no disponibles, que ha suscitado encendidos debates tanto en el ámbito de los tribunales internacionales de derechos humanos como en el de las altas cortes de justicia a uno y otro lado del Atlántico. Tras un examen crítico del criterio interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los principios que subyacen a ese derecho, ofrezco un balance de la última década de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana.

Marcela Paz Araya Novoa aborda un tema de enorme importancia en el capítulo V: el de los obstáculos que para el acceso a la justicia de víctimas de violencia machista representa el empleo de estereotipos de género en las actividades de investigación

y valoración de la prueba en los procesos judiciales. Valiéndose de ejemplos tomados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Suprema Corte mexicana, la autora explica el papel de la perspectiva de género y la motivación suficiente para identificar y desactivar tales estereotipos, y contribuir así al reconocimiento y preservación de los derechos fundamentales de las mujeres.

El capítulo VI expresa una preocupación por el respeto a la dignidad de la persona, ante la tendencia a normativizar el concepto de dolo. Daniel González Lagier presenta las particularidades de la prueba de los estados mentales y la clásica oposición que rige al respecto entre concepciones objetivistas y subjetivistas. El autor defiende la tesis de que la prueba de la intención es una cuestión de descubrimiento, donde la mejor herramienta para realizar inferencias probatorias sobre la base de la conducta externa de un agente será lo que denomina Principio de Racionalidad Mínima, cuyo significado e implicancias desarrolla.

En el capítulo VII, Daniela Accatino pone de resalto la importancia del deber de motivación de las premisas fácticas de una decisión judicial en el marco de un Estado democrático de derecho, tanto por hacer posible el control público de su sujeción a derecho, como por su rol de garantía secundaria del derecho al debido proceso, al ser condición necesaria para la satisfacción de varios de los derechos que lo integran. La autora examina qué cuenta como una debida motivación, identificando tres grupos de condiciones para que una decisión probatoria pueda considerarse debidamente justificada. Al evaluar esas condiciones, Accatino analiza críticamente los aportes de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos y de la Suprema Corte mexicana.

Diana Veleda examina en el capítulo VIII los desafíos que plantean los procedimientos abreviados desde la perspectiva de la justificación epistémica de la condena, del control judicial de los acuerdos y del ejercicio del derecho al recurso en tales casos. La autora explica que cada uno de estos temas admite respuestas distintas según se conceptualice a los acuerdos como *especies de juicios* o como *renuncias de derechos*. Entre otros aportes, sugiere que entender a los acuerdos en este último sentido no implica prescindir de toda clase de justificación epistémica

en la sentencia, ni omitir que esta sea controlada interna y externamente, a través de la supervisión judicial del acuerdo y los recursos, respectivamente.

En el capítulo IX, a cargo de Javier Mariezcurrena, se examina el derecho de recurrir el fallo de condena. El autor sistematiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana y explora algunos de los principales impactos que los estándares allí establecidos han tenido en los procedimientos penales de los países de la región. En particular, Mariezcurrena analiza el modo en que la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana ha lidiado con la cuestión de la integralidad de la revisión, revisa críticamente algunas "ventajas" comúnmente atribuidas al principio de inmediación y sugiere que la tensión entre inmediación y control amplio de la valoración de la prueba en segunda instancia es más aparente que real.

Diego Dei Vecchi se ocupa en el capítulo X de los aspectos probatorios de un instituto especialmente polémico, el de la prisión preventiva oficiosa. Valiéndose de pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano y de los tribunales mexicanos, el autor explica las exigencias que se derivan de la concepción cautelar del encarcelamiento preventivo. A partir de allí, reflexiona acerca de si es posible o no justificar la legitimidad de la prisión preventiva oficiosa bajo aquellas exigencias, y llama la atención sobre una posible antinomia dentro del mismo sistema interamericano: la admisión de presunciones *iuris* de peligrosidad procesal, señala, resulta inconsistente con la concepción cautelar, pues ésta exige prueba de la peligrosidad procesal para cada caso concreto.

En el último capítulo de la obra Edgar Aguilera defiende con variados argumentos la necesidad de diseñar e implementar procedimientos judiciales que promuevan la averiguación de la verdad. Entre las razones que emplea, dedica especial atención al *derecho a la verdad* de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, cuyos alcances e implicancias explora. Entre otros aportes, y en línea con la idea de la necesidad de dotar al procedimiento penal de un perfil veritativo-promotor, el autor presenta y critica el llamado modelo autoritario de investigación en México y expone finalmente una serie de medidas preventivas del error en los procesos judiciales.

Por supuesto, en los párrafos anteriores apenas he presentado una muy escueta síntesis de la obra, que no hace justicia a la riqueza argumentativa y profundidad analítica de los capítulos que la integran. Creo que la reseña, en todo caso, basta para que pueda apreciarse la importancia para el funcionamiento cotidiano del sistema de administración de justicia criminal que tienen las cuestiones que forman parte del Manual. En fin, espero que éste pueda convertirse en un material de consulta para juezas, jueces, fiscales, defensoras, defensores y otros operadores judiciales y coadyuve, de ese modo, al desarrollo de una jurisprudencia rica y coherente en materia de prueba en el proceso penal y derechos humanos.

No puedo cerrar esta introducción sin antes agradecer a las autoras y autores de este Manual, con quienes he mantenido un enriquecedor intercambio durante la coordinación del proyecto y de cuyas ideas he aprendido mucho. El agradecimiento se extiende especialmente a Arturo Bárcena Zubieta, Regina Castro Traulsen, Linda Helena Maclú Zorrero, Alonso Lara Bravo y todo el personal de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Su confianza al encomendarme la coordinación del Manual, el apoyo constante durante el proceso de elaboración y la calidez humana de todos ellos han hecho que disfrutase mucho mi tarea durante este periodo.

Pablo Rovatti

Buenos Aires, primavera de 2021

Capítulo I

Regla de exclusión de la prueba ilícita: una reevaluación de sus fundamentos con perspectiva comparativa

Alan Limardo*

* Abogado (Universidad de Buenos Aires). Magister en Razonamiento Probatorio (Universidad de Girona y Universidad de Génova). Agradezco a Rocío Buosi, Pablo Larsen y Pablo Rovatti por sus críticas y sugerencias que me permitieron mejorar una versión preliminar de este trabajo.

Regla de exclusión de la prueba ilícita. I. Introducción; II. Las razones para excluir prueba obtenida de un modo inapropiado; III. La recepción de los fundamentos en diversos sistemas jurídicos; IV. Cuando el lenguaje de las normas no nos ayuda: la convergencia; V. Los factores relevantes para la exclusión de pruebas obtenidas de un modo inapropiado; VI. Conclusiones.

I. Introducción

Los órganos encargados de recolectar evidencia en los procesos judiciales suelen desarrollar medidas de investigación que interfieren con derechos fundamentales. En muchas ocasiones, esas interferencias se encuentran permitidas por la ley bajo ciertos requisitos. Sin embargo, por diversos motivos, a veces se obtienen pruebas por fuera de esos casos y, por tanto, para ello se vulneran derechos injustificadamente. De modo generalizado, a la prueba obtenida en violación de un derecho fundamental se la ha denominado "prueba ilícita".[1]

Esto puede suceder de muy diversas maneras. El caso más extremo es que una persona sea sometida a actos de tortura y que, en ese contexto, efectúe una declaración. Pero también se puede producir prueba de esta clase a partir de la realización de ingresos domiciliarios, intervenciones telefónicas o detenciones y requisas, o por la utilización de agentes encubiertos o provocadores. Otra fuente

[1] Por todos, véase Miranda Estrampes (2010, p. 133; 2019, p. 17) y Gascón Abellán (2012, p. 78; 2020, p. 180). En este trabajo, "prueba ilícita" y "prueba obtenida de un modo ilícito/inadecuado/inapropiado" deben entenderse como sinónimos. Esto se debe a que, a pesar de su uso extendido, el término "ilícito" refleja tan sólo un grupo de los casos en los que es posible afectar un derecho fundamental para obtener pruebas.

de casos son los interrogatorios de las fuerzas de seguridad que pueden implicar la utilización de prácticas engañosas o con algún grado de coerción para lograr que un sospechoso confiese. En definitiva, muchas son las situaciones que se pueden generar durante la investigación en el marco de un proceso y que pueden dar lugar a la configuración de prueba ilícita.

Ahora bien, el tratamiento de esta prueba no es pacífico. Si bien se reconoce que presenta problemas particulares y que la prudencia desaconseja su admisión de modo automático, hasta ese punto llegan los acuerdos. En especial, la exclusión de esa clase de evidencia es una arena de encendidas discusiones: allí se debaten las características y extensión de la llamada "regla de exclusión de la prueba ilícita".

Las posiciones son de lo más variadas. En una rápida aproximación, las alternativas oscilan entre aquellas que postulan que siempre debe ser excluida la prueba ilícita, pasando por tesis que sostienen que sólo debe hacerse cuando resulte útil para disuadir a las fuerzas de seguridad de futuros malos comportamientos, hasta aquellas que consideran útil la exclusión siempre y cuando se encuentre comprometida la confiabilidad de la evidencia.

En este trabajo, no pretendo resolver estas disputas y en la mayor medida posible intentaré ubicarme por fuera de ellas. Tendré como objetivo contribuir a la discusión sobre la regla de exclusión de la prueba ilícita a través de dos puntos muy concretos. En primer lugar, reseñaré los fundamentos teóricos que usualmente se asignan a la regla de exclusión (apartado II) y observaré cómo esos fundamentos son receptados en la legislación o jurisprudencia de países de tradiciones jurídicas variadas (apartado III).

A continuación, intentaré demostrar que el lenguaje en que la regla de exclusión es formulada no es una buena herramienta para detectar su fundamento en función del fenómeno de la convergencia que, como se verá, consiste en el comportamiento adaptativo de los aplicadores de normas a través del cual desplazan reglas hacia estándares y estándares hacia reglas. Asimismo, señalaré que este

fenómeno se presenta particularmente con la norma que regula la exclusión de prueba ilícita, ya que abarca situaciones muy diferentes y, por tanto, genera una incomodidad justificada en quienes deben decidir los casos a partir de disposiciones jurídicas —reglas o estándares— que sugieren, por su redacción, poseer un fundamento único (apartado IV). Finalmente, sostendré que la detección de los factores relevantes para cada grupo de casos puede enriquecer la discusión para evaluar la incorporación de más fundamentos en su configuración de modo coherente (apartado V).

Algunas aclaraciones que considero importantes. No ingresaré en los problemas que puede traer determinar cuándo un derecho fundamental ha sido vulnerado. Este trabajo partirá de un momento lógicamente posterior e intentará presentar algunas ideas para enriquecer la respuesta a la pregunta: ¿qué deberíamos hacer con la evidencia cuando se obtuvo mediante una violación de un derecho fundamental? Tampoco se abordará el asunto, necesariamente posterior, del grupo de casos que usualmente suele analizarse bajo el rótulo de la teoría de los frutos del árbol envenenado.

Por otra parte, no será relevante a los fines de este trabajo el estatus normativo de la regla de exclusión. Será indiferente, por tanto, si en un determinado sistema encuentra anclaje constitucional o legal. Esto se debe a que la discusión teórica acerca de sus fundamentos, que aquí se pretende presentar, no se verá influenciada por la jerarquía normativa de la disposición en donde se encuentre prevista.

Finalmente, las comparaciones entre distintos sistemas jurídicos deben comprenderse como un recurso para tener en cuenta otros modos de hacer las cosas, otras prácticas, para enriquecer los argumentos que aquí se brindarán e intentar reducir los sesgos que pueden producirse al encontrarse inmerso en una cultura jurídica. Ciertamente hay un número sumamente amplio de factores que deberían precisarse si se desea hacer un análisis riguroso de derecho comparado (culturales, históricos, normativos, institucionales, etc.), pero aun así resulta útil ampliar los horizontes y ver cuán similares o disímiles resultan las prácticas en tradiciones jurídicas diversas.

Dicho esto, comenzaré a analizar los fundamentos ofrecidos para explicar la existencia de la regla de exclusión.

II. Las razones para excluir prueba obtenida de un modo inapropiado

La literatura jurídica que se ocupó del estudio de la justificación de la exclusión de evidencia en función del modo en que fue obtenida es pacífica en punto a la existencia de diversas razones.

En general, la mayoría de los trabajos identifican tres fundamentos, más allá de alguna diferencia sutil tanto en su denominación como en la delimitación de sus contornos o características: el de la disuasión, el de la protección de derechos y el de la integridad (Duff, Farmer, Marshall y Tadros, 2007, pp. 227-241; Ashworth y Redmayne, 2010, pp. 316-139; Jackson y Summers, 2012, pp. 153-158; Roberts y Zuckerman, 2004, pp. 150-160; Choo, 1989, pp. 268-279 y Turner y Weigend, 2019, pp. 258-263).

A su vez, en ocasiones se menciona como uno independiente al fundamento de la justicia del procedimiento (Jackson y Summers, 2012, p. 169 y Ho, 2019), y también se ha planteado que existiría un fundamento epistémico con suficiente autonomía y fortaleza para integrar la lista de razones para la exclusión de esta clase de evidencia (Jackson y Summers, 2012, p. 154; Nieva Fenoll, 2018 y Turner y Weigend, 2019, p. 257).

Las teorizaciones representan tipos ideales de fundamentos ofrecidos para justificar la regla de exclusión y, por tanto, no pretenden tener capacidad descriptiva de lo que ocurre en un determinado sistema jurídico. A su vez, incluso cuando en muchas ocasiones los fundamentos puedan superponerse parcialmente, la distinción permitirá identificar mejor qué clase de argumento subyace a la idea de exclusión de evidencia bajo cada uno y, en consecuencia, permitirá evaluar mejor sus ventajas y desventajas de manera individual, y la coherencia en la integración entre ellos.

1. El fundamento de la disuasión

Este fundamento, también conocido como principio disciplinario, *deterrent theory* o del efecto disuasorio (*deterrent effect*), puede resumirse del siguiente modo:[2]

> La exclusión de la evidencia disuadirá a investigadores y fiscales de repetir su conducta ilegal en el futuro. Si los jueces, a través de la exclusión rutinaria de la evidencia obtenida de modo inadecuado, mandan un mensaje claro a los agentes estatales de que violar la ley no representa ninguna ventaja, entonces […] la motivación para quebrantamientos oficiales de la ley es removida y las violaciones reales deberían descender [Roberts y Zuckerman, 2004, p. 151].

En esta tesis, la evidencia obtenida de modo inapropiado debe excluirse de los procesos para enviar un mensaje a los funcionarios encargados de la recolección de la prueba (habitualmente la policía o las fuerzas de seguridad). Ese mensaje consiste en una advertencia: "absténganse de obtener pruebas vulnerando derechos fundamentales pues, de lo contrario, las pruebas que consigan no podrán ser incorporadas al proceso".

En consecuencia, el sacrificio epistémico (es decir, la exclusión de prueba relevante para averiguar la verdad de los hechos) se produce para conseguir un objetivo no epistémico que es ajustar la conducta de las fuerzas de seguridad e intentar disuadirlos de ejecutar acciones inapropiadas para obtener pruebas. En esa medida, se afirma que este fundamento es uno de tipo *instrumental-no epistémico* y orientado al futuro (Roberts y Zuckerman, 2004, p. 155 y Roberts, 2012b, p. 172).

Toda vez que el objetivo de la exclusión consiste en desincentivar a los funcionarios de la comisión de *futuras* transgresiones de la ley, puede sostenerse que resulta un fundamento *preventivo*: la pérdida de información útil para condenar a una persona en un caso concreto es el precio a pagar para prevenir que, en el futuro, las fuerzas de seguridad repitan su conducta reprochable.

[2] De aquí en adelante, todas las traducciones son propias.

A su vez, sería factible distinguir entre un fundamento de la disuasión *individual* y un fundamento de la disuasión *institucional*. En el primer caso, el destinatario del mensaje disuasorio será el agente de seguridad que intervino en el caso concreto, mientras que en el segundo la comunicación estará dirigida a la policía como institución:

> Hay dos bases sobre las que se podría sugerir que la exclusión de pruebas obtenidas de modo inapropiado podría disuadir futuras irregularidades. El primero se refiere al oficial de policía responsable de la irregularidad. Se dice que es probable que dicho oficial se sienta agraviado si sus esfuerzos se ven frustrados por la exclusión y que, en consecuencia, la exclusión lo induciría a tener más cuidado en el futuro. En segundo lugar, se dice que la exclusión también disuadiría la mala conducta de la policía en un sentido más amplio: la difusión de la importancia de los fallos individuales sobre la admisibilidad de pruebas obtenidas indebidamente sería relativamente manejable en un marco burocrático como aquel en el que funcionan la policía y la fiscalía, por lo que una política judicial de exclusión de los juicios penales de pruebas obtenidas indebidamente probablemente resulte, entre otros, en la formulación de programas educativos y directivas administrativas para la policía, lo que a largo plazo conduciría a alguna mejora en las prácticas policiales [Choo, 1989, pp. 271-272].

Por último, es relevante advertir dos puntos adicionales. En primer lugar, este fundamento únicamente podrá justificar la exclusión de pruebas cuando la conducta inapropiada sea ejecutada por autoridades oficiales (*i.e.*, policía, fuerzas de seguridad), mientras que no tendrá capacidad explicativa para evidencia que sea obtenida por particulares. En segundo lugar, resulta indiferente a la luz de esta teoría si existe coincidencia entre la persona afectada por la conducta policial y aquel afectado por la utilización de la evidencia, pues la exclusión de esta última se encuentra justificada por el mero hecho de la existencia del proceder incorrecto de las fuerzas de seguridad.

Tradicionalmente, el fundamento de la disuasión ha sido blanco de las siguientes críticas.

En primer lugar, se señala que en muchos casos la disuasión va a tener baja o nula eficacia, ya sea por la dificultad de que las fuerzas de seguridad tomen conocimiento de la exclusión y sus motivos (Choo, 1989, p. 272) o bien porque, a pesar de anoticiarse, las expectativas de sus pares y superiores y/o la presión de la sociedad por atrapar a los culpables les produzca un incentivo mayor en sentido contrario (Roberts y Zuckerman, 2004, p. 155), o en virtud de que, en ocasiones, la policía realiza acciones inapropiadas con fines distintos a la obtención de pruebas,[3] por lo que si ellas no pueden ser utilizadas en juicio les resultará indiferente (Turner y Weigend, 2019, p. 260), o que consideren que la irregularidad no saldrá a la luz o que el acusado reconocerá su culpabilidad (Ashworth y Redmayne, 2010, p. 316).

En segundo lugar, se postula que el precio que se paga para enviar el mensaje de disuasión es muy alto, pues implica que personas probablemente culpables vean incrementadas sus chances de ser declaradas inocentes (Kaplan, 1974; Stuntz, 1996; Amar, 1997 y Duff *et al.*, 2007, p. 229), circunstancia que cobra mayor relevancia mientras más grave sea el delito y mientras sea menor la intensidad de la conducta inapropiada (y, por tanto, menor necesidad de disuadir exista).

Por último, se afirma que podría concretarse el objetivo de disuasión a través de otras alternativas distintas a la exclusión de la evidencia y a un precio menor, como la sanción administrativa del policía infractor o, incluso, una investigación criminal por la posible comisión de un delito (Amar, 1997 y Duff *et al.*, 2007, p. 228).

2. El fundamento de la protección de derechos

La teoría conocida también como *remedial theory* o *protective principle*,[4] sostiene que:

[3] Por ejemplo, para humillar a un miembro de un grupo determinado o en caso de que estén buscando información no relacionada con un proceso judicial.

[4] La denominación proviene del profesor inglés Andrew Ashworth (1977). Los tribunales ingleses nunca acogieron el principio disciplinario como subyacente a la regla de exclusión de la prueba ilícita y, en cambio, apoyaron sus decisiones de exclusión en la idea de la fiabilidad de la evidencia; para superar el "punto muerto" en la discusión entre fiabilistas y disciplinaristas, Ashworth introdujo en ese entonces

> Cuando se han violado derechos fundamentales […] la víctima de la violación tiene derecho a un remedio. El remedio apropiado es asegurar que la víctima no sufra una desventaja debido a la violación. La única forma de lograrlo es excluir del juicio las pruebas obtenidas mediante la infracción o detener el proceso. […] El remedio ideal para la violación de un derecho es normalmente (al menos) la restitución de la víctima a la posición en la que habría estado si no se hubiera violado el derecho; detener la acusación o excluir las pruebas serían las formas normales de lograr esto [Duff *et al*., 2007, pp. 229-230].

En función de este fundamento, la evidencia obtenida de modo inapropiado debe excluirse de los procesos para reparar o compensar a la persona que fue objeto de una violación de sus derechos fundamentales y fruto de la cual se obtuvo prueba para un proceso. La manera de reparar a la víctima de una violación de derechos (habitualmente, el acusado) en el marco de una investigación es hacer desaparecer los efectos de esa vulneración y, por tanto, situarla en el estado de cosas que existía anteriormente. En otras palabras, la jurisdicción toma a su cargo la compensación del titular del derecho afectado a través del reconocimiento de un derecho a que la evidencia obtenida de manera inapropiada sea excluida del proceso.

Sobre esta base, puede comprenderse que el sacrificio epistémico producto de la exclusión sólo se explica a partir del deber estatal de reparación del daño *causado* a un *individuo*. Así, la tesis de protección de derechos posee una justificación *no instrumental-individual* y orientada al pasado (Roberts y Zuckerman, 2004, p. 155).

En la medida en que su sentido central es ofrecer una compensación o reparación a una persona titular de un derecho que fue vulnerado, es posible describirlo como un fundamento *curativo*. De cualquier manera, es importante hacer

---

una tercera posición: el llamado *protective principle* (Roberts, 2012a, pp. 172-173). En su versión original, se puede resumir así: "[l]a trivialidad o gravedad de la infracción se mide en función de sus consecuencias para el imputado, debiendo examinarse la razón del procedimiento en particular. Si el procedimiento no tenía por objeto salvaguardar la libertad individual sino más bien garantizar la exactitud de las pruebas recabadas, el principio de protección no exige la exclusión de las pruebas obtenidas en contravención del procedimiento: su admisibilidad debe depender únicamente de su fiabilidad. Si, por el contrario, parece que el procedimiento fue concebido como una salvaguarda de la libertad, el tribunal debe pasar a considerar si la violación realmente tuvo el efecto de perjudicar esa libertad. Si lo hizo, la evidencia debería ser excluida" (Ashworth, 1977, citado en Roberts, 2012a).

énfasis en la *necesidad de una desventaja* a partir de la violación del derecho para que cobre operatividad la exclusión de evidencia *en un proceso* como remedio adecuado. Así, que el Estado ofrezca ese remedio frente al quebrantamiento requerirá que la prueba obtenida ocasione un daño al titular del derecho (*i.e.*, sea una prueba relevante en su contra) en tanto, de no cumplirse este requisito, otros modos de reparar la violación del derecho serían más adecuados y útiles para su titular.

Bajo esta tesis no es tan claro qué debería suceder con la prueba recolectada por particulares en vulneración de derechos fundamentales. Si bien una respuesta rápida podría llevar a sostener que no es relevante quién fue el autor de la afectación de un derecho, y basta que ésta se haya producido para que tenga lugar el nacimiento del deber estatal de exclusión frente al individuo, también se ha sostenido que sólo los quebrantamientos estatales pueden habilitar el reclamo de un remedio contra el Estado (exclusión), mientras que aquellos ejecutados por un particular sólo permitirían una acción contra este último por fuera del proceso y, en esos casos, la única exigencia plausible al Estado es que garantice la obtención de esa remedio (Duff *et al.*, 2007, p. 230).

Una crítica central al fundamento de protección de derechos consiste en destacar que posee utilidad únicamente mientras exista un derecho fundamental afectado y, de ese modo, no permite justificar la exclusión de evidencia obtenida como consecuencia de acciones que suelen ser consideradas como cuestionables o reprochables, pero respecto de las cuales es difícil predicar cuál es el derecho involucrado, como la incitación a cometer delitos (*entrapment*) a través de un agente provocador (Roberts y Zuckerman, 2004, p. 158 y Duff *et al.*, 2007, p. 232).

En segundo término, otro fuerte embate contra esta teoría pone en duda la presunta naturalidad de la afirmación de que el remedio adecuado para la violación de un derecho en el contexto de la obtención de evidencia sea la exclusión de pruebas en el proceso. Esto se realiza a través de dos vías argumentales: i) cuestionando el nexo que se traza entre remedio y exclusión, o ii) destacando que, en ocasiones, puede resultar desproporcionado.

Un ejemplo de la primera crítica puede verse en el siguiente pasaje:

> El hecho de que un oficial de policía haya violado los derechos de un acusado no reduce en modo alguno la culpabilidad del acusado por el acto que cometió; y aunque debe ser indemnizado por la violación de sus derechos, la exclusión de pruebas relevantes carece de un nexo inherente con la lesión que sufrió el imputado [Turner y Weigend, 2019, p. 262].

La mejor representación del segundo argumento es la que podría denominarse como "la irracionalidad de la ceguera ante la prueba" de Roberts y Zuckerman (2004, pp. 153-155). El punto es simple: una vez que se conoce una evidencia no es posible volver al estatus epistémico anterior a su descubrimiento y la responsabilidad moral de quien debe tomar una decisión no puede llevar a hacer como si ese elemento no existiese. En consecuencia, la exclusión de la prueba puede resultar como un remedio desproporcionadamente favorable para el acusado cuando la violación no es de gran intensidad, la prueba posee un alto valor probatorio y el delito es grave. En definitiva, esta justificación de la regla resultaría excesivamente sobre-inclusiva ya que, en muchas circunstancias, se aplica a casos en que la exclusión no es el remedio más adecuado.

Desde otra perspectiva, tal como señalan Duff *et al.*,[5] frente a la violación de un contrato el remedio más puro es la exigencia de su cumplimiento, lo que restauraría al afectado en su derecho; sin embargo, a veces, por distintas razones, se recurre a otros remedios como una indemnización por daños, que constituye también una compensación de su derecho. En esa medida, se trata de dos remedios distintos que pueden aplicarse frente a una violación de un derecho. De modo similar, la exclusión de evidencia puede ser considerada como el remedio prima-

[5] Los autores formulan las consideraciones que vienen a continuación para intentar defender parcialmente la teoría de protección de derechos frente a la crítica de Roberts y Zuckerman (2004). Su idea es que la teoría de protección de derechos podría comprenderse de un modo no tan riguroso, es decir, que no cualquier violación de un derecho conduzca a la exclusión de evidencia. Sin embargo, creo que aun así la posición de Roberts y Zuckerman no pierde valor e incluso partiendo de una interpretación más moderada de este fundamento podrían sostener su crítica en la medida en que no exista un acuerdo sobre la proporcionalidad del remedio. A su vez, lo que afirman Duff *et al.* sigue constituyendo una crítica a la versión "pura".

rio frente a la violación de un derecho del acusado en un proceso penal por parte de funcionarios estatales para obtener evidencia, aunque "puedan existir razones en contra de otorgar el remedio primario en algunos (o incluso en muchos) casos" (Duff *et al.,* 2007, p. 232).

Asimismo, se ha señalado que la tesis abarca los casos en que se afectan derechos fundamentales del propio acusado en cuyo perjuicio pretende hacerse valer la evidencia, pero se presenta compleja para justificar cómo se encontraría legitimado para reclamar por la violación de un derecho de un tercero (*Ibidem*, 2007, p. 232).

Este fundamento es aquel que parecen adoptar las posiciones que sostienen una regla de exclusión *constitucionalizada,* como por ejemplo Gascón Abellán: "[l]a prohibición de prueba ilícita no requiere regulación legislativa expresa, sino que deriva directamente de la Constitución por la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento y su condición de inviolables" (2020, p. 182). Es decir, la regla de exclusión resultaría inherente a los derechos fundamentales que protegen al individuo, se encontraría implícita en cada uno de ellos; la afectación del derecho activaría el mecanismo para la utilización de la regla en el marco de los procesos penales como remedio adecuado para compensar a la persona por la vulneración sufrida.

3. El fundamento de la integridad

La justificación de la regla de exclusión a partir del fundamento de integridad (*moral integrity*) o principio de integridad (*principle of integrity*) es explicada por Duff *et al.* en estos términos:

> […] una condena no implica simplemente que las condiciones epistémicas para la condena se han cumplido. También implica que el Estado, a través del juicio, tiene el estatus moral para condenar al acusado. […] Esto refleja la idea común de que, cuando un individuo pretende que otro rinda cuentas de su conducta, una respuesta legítima del otro, el acusado, es negar la posición moral del primero. […] Este aspecto tiene que ver con la integridad del juicio. Al considerar la idea de integridad, nos preocupa principalmente la cuestión de si las fallas en el

> proceso penal antes del juicio pueden socavar la legitimidad de condenar al acusado, incluso cuando las condiciones epistémicas para la condena se han cumplido o se cumplirían [Duff *et al.*, 2007, pp. 225-226].

La idea central de este fundamento radica en que toda decisión de un juez o tribunal sobre la culpabilidad de una persona es algo más que valorar un conjunto de evidencias y determinar si alcanzan el nivel de suficiencia probatoria establecido por un estándar de prueba para condenarla. Es también una comunicación o un mensaje de tipo moral. Existen, por tanto, requisitos morales de integridad por parte del emisor que deben ser cumplidos para que esa condena pueda considerarse una comunicación moral genuina. Si bien la integridad es un concepto difuso, una de las maneras de que se vea comprometida es la admisión en los procesos de pruebas obtenida de modo inapropiado: es incoherente para quien emite el mensaje afirmar que no se debe actuar de manera reprochable y, sin embargo, utilizar el producto de una conducta reprochable (Redmayne, 2009, p. 303). Por tanto, el sistema judicial debería evitar asumir el aforismo "haz lo que yo digo, pero no lo que yo hago", ya que quien pretende dar lecciones morales debe aspirar a encontrarse por fuera de toda crítica moral (Roberts y Zuckerman, 2004, p. 157).

El fundamento de la integridad judicial puede presentarse de dos maneras. Una versión *individual* sostiene que si un juez o tribunal toma una decisión de condena respecto de una persona con base en una evidencia obtenida de modo inapropiado se convierte en cómplice de la conducta inadecuada; por tanto, debe enviar un mensaje en sentido contrario para reafirmar su integridad con el objetivo de proteger su estatus (*standing*) moral o reputación.

A su vez, una variante *sistémica* toma en cuenta, además del *standing* o reputación de un tribunal respecto de un individuo acusado, la influencia de la incorporación o exclusión de la evidencia respecto del *standing* o reputación del sistema de justicia en su totalidad, que pueden verse comprometidos tanto si la sociedad habitualmente ve como personas que lucen claramente culpables son declaradas inocentes, como si observa que la judicatura convalida los comportamientos

irregulares de las fuerzas de seguridad (Ashworth y Redmayne, 2010, p. 318; Roberts y Zuckerman, 2004, p. 159 y Turner y Weigend, 2019, pp. 258-259).

Esta tesis, por tanto, plantea que el sacrificio epistémico resultante de la exclusión de pruebas debe realizarse para preservar la integridad del proceso o del sistema de justicia, de modo que puede considerarse como un fundamento *no instrumental* y, dependiendo de la variante, *individual* o *sistémico*, con características *preventivas*.

En este marco, la circunstancia de que el sujeto que ejecutó una conducta reprochable para obtener evidencia sea un agente del Estado o un particular no es un factor decisivo, como tampoco lo es si quien reclama la exclusión es la persona que sufrió sus consecuencias o un tercero, toda vez que lo que le interesa a esta teoría es el modo en que esa conducta reprochable puede repercutir en la integridad. En este sentido, lo que se quiere representar es que el hecho de que el autor de la acción inapropiada para la recolección de la evidencia sea un particular o que quien reclame la exclusión no sea quien sufrió sus consecuencias, no determina conceptualmente que la integridad no se pueda ver comprometida; podrían constituir elementos para explicar por qué ello podría suceder, o no.

Redmayne (2009, p. 304) formula la principal crítica a la noción de integridad en términos de estatus moral de la jurisdicción como fundamento de la exclusión de pruebas.[6] El profesor inglés considera que esa postura se enfrenta al problema de la "tesis de la separación" (*separation thesis*) que sostiene que no hay conexión entre las acciones de la policía o las fuerzas de seguridad en la etapa de investigación del delito y los veredictos de los tribunales. El argumento que construye puede resumirse así:

> […] el veredicto de culpabilidad condena al acusado, *pero no aprueba la conducta de la policía*; en efecto, la Corte puede hacer una declaración criticando a la policía para dejar en claro que no aprueba su inconducta, y la policía puede ser

[6] El trabajo que se cita de Redmayne es una reseña crítica de la obra de Duff *et al.* (2007), defensores de la idea de integridad como fundamento de la exclusión de prueba ilícita.

> perseguida en un procedimiento separado. […] Existe, entonces, un argumento inicialmente plausible de que las irregularidades de la investigación no afectan el estatus moral de los tribunales para condenar al acusado [Redmayne, 2009, p. 305, énfasis agregado].

Un punto interesante del argumento de Redmayne es que sostiene que el único modo de establecer una conexión entre los actos de la etapa de investigación y el *standing* moral de quien debe decidir el caso es que este último posea la capacidad de controlar la actividad de investigación, y ello sería difícil de sostener. Con un ejemplo que el propio Redmayne propone se comprenderá mejor la idea subyacente:

> Si sospecho que usted ha cometido un robo y le pido a X que averigüe si mis sospechas son ciertas, no creo que el hecho de que X robe la evidencia que prueba que usted ha robado socave mi estatus moral para criticarlo por robo, *a menos que*, por ejemplo, *le haya dicho a X que robara la evidencia o que haya podido impedir que lo hiciera* [Redmayne, 2009, p. 309, énfasis agregado].

Por tanto, la crítica radica en la *intransmisibilidad del defecto moral*. En efecto, el desafío que introduce Redmayne al fundamento de la integridad es la falta de *responsabilidad* de quien debe dictar el veredicto respecto de las acciones reprochables (el defecto moral) de agentes *autónomos* e *independientes* en relación suya: estas dos últimas características determinan que el veredicto no se vea contagiado por ese defecto y que la cadena de transmisión de los efectos inmorales encuentre un límite.

Sin embargo, los defensores de esta tesis, si bien deben hacerse cargo de contraargumentar este punto, no sostienen posturas demasiado extremas y son conscientes, por un lado, de que no cualquier quebrantamiento o acto reprochable hace desaparecer automáticamente la integridad del proceso (Roberts y Zuckerman, 2004, p. 158) y, por el otro, de que ésta también puede verse comprometida si no existe una comunicación moral de reproche hacia un individuo epistémicamente culpable, por lo que abogan por un desarrollo del principio no tan amplio en su aplicación. Para ello, consideran que puede ser restringido mediante la

determinación de estándares altos en punto al grado y al tipo de inconducta moral que determine la utilización del principio y, en segundo lugar, que los efectos de su aplicación sean lo más restrictivos posibles (Duff *et al*., 2007, p. 241).

4. El fundamento de la justicia del procedimiento

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a un proceso justo.[7] A la luz de esta justificación se sostiene que la incorporación de una prueba obtenida de un modo inapropiado puede afectar ese derecho.

El argumento se construye de esta manera. Toda persona acusada tiene derecho a presentar su caso en un procedimiento contradictorio y, para ello, cuenta con derechos procesales de defensa que constituyen garantías mínimas para que el proceso pueda ser justo. Que éstas sean respetadas es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la justicia del proceso. Entre esos derechos se encuentran la posibilidad de controlar la evidencia de la acusación y presentar su propia prueba, de contar con un abogado defensor y con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa, el derecho a guardar silencio y a no ser obligado a declarar contra sí mismo, todo ello ante un juez independiente e imparcial a cargo del proceso. En ciertas oportunidades, la incorporación de prueba obtenida de un modo inapropiado puede socavar alguno de esos derechos esenciales y, con ello, poner en entredicho la justicia del procedimiento (Ho, 2019, pp. 288-289 y Jackson y Summers, 2012, p. 169). Por ejemplo, esto podría ocurrir si durante el juicio se pretende utilizar una declaración obtenida del acusado durante un interrogatorio policial en el cual se le denegó su asistencia letrada (Jackson y Summers, 2012, pp. 195-196).

[7] En este trabajo, "proceso justo" debe entenderse como una traducción de *fair trial*. Como señala Trechsel (2005, p. 82), el término en inglés surge de la tradición jurídica del *common law* (en particular, sus raíces pueden rastrearse en la *Magna Carta Libertatum* de 1215) y no encuentra equivalentes precisos en otros idiomas, de modo que la elección se debe a una preferencia personal frente a otras opciones posibles como "proceso equitativo", "proceso con las debidas garantías" o "debido proceso".

Otra perspectiva para analizar cuando la incorporación de una evidencia puede tornar injusto un proceso es la de la confiabilidad de la prueba (Ho, 2019, pp. 295-296). El objetivo de los procedimientos judiciales es averiguar la verdad de los hechos y ello solo puede conseguirse a través de pruebas confiables. Cuando las decisiones de los tribunales se apoyan en pruebas obtenidas de un modo inadecuado, ese objetivo puede tambalear en virtud de la falta de confiabilidad de esta clase de pruebas. Por tanto, para preservar la justicia del procedimiento se hace necesaria su exclusión del proceso.

Puede verse que los dos párrafos anteriores son dos caras de una misma moneda: en ambas maneras de presentar este fundamento el foco está en la idea de que la baja confiabilidad de las pruebas ilícitas puede poner en crisis el derecho a tener un proceso justo (Ho, 2019, p. 302). Toda vez que los derechos procesales de intervención de la persona acusada suelen ser vistos como herramientas para garantizar la precisión del veredicto, es decir, con fundamento *instrumental-epistémico*, la circunstancia de que no se respeten repercutirá en la justicia del proceso ya que, en principio, implicará la utilización de evidencia no confiable. De esta manera, ambas descripciones de esta teoría para la exclusión de pruebas son co-extensivas.

Por tanto, no habría diferencias sustanciales con el fundamento epistémico que se analizará a continuación y, en consecuencia, será susceptible de las críticas que allí se señalen.

5. El fundamento epistémico

Esta posición puede verse reflejada en el siguiente pasaje de Nieva Fenoll:

> […] cuando se vulnera un derecho fundamental el agente actuante entra en un espacio de total clandestinidad que le otorga un ilimitado campo de actuación, lo que resulta peligrosísimo. Siendo ello así, la vulneración del derecho constituye un indicio absolutamente razonable de que el agente está intentado crear un relato que tiene la más amplia oportunidad de introducir en la escena, manipulando la realidad, sembrando una prueba falsa en el proceso que todo el mundo va a dar por

> auténtica. En consecuencia, la vulneración de un derecho fundamental constituye un indicio evidente de falseamiento policial de la realidad. Por tanto, en ese caso es muy probable que el proceso penal se esté alejando de su principal objetivo final: el descubrimiento de esa auténtica realidad [Nieva Fenoll, 2018, pp. 115-116].

En función de este fundamento, la evidencia obtenida de modo inapropiado debe excluirse de los procesos para preservar la corrección del veredicto. Una manera de explicar por qué razón ello es así sostener que un quebrantamiento de los derechos de la persona acusada es una señal de alarma de que muy probablemente las fuerzas de seguridad han alterado o modificado la realidad de los hechos (*i.e.*, que han introducido evidencia falsa o han tergiversado los dichos del sospechoso), razón por la cual la información que se intenta incorporar al proceso no refleja lo que verdaderamente ocurrió.

Otra manera de concebir las razones de esta tesis es detectar posibles efectos epistémicos de las prácticas inapropiadas sobre las pruebas que se obtienen a partir de ellas. En consecuencia, la manera en que la prueba es obtenida puede repercutir en su confiabilidad, sin necesidad de presuponer una voluntad de falseamiento o tergiversación por parte de las autoridades.

Por ejemplo, además de los diversos y conocidos argumentos morales, se ha identificado también un fundamento de esta clase para la exclusión de confesiones obtenidas como consecuencia de la aplicación de tortura. En efecto, la idea de que una declaración producida de esa manera posee una muy baja confiabilidad y conspira contra el objetivo de rectitud de las decisiones se apoya en el hecho de que quien es torturado usualmente dirá lo que el torturador desea oír para acabar con el sufrimiento, de manera que la tortura resultaría una mala práctica epistémica (Beccaria, 2005, p. 44; Damaška, 2015, pp. 30-31; Roxin, 2004, p. 554; Duff *et al.*, 2007, p. 105; Turner y Weigend, 2019, p. 257; Roberts, 2012b, p. 167 y Trechsel, 2005, p. 347). Por tanto, la razón de ser de la regla es evitar la compulsión sobre los acusados para obligarlos a que declaren porque ello conduce, en numerosas ocasiones, a declaraciones falsas que, a su vez, tienen el efecto de alejar la precisión de la determinación de los hechos.

Entonces, bajo esta última perspectiva, la vulneración de un derecho fundamental es el equivalente al quebrantamiento de un *protocolo epistémico* (una indicación orientada a preservar la confiabilidad de la prueba durante su obtención) y, por tanto, la evidencia que se consigue de ese modo ve debilitadas sus credenciales epistémicas de una manera insalvable.

Por lo dicho hasta aquí, es posible advertir que el sacrificio epistémico a través de la exclusión puede entenderse de dos maneras. Una interpretación es que no existe tal sacrificio ya que la prueba obtenida de un modo inapropiado no es una prueba *genuina*.[8] Otra posible es que, a diferencia de los fundamentos anteriores que dan lugar a reglas de exclusión *extrínsecas*[9] (Damaška, 2015, p. 30), este configura una regla de exclusión *intrínseca* que "rechaza información probatoria con base en la convicción de que su exclusión mejorará la precisión de la determinación de los hechos" (*Ibidem*, p. 31) y, en esa medida, esto puede ocurrir cuando el valor probatorio de la prueba sea bajo en comparación con los riesgos de que sea valorada erróneamente por parte de quien debe decidir el caso (*i.e.*, asignándole mayor valor del que verdaderamente posee).

Sobre la base de cualquiera de las dos interpretaciones, la tesis posee una justificación *instrumental-epistémica*: se encuentra orientada a preservar la rectitud de las decisiones judiciales mediante la exclusión de este tipo de pruebas.

En esta dirección, parece ser indiferente si la evidencia fue obtenida por un particular o un agente oficial ya que la atención se encuentra concentrada en las credenciales epistémicas de la prueba que se pretende introducir al proceso. Tal vez en una posición más orientada a la perspectiva de las fuerzas de seguridad, como la de Nieva Fenoll, cobrará mayor trascendencia que la infracción haya sido cometida por un funcionario, mientras que para justificaciones con una orientación hacia el acto

[8] La expresión corresponde a Dei Vecchi (2020): una prueba (genuina) debe cumplir el requisito de *relevancia*, es decir, tener la capacidad de modificar el estatus de justificación epistémica de una proposición. Si no lo hace, resulta epistémicamente irrelevante y, por lo tanto, no puede ser considerada como una prueba.

[9] Reglas que excluyen evidencia para proteger valores distintos a la averiguación de la verdad.

inapropiado y sus consecuencias pueda ser completamente indiferente quién haya sido su autor (*i.e.*, quién cometió actos de tortura para obtener una confesión).

Una crítica es que este fundamento podría llegar a justificar la exclusión de confesiones obtenidas a través de coerción física o psíquica, pero tendría limitada capacidad explicativa para otro tipo de casos, en especial, cuando se trata de evidencia real o física (Turner y Weigend, 2019, p. 257). Si un agente policial ingresa a un domicilio sin motivos para sospechar que en ese lugar se está cometiendo un delito, pero encuentra contenedores repletos de estupefacientes en el interior, es difícil imaginar cómo podría dudarse de la confiabilidad de esa prueba. La droga simplemente está allí y luce intrincado imaginar cómo podría el policía haberla traído en su poder para implicar falsamente al dueño de la propiedad.

A su vez, esta posición fracasa en los casos en que, a pesar del modo en que las pruebas fueron obtenidas, su confiabilidad no puede ser disputada (Ho, 2019, p. 303 y Nieva Fenoll, 2018, p. 117).[10] Supongamos que una persona es sometida a una práctica de la cual resulta una declaración involuntaria en la que confiesa haber cometido un delito. Esto implica un quebrantamiento del protocolo epistémico. Pero si esa confesión puede ser sometida a contrastaciones y corroboraciones, su confiabilidad puede dejar de ser discutida. Un caso sencillo de imaginar es quien confiesa de manera involuntaria haber matado a una persona y refiere donde se encuentra enterrado el cuerpo. Las dudas sobre las credenciales epistémicas de esa declaración pueden ser despejadas si, por ejemplo, el cuerpo de la víctima es encontrado en el sitio indicado y existe una videograbación en la cual se observa a la persona en el lugar transportando un objeto con características similares a un cadáver.

Por último, vale destacar que el punto anterior se vincula con una crítica de mayor alcance. Una postura de esta clase presupone que no existiría ninguna forma de corroborar la (pretendidamente baja) confiabilidad de la prueba obtenida como consecuencia de un derecho fundamental y sólo podríamos conformarnos con

[10] Se trata de la única excepción admisible para el autor.

su exclusión. Este argumento es similar a aquel que sostiene que el único medio para que la defensa pueda controlar la fiabilidad de una declaración es el interrogatorio y que, en caso de no poder practicarse, el testimonio no debería ser admitido, razón por la cual se encuentra expuesto a semejantes réplicas (Rovatti, 2020).

III. La recepción de los fundamentos en diversos sistemas jurídicos

El ejemplo más conocido de un sistema jurídico que al día de hoy recepta el fundamento de la disuasión es el de Estados Unidos de América, en donde se considera que tuvo su génesis la exclusión de prueba obtenida de modo inapropiado.

Sin embargo, ello no fue siempre así. La regla de exclusión no posee regulación legislativa. Nació en el año 1914 a partir del caso *Weeks v. United States*[11] de la Suprema Corte, donde se estableció que las pruebas obtenidas en violación de la Cuarta Enmienda debían ser excluidas de los procedimientos federales. Es decir, la violación de un derecho constitucional conducía a la exclusión de la prueba, de una manera que recuerda el fundamento de la protección de derechos.

A pesar de esta asociación entre exclusión y violación de derechos constitucionales, en *Wolf v. Colorado*[12] se extendió la aplicación de la Cuarta Enmienda a los Estados, pero no así la regla de exclusión, en la medida en que, según se afirmaba, a nivel estadual existían otros *remedios* efectivos frente al quebrantamiento de derechos. De este modo, se limitó la exigencia constitucional a la concurrencia de un remedio, pero sin requerir que se tratase de uno en particular.

De cualquier manera, en *Mapp v. Ohio*[13] se revocó la postura de *Wolf* y se estableció que la regla de exclusión era extensiva a los Estados a partir de la cláusula de debido proceso (*due process*) de la Decimocuarta Enmienda. En esa oportunidad,

[11] 232 U.S. 383 (1914).
[12] 338 U.S. 25 (1949).
[13] 367 U.S. 643 (1961).

la mayoría incorporó consideraciones vinculadas con el fundamento de integridad y la disidencia consideró que la exclusión debía disuadir a las fuerzas de seguridad de cometer irregularidades (Bloom y Fentin, 2010).

Trece años después de *Mapp*, la Suprema Corte cambió su criterio y en *U.S. v. Calandra*[14] señaló que la regla de exclusión no guardaba relación con la Cuarta Enmienda y que se trataba de un remedio de creación judicial cuyo objetivo era la disuasión. Pocos años después, se establecieron la excepción de *descubrimiento inevitable* en *Nix v. Williams*[15] y la de *buena fe* en *U.S. v. Leon:*[16] si la prueba fue obtenida en vulneración de un derecho constitucional, pero su descubrimiento era inevitable o la violación era producto de una actuación de buena fe del policía, podía ser admitida. En estos precedentes se mencionó expresamente la necesidad de ponderar el costo de la exclusión de evidencia confiable con el efecto marginal o inexistente de la disuasión.

En la actualidad, la mayoría de la Suprema Corte rechaza que la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida sea parte integrante de la Cuarta Enmienda y confirma el criterio de que se trata de un remedio creado judicialmente para proteger los derechos de privacidad a través de la disuasión (Cammack, 2013, p. 10). Los últimos casos más relevantes, como *Hudson v. Michigan*[17] y *Herring v. U.S.*,[18] han reafirmado esta postura e, incluso, restringido su alcance. En el primero se señaló que la regla cobra aplicación siempre que la norma infringida se vincule con la recolección de evidencia y los costos de la exclusión no superen los beneficios de disuasión, y se destacó que existían otras herramientas de disuasión adecuadas; en el segundo, se estableció que la conducta debe ser suficientemente deliberada para que la exclusión pueda disuadirla de modo significativo y suficientemente culpable para que valga el precio pagado por el sistema judicial. Sin embargo, en esos casos se han encontrado posiciones disidentes que han alzado

[14] 414 U.S. 338 (1974).
[15] 467 U.S. 431 (1984).
[16] 468 U.S. 897 (1984).
[17] 547 U.S. 586 (2006).
[18] 555 U.S. 135 (2009).

la voz a favor de otorgar una mayor importancia a la noción de integridad, como la jueza Ginsburg (Bloom y Fentin, 2010).[19]

En Canadá, la regulación de la regla de exclusión se dio en el ámbito constitucional en el artículo 24 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[20] que declara adoptar el fundamento de la integridad, de un modo más bien genérico.

En un primer momento, en *R v. Collins* (1987), la Suprema Corte de Canadá expresó que la exclusión en función de esa regla buscaba evitar que la administración de justicia se viese desprestigiada, lo que podía ocurrir si el acusado no recibía un proceso justo, si se condonaba una conducta inaceptable de las fuerzas de seguridad o si se excluía evidencia relevante.

Ello se precisó a partir del criterio sentado en *R v. Stillman* (1997), en el cual la Suprema Corte de Canadá señaló que el desprestigio podía ser ocasionado por: 1) la admisión de evidencia "compulsiva" (*conscriptive evidence*)[21] obtenida en violación de algún derecho de la Carta de Derechos y Libertades (en tanto tiene capacidad para ocasionar un proceso injusto,[22] a menos que la acusación demuestre,

[19] Vale la pena destacar que, si bien los votos en disidencia en estos casos mencionan la necesidad de hacer foco en la integridad de las decisiones, tal vez sería apresurado afirmar que para la mayoría de la Suprema Corte no mereció ningún valor. De hecho, la referencia al "precio pagado" puede ser comprendida en este sentido, es decir, el costo de integridad que se paga cada vez que una persona culpable es declarada inocente.

[20] 24.(1) Toda persona cuyos derechos o libertades, garantizados por la presente Carta, hayan sido vulnerados o denegados, podrá dirigirse a un tribunal competente para obtener el remedio que el tribunal considere adecuado y justo según las circunstancias.

Exclusión de pruebas que desprestigien la administración de justicia. (2) Cuando, en un procedimiento en virtud del apartado (1), un tribunal llegue a la conclusión de que las pruebas se han obtenido de una manera que vulnera o niega cualquiera de los derechos o libertades garantizados por la presente Carta, las pruebas se excluirán si se establece que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, su admisión en el procedimiento importa un desprestigio para la administración de justicia.

[21] Esta clase de pruebas consiste, básicamente, en confesiones forzadas y toda otra prueba obtenida del acusado de una manera análoga a la obtención de una confesión (Choo y Nash, 2007, p. 95), entre las que la Suprema Corte menciona los casos en que el acusado es compelido a usar el cuerpo o a producir muestras corporales.

[22] En *R v. Collins* la Suprema Corte de Canadá no estableció un concepto prístino de *fair trial*. Se limitó a mencionar que la evidencia que "existía de manera previa a la violación del derecho" (*i.e.*, evidencia real) no parecía interferir con la justicia del proceso, mientras aquella que "no tenía existencia previa" (*i.e.*, una muestra de sangre o una confesión) podían afectarla.

con probabilidad prevaleciente, que podría haberse obtenido de otra manera); 2) la admisión o exclusión de evidencia "no compulsiva" (*non-conscriptive evidence*), obtenida en violación de algún derecho de la Carta, supuesto en el cual debe efectuarse un juicio de ponderación entre la seriedad del quebrantamiento y los efectos de la exclusión.

Ahora, si bien la Suprema Corte abandonó la distinción entre evidencia compulsiva y no compulsiva (Turner y Weigend, 2019, p. 271), en *R. v Grant* (2009) consideró que los factores relevantes para determinar la exclusión a la luz del posible desprestigio, a largo plazo, de la administración de justicia son: 1) la seriedad de la conducta que vulneró un derecho, 2) el impacto del quebrantamiento en el acusado, y 3) el interés de la sociedad en una determinación fáctica adecuada. Para el primer punto, señaló que mientras más severa o deliberada la conducta, mayor necesidad de los tribunales de disociarse de ella; respecto del segundo, que mientras más serio el quebrantamiento, mayores las posibilidades de desprestigio; sobre el último punto, que debe evaluarse si la función de averiguación de la verdad se cumple de una manera más adecuada admitiendo la evidencia o excluyéndola, por lo que es necesario considerar su importancia y su confiabilidad. De modo algo inconsistente con el fundamento de integridad, la Suprema Corte estableció que sólo quien fue objeto de una violación de derechos se encuentra legitimado para solicitar la exclusión de evidencia (Turner y Weigend, 2019, p. 272).

En el Reino Unido existe una norma relevante a partir de la cual se establece la posibilidad de excluir evidencia en función del modo en que fue obtenida. Se trata de la sección 78(1) de la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984[23] (en adelante, PACE 1984) y que, por la expresa referencia a la justicia del procedimiento, parece receptar ese fundamento. A la luz de esa disposición, la jurisprudencia de la Corte de Apelación británica ha interpretado que la confiabilidad de la evidencia que se pretende ingresar y la precisión del veredicto son los aspectos centrales

[23] 78 (1) En cualquier procedimiento, el tribunal puede negarse a admitir pruebas en las que la acusación proponga apoyarse si, a criterio del tribunal, examinadas todas las circunstancias, incluidas aquellas en las que fueron obtenidas, su admisión tendría un efecto tan adverso en la justicia del procedimiento que el tribunal no debería admitirlas.

al realizar el test para determinar si la admisión de una prueba podría afectar la justicia del procedimiento y, en esta dirección, ha considerado que la prueba no confesional (*non-confession evidence*) usualmente es confiable, a menos que su calidad se haya visto particularmente afectada por la manera en que fue obtenida (Choo y Nash, 2007, p. 79).

Esta posición se ha sostenido, incluso, en casos en los cuales la obtención de la evidencia implicó una violación al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,[24] pues los tribunales han considerado que excluir la prueba por la mera violación de esa norma, sin evaluar la confiabilidad de la evidencia, se presentaría como contrario al sentido común e interferiría con el objetivo de alcanzar la justicia (Choo y Nash, 2007, p. 80). A partir de la *Human Rights Act* de 1998, las cortes británicas han incorporado para su evaluación los criterios derivados de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) sobre los requerimientos para que un proceso pueda ser considerado justo en los términos del artículo 6 del Convenio Europeo y la incidencia que, en esa determinación, puede tener el modo en que la evidencia es obtenida, lo que se verá más adelante. Sin embargo, ello no tuvo repercusiones en la exclusión de pruebas sobre esta base.

En lo que hace a las confesiones, la sección 76 de la PACE 1984 establece una regulación específica sobre el punto y, como criterio general, permite su admisión, excepto que haya sido obtenida a partir de alguna de las circunstancias previstas en el apartado (2): a) por opresión de la persona que la hizo;[25] o b) como consecuencia de cualquier cosa que se haya dicho o hecho y que, en las circunstancias existentes en ese momento, pueda hacer que no sea fiable cualquier confesión de

[24] El artículo 8 establece: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

[25] La propia sección aclara en el apartado (8): el término "opresión" incluye la tortura, los tratos inhumanos o degradantes y el uso o la amenaza de violencia (que equivalga o no a tortura).

la persona como consecuencia de ello. En esos casos, la acusación deberá probar más allá de toda duda razonable que la confesión no fue obtenida de ese modo. Hasta aquí el fundamento parece ir más allá que la mera confiabilidad de la prueba, en especial por el supuesto a), en donde se trataría de un factor irrelevante. Sin embargo, el apartado (4) expresa que: "[e]l hecho de que una confesión se excluya total o parcialmente en virtud de este artículo no afectará a la admisibilidad como prueba de (a) cualquier hecho descubierto como resultado de la confesión", razón por la cual queda por fuera de esta norma la exclusión de los "frutos" de esa confesión y, en definitiva, se retoma el fundamento epistémico.

En un resonante caso de la *House of Lords*,[26] la sospecha de que la exclusión de declaraciones obtenidas como consecuencia de tortura excedía la mera preocupación epistémica fue confirmada, pues allí se consideró que, sin importar su confiabilidad, la prueba obtenida bajo tortura nunca podría ser admitida en un proceso. Este caso es particularmente interesante, pues se trataba de conductas de la mayor gravedad, pero cometidas fuera del Reino Unido y por agentes extranjeros. Sintéticamente, en esa decisión se consideró que su incorporación afectaría la justicia del procedimiento, pero los motivos de ello no serían epistémicos sino estrictamente morales: un proceso que permitiera el ingreso de esa prueba vería comprometida su integridad y la de la administración de justicia, e incluso sería susceptible de ser detenido por existir un *abuse of process*[27] (Choo y Nash, 2007).

Por último, los casos de agentes provocadores (*entrapment*) no se suelen analizar bajo la óptica de la sección 78 y habitualmente fueron considerados como un supuesto para detener el procedimiento por existir un *abuse of process* (Ashworth y Redmayne, 2010, p. 321; Campbell, Ashworth y Redmayne, 2019, p. 307 y Choo y Nash, 2007, p. 84).

[26] *A and Others v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71.

[27] El instituto del *abuse of process* consiste en la facultad de las cortes para detener un caso (*stay a case*) a fin de prevenir que el proceso judicial sea "abusado". Ello puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando no es posible garantizar un proceso justo (*fair trial*) al acusado o cuando se encuentre comprometida la integridad del sistema criminal de justicia (Campbell, Ashworth y Redmayne, 2019, pp. 290-291; Choo y Nash, 2007, pp. 83-85).

En España, inicialmente, toda evidencia que pudiera contribuir a la determinación de los hechos era admitida con independencia del modo en que había sido obtenida; luego, se estableció de manera jurisprudencial una regla categórica de exclusión de las pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales y también de sus derivados, que se inspira en el fundamento de protección de derechos.[28] Hoy en día, se ha reconocido la excepción de buena fe a su aplicación directa[29] y se aceptó una evaluación más flexible, a través de la idea de la "conexión de antijuridicidad", para determinar si la evidencia *derivada* puede ser incorporada al proceso y, en ese marco, se admitieron las excepciones de descubrimiento inevitable, vínculo atenuado y buena fe (Bachmaier Winter, 2019; Miranda Estrampes, 2010; Gascón Abellán, 2012 y 2020 y Armenta Deu, 2010).

La doctrina de la conexión de antijuridicidad determina que podrá admitirse la prueba siempre y cuando se encuentren presentes la "perspectiva interna" y la "perspectiva externa": la primera significa que la prueba derivada hubiese podido ser obtenida de una manera independiente; la segunda importa que no se presente muy necesaria una protección al derecho fundamental afectado en el caso, a la luz de la concurrencia o no de intencionalidad o negligencia en la violación del derecho y del nivel de la vulneración (Gascón Abellán, 2012).

En México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 20, a), fracción IX, que "cualquier prueba obtenida con violación de

[28] STC 114/1984, de 29 de noviembre. Posteriormente, esta posición encontró consagración normativa en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985: "No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

[29] STC 22/2003, de 10 de febrero. En esa oportunidad, con un tono que recuerda mucho al fundamento de disuasión, se destacó: "la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto. *La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba*" (énfasis agregado).

derechos fundamentales será nula" y, a su vez, los artículos 263,[30] 264[31] y 357[32] del Código Nacional de Procedimientos Penales refuerzan ese mandato. Estas normas, ciertamente, cristalizan el fundamento de la protección de derechos.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró, de manera coherente con la justificación mencionada, que la incorporación de una prueba ilícita situaría al acusado "en condición de desventaja para hacer valer su defensa", razón por la cual debe ser excluida[33] y, asimismo, destacó que el efecto de la ilicitud (la desventaja) se extiende también a las pruebas derivadas o vinculadas, por lo que tampoco pueden ser incorporadas al proceso.[34]

Sin embargo, existen decisiones de la Suprema Corte que han reconocido excepciones a su aplicación,[35] como los supuestos de descubrimiento inevitable y fuente independiente,[36] y a la exclusión de la prueba derivada, a partir de la idea del vínculo atenuado.[37]

En Australia, el asunto se encuentra regulado en la sección 138 de la *Evidence Act* (1995).[38] Allí se prevé una fórmula más bien amplia, que hace difícil identificar

[30] Licitud probatoria. Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidos y desahogados en el proceso en los términos que establece este Código.
[31] Nulidad de la prueba. Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.
[32] Legalidad de la prueba. La prueba no tendrá valor si ha sido obtenida por medio de actos violatorios de derechos fundamentales, o si no fue incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código.
[33] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 33/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 4 de noviembre de 2009. Este pronunciamiento, previo a la consagración constitucional de la regla, ya sostenía su existencia a partir del fundamento de protección de derechos, en la medida que afirmaba que "deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolable".
[34] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3535/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 28 de agosto de 2013.
[35] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 338/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 28 de enero de 2015.
[36] Se considera dudoso que la "fuente independiente" pueda ser considerada una excepción genuina a la regla de exclusión (Miranda Estrampes, 2010; Gascón Abellán, 2020).
[37] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 338/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 28 de enero de 2015.
[38] 138. Discrecionalidad para excluir pruebas obtenidas indebida o ilegalmente.
(1) La prueba que se haya obtenido:

cuál es el fundamento de la regla de exclusión, y que otorga a quien debe tomar la decisión una serie de elementos a tener en cuenta a la hora de evaluar la admisión, aunque no se brinda una indicación precisa sobre el valor relativo de cada uno de ellos, o cómo proceder a su ponderación en conjunto.

Sin embargo, la jurisprudencia estableció algunas precisiones para guiar la tarea de los jueces. La Corte Suprema de Australia entendió que el valor probatorio no puede ser un factor a considerar cuando hay intencionalidad o temeridad en la obtención de la evidencia, aunque reconoció la existencia de excepciones (por ejemplo, que la prueba sea de vital importancia para la condena y sea de una naturaleza perecedera o evanescente), mientras que puede considerarse cuando la obtención involucró un error o imprudencia, así como que mientras más serio el

---

(a) directamente por un acto inapropiado o en contravención de una ley australiana; o

(b) de modo indirecto como consecuencia de un acto inapropiado o de una contravención de una ley australiana

no se admitirá a menos que la utilidad de admitir la prueba supere la inconveniencia de admitir una prueba que se haya obtenido de la forma en que se obtuvo.

(2) Sin limitar el apartado (1), se considera que la prueba de una confesión que se hizo durante o como consecuencia de un interrogatorio, y la prueba obtenida como consecuencia de la confesión, se ha obtenido de forma indebida si la persona que realiza el interrogatorio:

(a) realizó u omitió un acto en el transcurso del interrogatorio, aun sabiendo o debiendo razonablemente saber que dicho acto u omisión podía mermar sustancialmente la capacidad de la persona interrogada para responder racionalmente al interrogatorio; o

(b) haya hecho una declaración falsa en el curso del interrogatorio, aun sabiendo o debiendo razonablemente saber que la declaración era falsa y que al hacerla era probable que la persona interrogada hiciera una admisión.

(3) Sin limitar las cuestiones que el tribunal puede tener en cuenta en virtud del apartado (1), deberá tener en cuenta:

(a) el valor probatorio de la prueba; y

(b) la importancia de la prueba en el procedimiento; y

(c) la naturaleza del delito, la existencia de defensas y la naturaleza del objeto del procedimiento; y

(d) la gravedad de la incorrección o de la contravención; y

(e) si la incorrección o contravención fue deliberada o imprudente; y

f) si la incorrección o contravención fue contraria a, o incompatible con un derecho de una persona reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y

g) si se ha iniciado o puede iniciarse cualquier otro procedimiento (judicial o no) en relación con la incorrección o la contravención; y

(h) la dificultad (si la hay) de obtener las pruebas sin la acción inapropiada o la contravención de una ley australiana.

delito, más probablemente debería ser admitida la evidencia (Choo y Nash, 2007, pp. 89-90).

Frente a ciertas objeciones dirigidas a la indeterminación de los criterios y a una posible conveniencia de legislar sobre el modo de realizar la evaluación sobre la admisión, la *Australian Law Reform Commission* que se ocupó, entre los años 2004 y 2005, del estudio del funcionamiento de la *Evidence Act* de 1995, señaló expresamente que sería inapropiado intentar guiar la ponderación por vía legislativa, pues el peso a otorgar a cada uno de los factores de la sección 138(3) variará dependiendo de cuáles sean los que se presenten en el contexto de un caso en particular (Choo y Nash, 2007, p. 91).

Por último, vale la pena observar la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ya que se trata del tribunal internacional que más se ocupó del asunto.

Invariablemente, el TEDH sostuvo que no es su función establecer reglas de admisibilidad de evidencia, ya que se trata de una materia de regulación de los Estados y que su tarea es determinar si el proceso en su totalidad, *incluyendo el modo en que la evidencia fue obtenida*, puede calificarse como justo en los términos del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.[39]

La jurisprudencia del TEDH puede dividirse en función de cuál es el derecho vulnerado para la obtención de la evidencia.

En primer lugar, con relación a una vulneración del artículo 3 del Convenio, la utilización de cualquier tipo de prueba producto de tortura y todas las *confesiones* incorporadas a partir de un quebrantamiento de esa norma, afectarán la justicia del proceso, con prescindencia de su importancia para la condena.[40] Para llegar

[39] *Schenk v. Switzerland*, no. 10862/84, §46, 12 de julio de 1988; *Khan v. the United Kingdom*, no. 35394/97, §34, 12 de mayo de 2000; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, §76, 25 de septiembre de 2001; *Allan v. the United Kingdom*, no. 48539/99, §42, 5 de noviembre de 2002.
[40] *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, §§166-167, 1º de junio de 2010.

a esta conclusión, las razones del TEDH se apoyaron, mayoritariamente, en fundamentos de integridad y legitimidad moral.[41]

Ahora bien, su jurisprudencia no es tan prístina para los casos en que la violación del artículo 3 no pueda ser calificada como tortura y se trate de evidencia *real*. En estos supuestos, el TEDH no se pronunció sobre esa alternativa y en *Jalloh*[42] dejó pendiente la respuesta a la pregunta acerca de si su incorporación determina por sí misma que un proceso sea injusto.

Otro grupo de casos es aquel donde una prueba fue obtenida en violación al artículo 8 del Convenio. Los casos paradigmáticos son *Khan,*[43] *P.G. and J.H.*,[44] *Allan*[45] y *Bykov*.[46] El criterio general es que la incorporación de evidencia adquirida a través de un quebrantamiento del artículo 8 no vuelve *automáticamente* injusto al proceso y que ello debe determinarse observando todo el procedimiento, incluyendo el respeto por los derechos procesales de defensa y la calidad e importancia de la prueba. Esto se afirma incluso cuando se trata de la única prueba contra el acusado, en la medida en que la determinación de la necesidad de pruebas de corroboración depende de circunstancias particulares de cada caso, en especial, de la importancia de la prueba en el cuadro probatorio y de la confiabilidad de la evidencia.[47] Como factores que el TEDH tuvo en cuenta para determinar si el proceso fue justo a pesar de la incorporación de una prueba obtenida en violación al artículo 8, se destacan la oportunidad conferida al acusado para disputar la autenticidad, la confiabilidad y el uso de la prueba, la existencia de una discusión previa sobre la posible incidencia en la justicia del procedimiento y la capacidad de los tribunales nacionales de excluir la evidencia en caso de entender que la afectaría[48] (Jackson y Summers, 2012, pp. 172 y ss.).

---

[41] *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, §105, 11 de julio de 2006.
[42] *Jalloh*, §106.
[43] Véase Nash (2000).
[44] Véase Nash (2002).
[45] Véase Nash (2003).
[46] *Bykov v. Russia* [GC], no.4378/02, 10 de marzo de 2009.
[47] *Khan*, §37.
[48] *Khan*, §37; *P.G. and J.H.*, §79; *Allan*, §48; *Bykov*, §90.

Esta postura del TEDH, relativa a que una violación del artículo 8 para la obtención de evidencia no conducirá necesariamente a una violación al proceso justo del artículo 6, demuestra que el Tribunal no respalda el fundamento de protección de derechos (Jackson y Summers, 2012, p. 182). Sin embargo, con excepción de *Allan*, existieron en todos los casos votos en disidencia. En *Khan,* el juez Loucaides consideró que no podía aceptarse que un proceso fuese justo si la evidencia para determinar la culpabilidad de una persona fue obtenida en violación de un derecho del Convenio, en tanto la protección de los derechos allí previstos se vería frustrada y, además, estimó que de esa manera no se disuadiría efectivamente a la policía de repetir su conducta inapropiada. En *P.G. and J.H.*, el juez Tulkens se pronunció en un sentido similar. En *Bykov*, los jueces Spielmann, Rozakis, Tulkens, Casadevall y Mijović compartieron esas consideraciones previas.

Por último, un grupo de casos que dio lugar a violaciones del artículo 6 en virtud del modo en que se obtuvo la evidencia involucra quebrantamientos de la prohibición de autoincriminación forzada y del derecho a guardar silencio, que para el TEDH residen en el corazón de la idea de *fair trial*.[49] Estos casos involucraron interrogatorios a través de engaños[50] o supuestos de agentes provocadores (*entrapment*).[51]

En definitiva, por fuera de los casos del artículo 3, la evaluación del TEDH parece vincularse con los efectos que posee la violación respecto de los derechos previstos en el artículo 6 del Convenio, ya sea el derecho a guardar silencio o a no ser obligado a autoincriminarse, como la posibilidad del acusado y su defensa de presentar su caso o desafiar la evidencia existente en su contra y producir la propia en un ambiente contradictorio (*adversarial environment*), esto es, con la asistencia de un defensor en un procedimiento llevado adelante por un juez independiente e imparcial (Jackson y Summers, 2012, pp. 195-196).

[49] *John Murray v. the United Kingdom* [GC], no. 18731/91, §45, 8 de febrero de 1996.
[50] *Allan*.
[51] *Teixeira de Castro v. Portugal*, no. 25829/94, 9 de junio de 1998; *Ramanauskas v. Lithuania* [GC], no. 74420/01, 5 de febrero de 2008.

IV. Cuando el lenguaje de las normas no nos ayuda: la convergencia

Existe una distinción bastante difundida entre reglas y estándares como dos polos opuestos en la tarea de creación de normas jurídicas. Las reglas, se afirma, son normas diseñadas para reducir la discrecionalidad de la persona legalmente llamada a decidir un caso, ya que recurren a términos más precisos que delimitan claramente su campo de aplicación; los estándares, se señala, representan una opción de diseño normativo que asigna una cuota mayor de discrecionalidad a quien debe decidir un pleito, pues emplean términos más imprecisos y vagos que brindan contornos difusos para determinar sus instancias de aplicación (Schauer, 1997, p. 915; 2003, p. 305 y Sunstein, 1995, pp. 961 y 965).

Mientras que la preferencia por una regla puede verse como un indicador de *desconfianza* a la persona que debe decidir los casos concretos y, por tanto, como una manera de asignar *ex ante* y con un mayor nivel de generalización, una solución a aquellos, la elección de un estándar se ve como un gesto de *confianza* o deferencia al criterio del decisor del caso, que busca privilegiar resoluciones *ex post* y con un mayor nivel de particularización.

Si bien podría aceptarse como una descripción adecuada a grandes trazos para presentar la distinción sobre reglas y estándares, será útil realizar algunas pinceladas más finas para resaltar un punto importante para este trabajo.

En primer lugar, la idea de la representación de reglas y estándares como polos opuestos podría verse matizada a través de un primer punto muy simple: nunca nos encontraremos con reglas o estándares en estado puro. Esto, en resumidas cuentas, se debe a los límites inherentes al lenguaje natural empleado en la redacción de normas jurídicas. Sin embargo, el contrapunto reglas/estándares llama la atención sobre un aspecto importante: el empleo de términos con ciertas características aproximará a la norma jurídica hacia uno u otro lado.

De este modo, las reglas y los estándares podrían permanecer como polos ideales de un *continuo de legalidad,*[52] donde la mayor precisión de los términos de una norma hará que sea más probablemente calificada como una regla y, en cambio, su mayor vaguedad gramatical orientará su clasificación como un estándar. Por supuesto, en ese continuo de legalidad será factible hallar una zona de penumbra, en la que resultará difícil inclinarse por una u otra caracterización.

En segundo lugar, es importante ser conscientes del fenómeno que Schauer (2003) denomina *convergencia*.

Como se señaló más arriba, suele sostenerse que la forma que adopta una regulación determina el grado de discrecionalidad otorgado a quien debe aplicarla: una regla otorgará un menor nivel de discrecionalidad y un estándar uno mayor. Esta visión implícitamente asume como verdadera la afirmación de que la forma de una norma escogida por quien la diseña resultaría resistente a las preferencias de sus aplicadores. Schauer plantea que esto no sería del todo preciso: el comportamiento adaptativo de quienes deben aplicar las normas desplazará reglas hacia estándares y estándares hacia reglas, dentro del continuo de legalidad.[53]

Las razones de la convergencia son explicadas del siguiente modo. La persona llamada a aplicar una regla puede sentirse demasiado constreñida por el limitado margen de acción disponible para decidir, mientras que quien debe aplicar un estándar puede sentir un exceso de libertad y hallarse inseguro frente a la ausencia de guías más específicas.

Las manifestaciones concretas de ese comportamiento adaptativo frente a *reglas* son la creación de excepciones en su aplicación, la asunción de que puede ser sometida a un test de razonabilidad, la consideración de factores externos a la regla para tomar la decisión y la técnica de recurrir a la justificación de la norma

[52] La expresión es una traducción de *"continuous spectrum of `ruleness´"* (Schauer, 2003, p. 309). La idea de un continuo de *ruleness* también se ve en Sunstein (1995).
[53] Sunstein (1995, pp. 959-960) refiere que ciertas prácticas interpretativas pueden convertir la "forma" de las normas.

(Schauer, 2003, pp. 312-315). Por su parte, los *estándares* son precisados por sus aplicadores a través del establecimiento de directrices o pautas generales, de su equiparación o asimilación por analogía con una regla y de otorgarle valor de precedente a las decisiones tomadas bajo estándares (*Ibidem*, pp. 315-319).

En consecuencia, que una norma que se declara absoluta o sin excepciones sea tratada así por las personas a quienes va dirigida o por sus intérpretes es una cuestión empírica y no se ve influenciada únicamente por el lenguaje en que se encuentre redactada, de manera que la efectividad de la denominación (regla, estándar, etc.) resulta contingente a factores que exceden a la norma en sí misma (Schauer, 1997, pp. 919-920).

Por ejemplo, cuando la redacción de una norma es vista como sobreinclusiva a la luz de su fundamento, la excepción es un mecanismo para ajustarla a su justificación (Schauer, 1991). Esta manera de ver las cosas, a su vez, permite apreciar que la excepción no es algo independiente a la norma y que hablar de excepciones es, en definitiva, hablar de la propia norma: no hay diferencias sustanciales entre agregar una excepción o directamente modificar la norma (*Ibidem*, p. 893). Una excepción es parte integrante de la norma a la que se refiere y debe ser considerada para apreciar con mayor precisión cuál es el fundamento o justificación a la que responde su creación, así como para describir adecuadamente su ubicación en el continuo de legalidad.

A su vez, el hecho de que una norma se encuentre redactada en un lenguaje que permita calificarla como un estándar no implicará que de allí sólo sea posible extraer únicamente un fundamento genérico o borroso. Comportamientos de los aplicadores como la enunciación de directrices o el tratamiento de decisiones bajo estándares como precedentes (que, en no pocas ocasiones, se presentan conjuntamente) otorgarán contornos más filosos al estándar, aproximándolo más a una regla, y harán posible advertir su fundamento con mayor precisión.

¿Cómo se relaciona todo esto con el problema de la exclusión de la prueba obtenida de un modo inadecuado? Pues bien, creo que no es demasiado aventurado

afirmar que éste ha sido un campo en el cual la *convergencia* ha tenido un intenso desarrollo.

Como se vio en el apartado III, un buen número de jurisdicciones han admitido jurisprudencialmente distintas modificaciones a sus formulaciones originales de la exclusión de prueba ilícita.[54]

En ocasiones, esto llevó a flexibilizar los contornos excesivamente rígidos de una *regla* con un fundamento definido e incorporar excepciones que hallan mayor compatibilidad con otros fundamentos (España, México), pero también generó en algunos casos un desplazamiento hacia fórmulas con un menor grado de precisión que permitieron modificar drásticamente el fundamento asignado a la exclusión (Estados Unidos de América).

Asimismo, otras jurisdicciones cuya regulación se asemejaba más a un *estándar* elaboraron, a través de las personas encargadas de aplicar la norma, directrices o pautas concretas para su interpretación y comenzaron a tratar a sus decisiones como precedentes (Canadá o Australia), e incluso respecto de ciertos grupos de casos concretizaron la mecánica de exclusión, a la manera de una regla, a partir de otros fundamentos (casos como el del Reino Unido o el TEDH para la exclusión de evidencia obtenida como consecuencia de actos de tortura).

Por tanto, mi punto es el siguiente: para el caso de la exclusión de evidencia obtenida de un modo inadecuado, el fenómeno de la convergencia es producto de comportamientos adaptativos de los aplicadores de las normas para enfrentarse al grado de discrecionalidad asignado (escaso o excesivo) y a la incomodidad provocada por arreglos institucionales de exclusión de evidencia que parecen sustentarse en un único fundamento.

La incomodidad de quienes deben decidir los casos concretos, al encontrarse con reglas que, por su formulación, parecen tener detrás un único fundamento, tiene

[54] Hasta donde he podido investigar, Grecia es el único país en el que se configuró una regla categórica de exclusión que (casi) no ha sufrido excepciones (Giannoulopoulos, 2007).

una explicación muy sencilla. Lo que habitualmente se analiza como el problema de la exclusión de evidencia obtenida de un modo inadecuado involucra, como se mencionó en la introducción, un conjunto de posibles configuraciones muy diversas.

En ese contexto, en un primer nivel de análisis, la persona que se encuentra legalmente llamada a tomar una decisión puede encontrarse con grupos que van desde confesiones obtenidas a partir de actos de tortura/tratos crueles, inhumanos o degradantes/sin haber informado su derecho a guardar silencio o a contar con un abogado/a través de engaños; interceptaciones telefónicas; requisas o ingresos domiciliarios por fuera de los requisitos normativos; inspecciones corporales o de objetos y agentes encubiertos o provocadores. Cada grupo presenta, a grandes rasgos, problemas particulares. Las razones que orienten la exclusión o admisión pueden ser epistémicas o morales, a veces de manera alternativa, otras de modo complementario y, en general, de manera contradictoria. Lo que parece indisputable es que ningún fundamento, por sí solo, es capaz de ofrecer una teoría unificada para todos esos casos.

Como si esto no fuese suficiente, el grado de complejidad se incrementa y la persona que debe resolver la admisión o exclusión se enfrenta a un segundo nivel de análisis que es el del caso concreto. Allí, además de los problemas generales vinculados a los grupos, conjuntos o tipos de pruebas inapropiadas, ingresan las especificidades fácticas irrepetibles.[55] Aquí es donde entran a jugar aspectos como la importancia de una prueba dentro de un conjunto de pruebas, la conducta de una autoridad oficial o la intensidad de un quebrantamiento y la posible desventaja en que situó a una persona sometida a proceso. Esta particularidad de la admisión o exclusión de pruebas explica en muy buena medida la incomodidad de los aplicadores frente a normas de fundamento único.

El fenómeno de la convergencia puede respaldar la intuición de que los sistemas jurídicos *necesitan* más de un fundamento para justificar de una mejor manera la

[55] Aunque creo que el vínculo entre los problemas enunciados en este párrafo y el anterior constituyen un continuo, una cuestión de grados, más que una relación de género-especie.

exclusión y que, frente a regulaciones formuladas en términos tales que sugieren adoptar una justificación unificada para todos los grupos de casos, los fundamentos complementarios ingresarán a través de los comportamientos adaptativos de los aplicadores (*i.e.*, la admisión de excepciones o la incorporación de directrices), sin que ello deba ser percibido, *per se*, como algo negativo o contradictorio. A este fenómeno parece referirse el siguiente pasaje de Turner y Weigend:

> [...] muchas jurisdicciones basan sus reglas de exclusión en más de un fundamento. La combinación de fundamentos —que la ley a menudo no explica con claridad— hace que sea difícil predecir el alcance real de las reglas de exclusión en un sistema jurídico en particular. Incluso cuando un fundamento es dominante, los tribunales y los académicos a menudo buscan admitir razones subsidiarias. Pueden hacerlo expresamente adoptando un mecanismo de ponderación o indirectamente estableciendo excepciones a las reglas categóricas [Turner y Weigend, 2019, p. 270].

Ahora bien, podría pensarse que una *regla* de exclusión, de justificación unitaria, podría venir acompañada de las bondades que usualmente se le atribuyen a la toma de decisiones basada en reglas[56] y que, incluso, ello podría ocurrir en el campo del razonamiento probatorio (Schauer, 2008 y Larsen, 2020). Esto parece difícil de sostener por el costo a pagar: el altísimo grado de sobre-inclusión y sub-inclusión (Schauer, 2004, pp. 89-92) al que se ve expuesta cualquier configuración más aproximada al polo *regla*, en razón del amplio y diverso predicado fáctico al que se encuentra dirigida.

Esto tampoco significa que una regulación a través de un *estándar* sea superior. Si bien vendría de la mano del beneficio de una mayor flexibilidad para evitar la sobre y sub-inclusión, también traería aparejada la inconveniencia de otorgar escasa guía para la toma de una decisión que involucra fuertes aspectos morales y que, por tanto, parece requerir una intervención más que mínima por parte

[56] De modo resumido, a largo plazo una mayor cantidad de decisiones correctas y una menor cantidad de incorrectas que un sistema de decisión caso por caso, con un costo inferior y un alto nivel de previsibilidad. Al respecto, véase Schauer (2004).

de las personas llamadas a diseñar las normas. Además, incrementaría el riesgo de que el aplicador de la norma no identifique todos los aspectos relevantes para los casos concretos que requieran una decisión.

Así, una primera conclusión parcial es que, en lo que respecta a la regulación de la exclusión de la evidencia obtenida de un modo inapropiado, afirmar que debería ser a través de una regla o de un estándar, o que una alternativa es mejor que la otra sin más, parece poco fructífero cuando, como se vio, se trata de un terreno fértil para el desarrollo de la convergencia, es decir, la aproximación de un tipo de norma jurídica hacia el otro a través de comportamientos adaptativos de los aplicadores.

Pero, más importante aún, las discusiones basadas en la rigidez o flexibilidad de la norma que regula la exclusión de la prueba ilícita ocultan u oscurecen aquello que debería ser el punto central: las *razones* por las cuales excluimos esa clase de evidencia y la idea de que la exclusión *puede* (y parece) tener más de un fundamento, en virtud del amplísimo grupo de casos que abarca, sin que esto resulte contradictorio o incompatible.

En consecuencia, podría explorarse una alternativa que permita discutir de manera fructífera la configuración de la exclusión de evidencia obtenida de modo inapropiado y la determinación de los parámetros relevantes relacionados con los fundamentos adecuados para cada grupo de casos.

V. Los factores relevantes para la exclusión de pruebas obtenidas de un modo inapropiado

Como se vio en el apartado anterior, normas de exclusión de fundamento único generarán incomodidad en las personas que deban aplicarlas. Esto parece responder a la incapacidad de una sola justificación, cualquiera sea, para otorgar respuestas aceptables frente a la totalidad de casos en los que se discute la admisibilidad de una prueba obtenida de manera inadecuada. En palabras de Roberts y Zuckerman: “[l]os méritos de admitir o excluir pruebas obtenidas de un modo

inapropiado son francamente demasiado complejos, circunstanciales e inciertos como para reducirlos a una regla simple, algorítmica y universal" (2004, p. 159).

El único caso claro dentro de la discusión es la prueba obtenida como consecuencia de una práctica de tortura. Existe un consenso internacional, plasmado en instrumentos de derechos humanos específicos,[57] acerca de que la evidencia obtenida como consecuencia de actos de tortura debe ser excluida de los procesos judiciales. Ese consenso internacional, además, parece reflejar la coincidencia, a partir de todos los fundamentos, respecto de la solución que se presenta como más adecuada. Fuera de los casos de tortura, la configuración y fundamento de las reglas de exclusión de evidencia varían de jurisdicción en jurisdicción (Turner y Weigend, 2019, p. 256).

Un patrón común e inevitable para la configuración de la regla de exclusión es que existe un elevado grado de ignorancia *ex ante* sobre los hechos y valores relevantes para decidir un caso concreto al momento de diseñar la norma en abstracto. Esto se debe —como he señalado antes— a que "prueba obtenida de un modo inapropiado" incluye una multiplicidad de configuraciones posibles o, en otras palabras, es una categoría sumamente amplia. La carencia de suficiente información acerca de los posibles hechos y circunstancias relevantes, y la diversidad de valores involucrados en un caso concreto, son razones de peso para inclinarse por alternativas más *casuísticas*, es decir, aquellas en las cuales la mayor parte de la decisión no se encuentre predeterminada en una norma (Sunstein, 1995, p. 958).

Sin embargo, en ocasiones podemos saber que ciertos factores serán relevantes para tomar una decisión, aunque no logremos anticipar *de qué manera* lo serán (Sunstein, 1995, p. 964). Creo que el universo de la prueba ilícita es una de esas

[57] El artículo 15 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el artículo 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. El texto del artículo 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es, por un lado, más restrictivo (parece restringir su aplicación a las "confesiones" y no a cualquier declaración del acusado) pero, a la par, más amplio, pues prevé su invalidez si son efectuadas a partir de cualquier tipo de coacción (Trechsel, 2005, p. 356).

ocasiones. El desarrollo de los fundamentos y las críticas a cada uno de ellos, efectuado en el apartado II, permite poner de relieve la mayoría de los factores que pueden entrar en juego al aproximarnos a la exclusión de prueba obtenida de un modo inadecuado.

La propuesta que considero enriquecedora es que la identificación más o menos precisa de factores podría constituir una opción superadora para la configuración de la regla de exclusión, en la medida en que eliminaría la incomodidad, señalada en el apartado anterior, de las personas que deben tomar decisiones a partir de ella, pues permitiría la integración de un campo más amplio de fundamentos para la toma de sus decisiones sin que, por esa sola razón, deba resultar contradictoria ni arbitraria su aplicación.

Es decir, quien se encuentre legalmente llamado a resolver un conflicto de admisibilidad de una prueba ilícita encontrará una guía de factores o parámetros para decidir, pero no tendrá indicaciones acerca del modo correcto de evaluarlos. Esta posible configuración otorgaría suficiente libertad como para que el aplicador pueda echar mano de los fundamentos que considere más adecuados para el caso y, además, permitiría efectuar una crítica a su manera de argumentar (*i.e.*, si utiliza criterios incompatibles, si prescinde de otros aplicables o bien otorga un valor desmedido a uno de ellos en desmedro de otros, etc.) en función de los parámetros destacados.

Por último, la identificación de esos factores resulta útil, también, para poner de relieve que las decisiones en este tema involucran deliberaciones epistémicas y morales que requieren tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.

Un buen ejemplo de esta propuesta es la regulación australiana en la sección 138 de la *Evidence Act*, examinada en el apartado III. En una configuración como esa, el diseñador de la regla sólo establece unos límites muy generales para la controversia sobre la admisibilidad de la prueba y destaca los puntos más importantes que las partes y el tribunal deberán considerar cuando se enfrenten a un caso concreto.

Tal vez el debate más interesante sea, en definitiva, cuáles deberían ser aquellos factores indicados como relevantes. Sobre esto, me limitaré a señalar algunas ideas muy rápidamente y de modo no exhaustivo. Creo que se hace necesario que quien deba tomar una decisión considere los siguientes factores: cuál es el derecho fundamental vulnerado (derechos de privacidad, a no ser torturado, a no ser obligado a declarar contra uno mismo, etc.), quién es el titular de ese derecho (la persona que reclama la exclusión o un tercero), en qué grado se ha visto quebrantado (intensidad del quebrantamiento), quién fue el autor de la conducta inapropiada (agente oficial o particular), cómo se ejecutó esa conducta (actuación dolosa, temeraria, imprudente), con qué fines se ejecutó (para obtener evidencia u otro), si ese tipo de conducta constituye una práctica sistemática por parte de sus autores, qué probabilidades hay de que se repita, qué necesidad de disuasión se constata, respecto de quién (perspectiva individual o institucional) y cuál es el mejor medio para llevarla a cabo, cuál es la confiabilidad de la prueba y de qué manera el medio por la que se obtuvo puede afectarla, qué dificultad o facilidad existía para obtener esa prueba sin vulnerar un derecho fundamental, cómo impactaría su exclusión o admisión en la determinación fáctica del caso, cuál es la gravedad del delito investigado, cómo y en qué medida se vería comprometida la integridad del proceso y de la administración de justicia por la admisión o exclusión (en este caso y en el largo plazo).

En definitiva, si bien creo que Roberts dio en el blanco cuando señaló que "[l]os doctrinarios que anhelan una regla de exclusión de líneas claras, o incluso cualquier marco doctrinal elaborado y articulado más allá del nivel de principios generales flexibles, parecen destinados a estar para siempre decepcionados" (2012a, p. 190), espero que esta propuesta genere una renovada discusión sobre la configuración deseable de la regla de exclusión de evidencia obtenida de un modo inapropiado y pueda funcionar como un punto de partida para próximas propuestas.

VI. Conclusiones

En este trabajo me propuse revisitar la justificación de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

En primer lugar, presenté una síntesis de los principales fundamentos expuestos en la literatura jurídica para explicar la exclusión de evidencia obtenida de un modo inapropiado, lo que permitió identificar tres fundamentos con un mayor reconocimiento (protección de derechos, disuasión e integridad) y dos con un nivel de aceptación menor (justicia del procedimiento y epistémico), relevar sus principales características y señalar las críticas que usualmente reciben. Complementariamente, mostré cómo esos distintos fundamentos fueron receptados en la configuración de la exclusión de pruebas ilícitas en países de diversas tradiciones jurídicas.

En mi opinión, estos puntos de partida contribuyen a sostener la idea de que el lenguaje en que se enuncian las normas de exclusión de evidencia obtenida de un modo inadecuado no es una herramienta útil para la discusión sobre sus méritos en función del fenómeno de la convergencia, desarrollado por Schauer. En función de éste, las personas que deben aplicar las normas reaccionan al grado discrecionalidad asignado (escaso o excesivo) mediante comportamientos adaptativos, lo que ocurre muy especialmente frente al problema de la exclusión de la prueba ilícita, debido a los muy diversos casos comprendidos en esa categoría y a la consiguiente incomodidad de arreglos institucionales de exclusión de evidencia apoyados en un único fundamento.

Por tanto, una configuración más útil de la regla de exclusión podría ser una que partiera de la identificación de factores, es decir, que presentara a quien deba decidir una serie de parámetros para tomar en cuenta, pero sin indicaciones sobre la manera adecuada de ponderarlos.

Esta propuesta vendría acompañada del beneficio de permitirle a las partes y a las personas que deban resolver un caso integrar su decisión con un campo más amplio de fundamentos de manera coherente, y constituye una guía útil para encaminar las argumentaciones. Entre los factores que considero centrales en todos los debates sobre el punto, y que podrían integrar una eventual configuración de la regla, están aquellos que he enunciado en el apartado V.

Espero que el trabajo sea de utilidad para reflejar, de modo breve, los fundamentos existentes en la literatura jurídica sobre las razones para excluir prueba inapropiada y, a su vez, que mis dos tesis centrales sirvan para renovar el debate sobre la configuración de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Bibliografía

AMAR, A. (1997), "Against exclusion (except to protect truth or prevent privacy violations)", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 20(2), pp. 457-466.

ARMENTA DEU, T. (2011), *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons.

ASHWORTH, A. (1977), "Excluding Evidence as Protecting Rights", *Criminal Law Review*, vol. 3, pp. 723-735.

_____, (2012), "The Exclusion of Evidence Obtained by Violating a Fundamental Right: Pragmatism Before Principle in the Strasbourg Jurisprudence", en Roberts, P. y Hunter, J. (eds.), *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Tradition*, Oxford y Portland, Hart Publishing, pp. 145-161.

ASHWORTH, A. y REDMAYNE, M. (2010), *The Criminal Process*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press.

BACHMAIER WINTER, L. (2019), "Spain: The Constitutional Court´s Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing", en Gless, S. y Richter, T. (eds.), *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules,* Cham, Springer, pp. 209-234.

BECCARIA, C. (2005), *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Ediciones Libertador.

BLOOM, R. M. y FENTIN, D. H. (2010), "`A More Majestic Conception´: The Importance of Judicial Integrity in Preserving the Exclusionary Rule", *Journal of Constitutional Law*, vol. 13(1), pp. 47-80.

CAMMACK, M. (2013), "The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule", en Thaman, S. (ed.), *Exclusionary rules in comparative law,* Dordrecht, Springer, pp. 3-32.

CAMPBELL, L., ASHWORTH, A. y REDMAYNE, M. (2019), *The Criminal Process,* 5a. ed., Oxford, Oxford University Press.

CHOO, A. (1989), "Improperly Obtained Evidence: A Reconsideration", *Legal Studies*, vol. 9(3), pp. 261-283.

CHOO, A. y NASH, S. (2017), "Improperly obtained evidence in the Commonwealth: lessons for England and Wales?", *International Journal of Evidence & Proof*, núm. 11, pp. 75-105.

DAMAŠKA, M. (2015), *El derecho probatorio a la deriva*, trad. de Joan Picó i Junoy, Madrid, Marcial Pons.

DEI VECCHI, D. (2020), "Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión", en Rovatti, P. y Limardo, A. (dirs.), *Pensar la prueba*, núm. 1, Buenos Aires, Editores del Sur, pp. 27-54.

DUFF, A., FARMER, L., MARSHALL, S. y TADROS, V. (2007), *The Trial on Trial: Volume III. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford and Portland, Hart Publishing.

GASCÓN ABELLÁN, M. (2012), "¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de la prueba ilícita", en Giacomette, A. (dir.), *Reflexiones en torno al derecho procesal constitucional*, Bogotá, Universidad El Bosque, pp. 75-99.

_____, (2020), "Además de la verdad. Defensa de los derechos cuando se buscan pruebas (en homenaje a Luis Prieto)", en Andrés Ibáñez, P., Grández Castro, P. P., Marciani Burgos, B. y Pozzolo, S. (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, Lima, Palestra, pp. 177-202.

GIANNOULOPOULOS, D. (2007), "The exclusion of improperly obtained evidence in Greece: putting constitutional rights first", *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 11(3), pp. 181-212.

HO, H. L. (2019), "The Fair Trial Rationale for Excluding Wrongfully Obtained Evidence", en Gless, S. y Richter, T. (eds.), *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules*, Cham, Springer, pp. 283-305.

JACKSON, J. y SUMMERS, S. (2012), *The Internationalization of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, Cambridge University Press.

KAPLAN, J. (1974), "The Limits of the Exclusionary Rule", *Stanford Law Review*, vol. 26(5), pp. 1025-1056.

LARSEN, P. (2020), "Reglas, estándares y dos modelos de derecho probatorio para el proceso penal", *Indret*, 1/2020, pp. 300-335.

MIRANDA ESTRAMPES, M. (2010), "La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 22, pp. 131-151.

_____, (2019), *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*, Madrid, Marcial Pons.

NASH, S. (2000), "Secretly recorded conversations and the European Convention on Human Rights: *Khan* v. *UK*", *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 4(4), pp. 268-274.

_____, (2002), "Balancing Convention Rights: *P.G. and J.H.* v. *United Kingdom*", *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 6(2), pp. 125-129.

_____, (2003), "Surreptitious interrogation and notions of fairness: *Allen* v. *United Kingdom*", *International Journal of Evidence & Proof*, vol. 7(2), pp. 137-141.

NIEVA FENOLL, J. (2018), "Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base", en Vázquez, C. (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, Buenos Aires, Editores del Sur, pp. 99-128.

REDMAYNE, M. (2009), "Theorizing the Criminal Trial", *New Criminal Law Review*, vol. 12(2), pp. 287-313.

ROBERTS, P. (2012a), "Excluding Evidence as Protecting Constitutional or Human Rights?", en Zedner, L. y Roberts, J. (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice. Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford, Oxford University Press, pp. 171-190.

_____, (2012b), "Normative Evolution in Evidentiary Exclusion: Coercion, Deception and the Right to a Fair Trial", en Roberts, P. y Hunter, J. (eds.), *Criminal Evidence and Human Rights. Reimagining Common Law Procedural Tradition*, Oxford y Portland, Hart Publishing, pp. 163-193.

ROBERTS, P. y ZUCKERMAN, A. (2004), *Criminal Evidence*, Oxford, Oxford University Press.

ROVATTI, P. (2020), "Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos", *Quaestio Facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 1, pp. 31-66.

ROXIN, C. (2004), "¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?", trad. de J. Gómez Navajas, *Nueva Doctrina Penal*, 2004/B, pp. 547-558.

SCHAUER, F. (1991), "Exceptions", *University of Chicago Law Review*, vol. 58(3), pp. 871-899.

_____, (1997), "Prescriptions in Three Dimensions", *Iowa Law Review*, vol. 82(3), pp. 911-922.

_____, (2003), "The Convergence of Rules and Standards", *New Zealand Law Review*, vol. 3, pp. 303-328.

_____, (2004), *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons.

_____, (2008), "In Defense of Rule-Based Evidence Law-And Epistemology Too", *Episteme*, vol. 5, pp. 295-305.

STUNTZ, W. (1996), "The virtues and vices of the exclusionary rule", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 20(2), pp. 443-455.

SUNSTEIN, C. (1995), "Problems with Rules", *California Law Review*, vol. 83(4), pp. 953-2016.

TRECHSEL, S. (2005), *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, Oxford University Press.

TURNER, J. y WEIGEND, T. (2019), "The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview", en Gless, S. y Richter, T. (eds.), *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules*, Cham, Springer, pp. 255-282.

Capítulo II

Ideas para un "control de fiabilidad" de las pruebas forenses. Un punto de partida para seguir discutiendo

Marina Gascón Abellán*

* Doctora en filosofía por la Universidad Autónoma de Madrid y licenciada en derecho por la Universidad Complutense. Profesora de filosofía del derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha (España).

Ideas para un "control de fiabilidad" de las pruebas forenses. Un punto de partida para seguir discutiendo. I. Ciencia forense y error; II. La lucha contra el error: los caminos a recorrer; III. Ideas para un control de fiabilidad de la prueba forense en los tribunales; IV. *Epílogo*: un punto de partida para seguir discutiendo.

I. Ciencia forense y error

1. Sobrevaloración de la ciencia forense y posibilidad de error

La ciencia forense desempeña un papel crecientemente importante en el sistema de justicia. Expertos en genética forense, balística, acústica forense, análisis de pintura, de drogas y otras sustancias, de fibras y materiales, de fluidos, de restos de fuego o de disparo, examen de huellas dactilares, de escritura manuscrita, de marcas de herramientas o de mordeduras, de impresiones de calzado o de neumáticos y otras disciplinas emergentes (como el análisis digital y multimedia) auxilian diariamente a los tribunales en el esclarecimiento de los hechos controvertidos. De hecho, las pruebas forenses están siendo decisivas en la resolución de muchos casos que de otro modo resultarían difíciles de resolver, y su uso es cada vez más demandado.

El éxito de las pruebas forenses seguramente reside en su pretendido contraste con las que no lo son. Mientras que los medios de prueba tradicionales (por ejemplo, la declaración de un testigo ocular) se perciben como problemáticos, falibles o dominados por una esencial incertidumbre, las declaraciones provistas

por los expertos de las disciplinas forenses son vistas como "científicas". Por eso la gente en general y los jueces en particular tienden a atribuir a esas declaraciones el más alto grado de fiabilidad, y cuanto más científicamente sofisticada es la tecnología que les da soporte, mayor es la percepción de que son infalibles.

Esa enorme confianza en la ciencia forense se explica a mi juicio por varias razones. En primer lugar, y quizás lo más importante, porque tenemos una deficiente cultura científica que nos conduce a depositar unas expectativas exageradas en los análisis que provienen de las disciplinas forenses. Porque se ignora que en la mayoría de ellas —por lo menos en las tradicionales— el resultado de los análisis se expresa en un juicio de probabilidad en el caso particular que tiene un intenso componente personal o subjetivo y, por tanto, es difícil considerar ese resultado como "objetivo" y mucho menos "infalible" (Taroni, Biedermann, Garbolino y Aitken, 2006, p. 21). En definitiva, porque se piensa que mientras el conocimiento que se obtiene en las salas de los tribunales es frágil, lo que sucede en los laboratorios de la policía científica es otra cosa.

Por otra parte, tampoco puede desconocerse la influencia decisiva que ha tenido la prueba de ADN sobre esa prestigiosa visión de la ciencia forense. Desde que hace más de tres décadas se descubriera la huella genética y se demostrase su enorme potencial investigador y probatorio, los métodos y técnicas de análisis de ADN han sido objeto de intenso desarrollo, y hoy puede sostenerse fundadamente su capacidad para vincular, con un alto nivel de fiabilidad, una muestra examinada con una persona o fuente concreta. Por supuesto sigue habiendo muchos problemas abiertos en relación con el uso forense del ADN.[1] Pero aun así no debe extrañar que el enorme prestigio alcanzado por esta prueba genética (el *gold standard*

[1] Una excelente panorámica de esos problemas se encuentra en Murphy (2015). La autora muestra en su estudio la cara oscura de la prueba de ADN: laboratorios poco o nada supervisados que producen resultados inconsistentes; fiscales que fuerzan el análisis de muestras biológicas excesivamente pequeñas y de pobre calidad que hacen que sus resultados sean altamente subjetivos y puedan conducir a error; trazas de ADN de una persona aparecida en un lugar donde esa persona nunca ha estado o en un objeto que nunca ha tocado y que podrían incriminarla en un hecho delictivo; errores que los jueces pueden cometer al interpretar los datos estadísticos que expresan la coincidencia entre los perfiles comparados; por no hablar de la masiva e inquietante compilación de datos que se realiza sin mayor control en las bases de datos de ADN.

de la ciencia forense) se haya proyectado también, como una suerte de "efecto irradiación", sobre otras muchas disciplinas forenses que, sin embargo, no gozan en absoluto del grado de investigación, desarrollo y fiabilidad del análisis de ADN.

Por último, otra razón que a juicio de muchos explicaría esa sensación de invencibilidad de las pruebas forenses es el llamado "efecto CSI". El fenómeno hace referencia al tremendo impacto que han tenido en el imaginario popular algunas series televisivas como CSI (*Crime Scene Investigation*) y otras parecidas que, al exhibir el exitoso uso policial de diversas técnicas forenses, han aumentado de manera espectacular las expectativas depositadas en ellas. Con un efecto adicional en la praxis judicial: sobre todo en los procesos penales se ha generado una demanda cada vez mayor de pruebas científicas y una resistencia a condenar cuando no se dispone de ellas (Schweitzer y Saks, 2007; Lodge y Mircea, 2020). Es cierto que algunos estudios cuestionan que estas series televisivas hayan potenciado la sobrevaloración de las pericias forenses, y algunos de ellos sugieren incluso que los espectadores habituales de estas series suelen ser más críticos con este tipo de pruebas. En todo caso, y sean cuales sean las causas principales del fenómeno, de lo que no cabe duda es de la gran confianza que en general se deposita en los informes que provienen de los "expertos de bata blanca".

Desgraciadamente las cosas no son tan idílicas, y como señalaran con elocuencia Saks y Koehler hace ya algunos años, si "un científico o un juez objetivo revisara el estado de las disciplinas forenses tradicionales, probablemente calificaría sus afirmaciones como plausibles, carentes de suficiente investigación y sobrevaloradas" (2005, p. 892). Y Jennifer Mnookin lo ha expresado con la misma claridad: los expertos de estas disciplinas —dice— "hacen afirmaciones en los tribunales que, en honor a la verdad, están menos probadas y son más frágiles de lo que pretenden ser" (2010, p. 1210); en definitiva, magnifican la solidez de su conocimiento y ocultan la posibilidad de errores. De hecho, los errores judiciales cuando se utiliza ciencia forense son una desgraciada realidad.

No es fácil establecer cuántos errores judiciales se cometen en un sistema por el uso de mala o errónea ciencia forense (Cunliffe y Edmond, 2017; Cole, 2012): de un lado, porque sólo podemos decir con seguridad que se ha cometido un error

judicial cuando así se ha desvelado mediante los mecanismos procesales del sistema, pero es evidente que una decisión judicial podría ser errónea pese a que no se haya puesto legalmente de manifiesto; de otro, porque en la mayoría de los casos en que se produce un error los datos forenses defectuosos aportados por los expertos concurren con otras pruebas (testimonios, confesiones, documentos y otras piezas de convicción) que pueden resultar igualmente defectuosas, lo que hace complicado establecer con precisión el peso que a cada una le corresponde en la comisión del error. A pesar de esta innegable dificultad, la experiencia acumulada y los análisis y estudios sobre la materia que se están realizando ponen de relieve la terrible realidad del error, y nos advierten del potencial peligro de atribuir un peso indebido a la ciencia forense que entra en el proceso.[2]

En el año 2009 un estudio, que revisó casi ciento cuarenta casos de personas inocentes condenadas por error, encontró que en la mayoría de los casos (60%) se habían aportado pruebas forenses inválidas en el juicio.[3] Y los datos de Estados Unidos aportados por algunas asociaciones hablan por sí solos. Por ejemplo, según *The National Registry of Exonerations*, que proporciona información detallada sobre las casi tres mil exoneraciones conseguidas en el país desde 1989,[4] la ciencia forense engañosa o errónea ha estado presente en el 24% de los casos.[5] Asimismo, *The Innocence Project* estima que el uso de ciencia forense mala o defectuosa (incluyendo disciplinas inválidas o no confiables, insuficiente validación de una técnica de análisis, testimonios expertos exagerados, imprecisos o equívocos, errores cometidos en la realización de la prueba o en la interpretación de

[2] Sobre el papel de la ciencia forense en las condenas erróneas, véase Garrett (2014); Cooley y Turvey (2014); Duce (2018). Un registro de casos célebres de errores judiciales en los que la prueba forense defectuosa ha desempeñado un papel esencial se recoge en el estudio comparativo sobre prueba científica elaborado para el Consejo de Europa por Champod y Vuille (2011).

[3] El estudio fue hecho por Garrett y Neufeld (2009), y las pruebas eran relativas sobre todo a análisis serológicos y comparación microscópica de cabellos, pero también comparación de marcas de mordeduras, huellas de calzado, huellas dactilares y otras técnicas forenses.

[4] Se trata de casos en los que una persona fue erróneamente condenada por un crimen y más tarde liberada de todos los cargos a raíz de nuevas pruebas de su inocencia.

[5] *The National Registry of Exonerations* es un proyecto de *The University of California Irvine Newkirk Center for Science & Society*, *The University of Michigan Law School* y *The Michigan State University College of Law*. Fue fundado en 2012 junto con el *Center on Wrongful Convictions de la Northwestern University School of Law*. Puede consultarse en: «https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx» [consultado el 9 de marzo de 2021].

los resultados y, en algunos casos, mala conducta de expertos o laboratorios) es el segundo factor contribuyente a las condenas erróneas y está presente en el 52% de las exoneraciones conseguidas hasta ahora por el Proyecto mediante pruebas de ADN.[6] Incluso el propio FBI (*Federal Bureau of Investigation*), la principal agencia de investigación criminal de Estados Unidos ha admitido haber cometido fallos durante más de dos décadas en los análisis de cabellos que ha realizado y ha aceptado, en consecuencia, revisar miles de causas penales ya cerradas (Hsu, 2015). De hecho, reconoció que sus expertos sobreestimaron la probabilidad de un *match* entre los cabellos comparados en el 95% de los casi doscientos setenta casos que habían revisado hasta el momento, que incluían el de treinta y dos condenados a muerte.

2. Panorámica de las fuentes de error. El Informe NAS/2009

El momento decisivo en la toma de conciencia de la posibilidad de errar cuando se utiliza mala ciencia forense lo representa el pionero y rompedor informe *Strengthening Scientific Evidence in the United States: A Path Forward*, emitido en 2009 por *The National Academy of Sciences* de los Estados Unidos. El informe (al que en adelante me referiré como NAS/2009) ha sido la primera voz organizada de la comunidad científica que ha puesto de relieve las profundas limitaciones de muchas disciplinas forenses (particularmente las técnicas de comparación de patrones), así como la necesidad de abordarlas. De hecho, comienza reconociendo significativamente que,

> aunque durante décadas las disciplinas forenses han producido información muy valiosa que ha sido de inestimable ayuda al sistema de justicia, los avances en el estudio de algunas disciplinas (particularmente el uso de tecnología de ADN) [...] también han revelado que, en algunos casos, pruebas y testimonios basados en análisis forenses defectuosos pueden haber contribuido a la condena errónea de

[6] *The Innocence Project* fue fundado en 1992 por Barry Scheck y Peter Neufeld en la *Cardozo Law School* de Nueva York para lograr la exoneración, mediante pruebas de ADN, de personas que han sido erróneamente condenadas. Pueden consultarse los datos en la web del proyecto: «www.innocenceproject.org».

> personas inocentes. Esto demuestra el potencial peligro que comporta atribuir un peso indebido a la información y testimonios derivados de pruebas y análisis defectuosos. Además, el testimonio impreciso o exagerado de los expertos ha contribuido a veces a admitir como prueba información errónea o engañosa (Informe NAS/2009, p. 4).

Al revisar el estado de muchas disciplinas forenses y señalar las principales deficiencias que las aquejan, el Informe ha ofrecido una panorámica de las fuentes de error, un dibujo de los principales factores que pueden estar detrás de la comisión de errores judiciales cuando se utiliza ciencia forense. Creo que destacar esta panorámica es muy interesante para el trabajo de jueces, fiscales y abogados, porque —como después diré— proporciona una orientación, por genérica que sea, para examinar con ojo crítico y eventualmente cuestionar el testimonio de los expertos. Resumo estos factores a continuación.[7]

A. Escasa (o nula) base científica

Para empezar, aunque algunas disciplinas forenses (como el análisis de ADN, la serología, la patología forense, toxicología, análisis de sustancias químicas o análisis digital y multimedia) han sido construidas sobre sólidas bases teóricas y rigurosa investigación, muchas otras disciplinas (particularmente las que consisten en la interpretación de patrones observados, como huellas dactilares, muestras de escritura, marcas de herramientas, marcas de mordedura o de pisadas, fibras, cabellos o restos de incendios) están basadas fundamentalmente en la observación y la experiencia, pero sus técnicas de análisis no han sido validadas por los métodos usuales de la ciencia, ni se han calculado sus tasas de error, por lo que no se conoce su fiabilidad y precisión (NAS/2009, p. 128). Tampoco se ha estudiado con qué frecuencia y por qué causas los expertos cometen errores, de modo que, en estas circunstancias, las declaraciones de los expertos sugieren más certeza de la que pueden garantizar.

[7] He tratado más ampliamente el significado y alcance de la crítica realizada por el Informe NAS/2009, en Gascón (2020) y Gascón (2021).

B. Sesgos cognitivos

Tampoco se ha prestado suficiente atención al riesgo de que se produzcan en el experto sesgos cognitivos que pueden afectar su interpretación de los datos y que provienen fundamentalmente de la información que poseen sobre el caso. Los expertos pueden tener acceso (por ejemplo, a través de la policía o de la fiscalía) a informaciones relacionadas con el caso. Pueden saber que el sospechoso tiene una coartada, o que ha confesado, o que cuenta con condenas anteriores, etcétera. Tales informaciones no son necesarias para el trabajo del experto, pero podrían crear un sesgo en sus conclusiones, porque está suficientemente demostrado que los humanos tenemos una tendencia cognitiva a ver aquello que esperamos ver.[8] Es más, según un reciente estudio de Catherine Bonventre (2020), los efectos de los sesgos de confirmación pueden representar una amenaza mayor para los análisis forenses que la que puede derivar de la mala conducta (intencional) de expertos y laboratorios forenses, que naturalmente también puede existir.

Además, del propio rol institucional que el experto cree desempeñar puede derivar un sesgo, pues como ha señalado con elocuencia Sandra Guerra-Thompson (2015, pp. 187 y ss.), estando la mayoría de los laboratorios de criminalística insertos en la organización policial del Estado, muchos peritos forenses se ven a sí mismos como "policías con bata de laboratorio", que trabajan más guiados por los objetivos de la policía y de la fiscalía que por el de realizar los análisis en forma independiente e imparcial.

C. Defectos en el funcionamiento de los laboratorios y los expertos

La calidad de las prácticas de los laboratorios forenses también está lejos de ser satisfactoria. El Informe señala como potenciales fuentes de error la falta de autonomía de la mayoría de los laboratorios forenses, precisamente por formar parte de

[8] Un estudio reciente sobre los sesgos contextuales que pueden afectar el trabajo de los expertos es el de MacLean, Smith y Dror (2020).

la red estatal de instituciones policiales o gubernamentales y —como acaba de decirse— estar en este sentido "sesgados" (NAS/2009, pp. 183-184), el incumplimiento de estándares rigurosos de actuación, la ausencia de programas de acreditación obligatorios y uniformes, y su falta de supervisión efectiva (NAS/2009, pp. 193 y ss.). Los laboratorios tampoco establecen un entrenamiento adecuado y formación continuada para sus expertos, ni los someten siempre a pruebas suficientes de competencia para los análisis que deben realizar. Otro problema importante es la falta de transparencia. La transparencia implica, entre otras cosas, que todos los actores del proceso (jueces, abogados y fiscales) deben tener acceso a los errores que se han detectado y que pueden influir en la calidad del resultado de los análisis. Sin embargo, esta importantísima información no se hace pública, sino que queda dentro de las paredes del laboratorio (NAS/2009, pp. 201 y ss.).

D. Distorsionadora comunicación de los resultados a los tribunales

Es esencial que los expertos comuniquen a los tribunales los resultados de sus análisis de manera precisa y rigurosa, sin minusvalorarlos y (sobre todo) sin sobrevalorarlos. Sin embargo, con demasiada frecuencia los expertos usan una terminología que transmite más certeza de la que su técnica es capaz de ofrecer. En definitiva, exageran el significado de esos resultados.

Esto sucede así, notoriamente, en las disciplinas forenses identificativas (las que tienen como objeto central identificar la procedencia de los vestigios o marcas hallados en la escena del crimen: *e.g.* impresiones de calzado o de neumáticos, huellas dactilares, marcas de herramientas o de armas de fuego, escritura manuscrita, etc.). El problema central aquí es el uso de expresiones individualizadoras; o sea, expresiones que dan a entender que el experto, tras analizar un vestigio o marca, ha "individualizado" o identificado su fuente específica de procedencia, con exclusión de todas las demás fuentes posibles. Por ejemplo, cuando los expertos en dactiloscopia declaran una similitud relevante entre las dos huellas comparadas (un *match*), lo que afirman es que la huella latente examinada "coincide con", o "es idéntica a", o presenta una "inusual similitud con" la huella específica con la que se compara, lo que sugiere que ambas huellas provienen de

una fuente común, *con exclusión de cualquier otra fuente posible en el mundo.* Con frecuencia, además, afirman que sus conclusiones están apoyadas "con un grado razonable de certeza científica", y en algunos casos incluso sostienen que son "100% ciertas", o que su técnica tiene una "tasa de error 0". Al final, toda esta retórica sugiere que por medio de un método forense es posible vincular (con un alto grado de certeza) un vestigio o marca de origen desconocido con una fuente específica (con exclusión de cualquier otra en el mundo), y alimenta así la idea de que esa disciplina forense es infalible.

El Informe denuncia que no hay razón para esas afirmaciones tan fuertes, pues, aparte de que el postulado teórico en el que se asienta la individualización no ha sido demostrado en ninguna de las disciplinas forenses tradicionales (la "unicidad": que la naturaleza nunca se repite y por tanto que un vestigio o marca desconocida m_x sólo puede provenir de una fuente específica f_1), tales disciplinas padecen además fuertes restricciones epistemológicas que impiden interpretar un *match* en términos de individualización (NAS/2009, p. 43). De hecho —dice el Informe— "con la excepción del ADN nuclear, ninguna técnica forense ha demostrado su capacidad para vincular (con un alto grado de certeza) una marca o traza desconocida con una persona o fuente específica" (NAS/2009, p. 7). En realidad, toda esta terminología que rodea la individualización parece una retórica diseñada para consumo de los tribunales, más que derivada de una comprobación científicamente válida. Lo que deberían hacer estas disciplinas es demostrar "más transparencia y menos exageración" (Saks y Koehler, 2010, p. 1207).

El diagnóstico del Informe NAS/2009 ha sido tan demoledor como preocupante. Ha desinflado la percepción general de fiabilidad de los métodos forenses y ha confirmado que el riesgo de cometer errores judiciales cuando se utilizan datos forenses defectuosos o magnificados es real. En definitiva, ha puesto de relieve que la *mala* ciencia forense, la *débilmente fundada* ciencia forense y la *engañosa* o *mal aplicada* ciencia forense pueden truncar la libertad, los proyectos y la vida de la gente. Por eso hay una obligación (política y moral) de minimizar el riesgo de errores judiciales y, por consiguiente, hay una obligación (política y moral) de mejorar la calidad de la ciencia forense que entra en los tribunales.

II. La lucha contra el error. Los caminos a recorrer

Existen dos estrategias posibles para asegurar la calidad de las pruebas forenses que forman parte de la decisión. La primera implica a las propias disciplinas forenses y apunta a *maximizar la calidad* de los datos que los expertos proporcionan a los tribunales o, lo que es equivalente, a evitar que se produzca ciencia forense mala, defectuosa, tergiversada o imprecisa. Se trata, por tanto, de asegurar la calidad de los datos forenses "en el origen". La segunda implica directamente a los tribunales y apunta a *controlar la calidad* de los datos que los expertos ofrecen. Se trata, en este caso, de asegurar la calidad de los datos forenses "en el proceso".

No está de más insistir en que ambas estrategias apuntan al mismo fin: *evitar que la decisión venga apoyada en datos forenses de insuficiente calidad* (poco fiables y/o imprecisos). Y no son estrategias mutuamente excluyentes sino complementarias.

1. Asegurar la calidad "en el origen": *mejor prevenir que curar*

La forma más eficaz —y, desde luego, la más "radical"— de evitar que la decisión judicial venga apoyada en "mala" ciencia forense consiste, naturalmente, en evitar que se produzca "mala" ciencia forense; esto es, en asegurar que los datos que los expertos aportan a los tribunales sean de calidad.[9] Ésta es una tarea que interpela directamente a las propias disciplinas forenses, que deberían realizar todos los esfuerzos necesarios para superar los defectos señalados por el Informe NAS/2009 y garantizar de este modo la calidad de los datos que ofrecen a los tribunales:

[9] Si no interpreto mal, ésta sería la estrategia fundamental a seguir en opinión de Susan Haack, quien entiende que lo más efectivo para garantizar la calidad de los datos forenses que entran en el proceso no es tanto articular controles judiciales de su fiabilidad (aunque esto también sea útil), sino concentrarse en lo que sucede "antes" con el fin de evitar que se produzcan cosas indebidas (fraudes en los laboratorios, malas prácticas en la investigación o en la promoción de una técnica, expertos incompetentes, sesgos evitables, etc.) y de que, si se producen, queden rápidamente al descubierto (2015, p. 69). Estoy completamente de acuerdo con ella, bien entendido que —como he señalado más arriba— ello no es incompatible con la segunda estrategia: la consistente en controlar o garantizar "en el proceso" que esto sea así.

intensificar el *estudio e investigación* de la distintas técnicas forenses, sobre todo de las más débiles, para establecer su fiabilidad, medir sus tasas de error y reforzar su precisión; estandarizar y mejorar la práctica de los *laboratorios*, asegurándose de que cumplen escrupulosamente sólidos protocolos para realizar los análisis, adoptan test de competencia rigurosos para la selección de los *expertos* y los someten a programas de actualización y entrenamiento continuado; identificar de dónde proceden los *sesgos cognitivos* que pueden afectar las interpretaciones de los expertos y establecer las medidas adecuadas para evitar que se produzcan o mitigar sus efectos; y, desde luego, hacer que los expertos redacten sus informes y declaren ante el tribunal con una *terminología apropiada*, a fin de evitar que las conclusiones de los análisis que han realizado sean malinterpretadas.

En los doce años subsiguientes al Informe NAS/2009 se ha avanzado considerablemente en todos estos aspectos. La base científica de algunas disciplinas forenses se está ensanchando y, al contrario, otras disciplinas están progresivamente cayendo en el descrédito precisamente por carecer sus métodos de la necesaria fundamentación científica. Los laboratorios de criminalística están adoptando protocolos de actuación y test de competencia más rigurosos. Los estudios sobre sesgos contextuales y cognitivos son hoy muy numerosos y se están desarrollando herramientas capaces de reducir la vulnerabilidad de los expertos, evitando que sean expuestos a información innecesaria para su trabajo, pero que puede sesgar su juicio.[10] Y también se están produciendo avances en la retórica de las declaraciones de los expertos forenses, particularmente en las áreas de comparación de patrones. Los expertos están empezando a formular sus conclusiones de otro modo y a cambiar la terminología en sus informes y testimonios.[11]

[10] Para un análisis sobre las diferentes fuentes de sesgos y sobre las distintas medidas que cabe adoptar para mitigarlos, véase, por ejemplo, Dror (2020).

[11] A este respecto, véase Thompson, Vuille, Taroni y Biedermann (2018). Destaca en este sentido la adopción en el ámbito europeo de unas pautas comunes para evaluar y comunicar los resultados de los análisis forenses. Me refiero a la *ENFSI Guideline for Evaluative Reporting in Forensic Science. Strengthening the Evaluation of Forensic Results across Europe* (STEOFRAE) de 2015, creada por ENFSI (*European Network of Forensic Science Institutes*), una organización que reúne a más de 73 laboratorios europeos de 39 países con el objetivo de mejorar la calidad de la ciencia forense, compartir estándares de calidad e intercambiar conocimiento. Puede consultarse en «http://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/m1_guideline.pdf».

Es cierto que aún queda camino por andar, y de hecho las preocupaciones manifestadas en el Informe NAS/2009 han sido reiteradas en otros recientes documentos. Por ejemplo, en el Informe PCAST/2016, denominado *Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature Comparison Methods,*[12] que vuelve a destacar importantes carencias en algunas disciplinas de comparación de rasgos (como huellas dactilares, examen de armas de fuego, mezclas complejas de ADN o análisis de marcas de mordeduras). En todo caso, aunque persistan algunas carencias y problemas, lo que no puede negarse —me parece— es que hay un decidido esfuerzo en la comunidad forense por reforzar y reformar sus disciplinas.

2. Asegurar la calidad "en el proceso": *gatekeeping* como garantía

Sin embargo, todo esto no basta. Por mucho que hagamos para incrementar la calidad de la ciencia forense que entra en los tribunales, por mucho que se avance en el estudio, la estandarización, el análisis de sesgos o la mejora y unificación del lenguaje usado por los expertos en sus informes y declaraciones; en definitiva, por muy bien que anden las cosas en el interior de las distintas disciplinas forenses, no podremos estar seguros de que los datos aportados por los expertos de esas disciplinas son totalmente fiables. Algo ha podido ir mal "en el origen", y precisamente por eso es necesario establecer una *estrategia-barrera*, un filtro para *evitar* que los datos forenses defectuosos formen parte de la decisión.

Ese filtro implica necesariamente a los jueces. También ellos pueden y deben jugar un papel decisivo para asegurar la calidad de los datos que los expertos aportan al tribunal. Sin la activa colaboración de los jueces en el control de esos datos, el riesgo de cometer errores judiciales basados en ciencia forense defectuosa inevitablemente se incrementa. De hecho, este es el significado genuino de la sentencia

[12] Se trata del Informe para el Presidente Barack Obama emitido por el *President´s Council of Advisors on Science and Technology* (PCAST) en septiembre de 2016. Puede consultarse su texto completo en: «https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_forensic_science_report_final.pdf».

Daubert en los Estados Unidos.[13] Esta suele ser considerada un hito jurídico en la sugerencia de criterios —los famosos factores *Daubert*— para el control de fiabilidad de la ciencia forense que accede al proceso. Sin embargo, más allá de esos discutidos factores (que, en todo caso, son meramente ilustrativos del tipo de criterios que podrían usarse), la importancia de la sentencia reside en que constituye una exhortación a los jueces para que ejerzan su responsabilidad y examinen más críticamente la fiabilidad y precisión del testimonio experto.[14] Champod y Vuille (2011, p. 39) expresan esta idea con elocuencia: la sentencia *Daubert* —señalan— "insiste de manera implícita en el escepticismo que el juez debe mantener hacia el experto, que de este modo deja de ser considerado como miembro de una élite con autoridad y pasa a ser un agente social comparable a cualquier otro", un agente cuyos métodos y procedimientos podrían carecer de la solidez suficiente, y en todo caso "eventualmente sometido a presiones de orden político y económico que pueden alterar su dictamen". *Daubert*, en suma, llama a los jueces a asumir su responsabilidad como guardianes (*gatekeepers*) de la calidad de la ciencia forense que entra en el proceso.

III. Ideas para un control de fiabilidad de la prueba forense

1. Necesidad de controlar: los jueces como guardianes

Afirmar, en la senda de *Daubert*, que los tribunales deben ejercer su función de *guardianes* de la calidad de la ciencia forense que entra en el proceso es lo mismo

[13] *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

[14] En *Daubert* la Corte Suprema exigió a los jueces realizar una valoración independiente de la validez científica del testimonio experto (*gatekeeping task*), y para llevarla a cabo sugirió un conjunto de factores ilustrativos: a) si la técnica o teoría usada puede ser y ha sido comprobada; b) si ha sido sometida a revisión por pares y publicada; c) si son aceptables los márgenes de error (conocidos o potenciales) asociados a ella y si existen estándares para su aplicación y se cumplen; y d) si goza de aceptación generalizada por la comunidad científica concernida. Como señalo en el texto, aparte de establecer esos factores, la importancia de *Daubert* reside en haber insistido en la necesidad de esa valoración judicial del testimonio de los expertos. Para una clara exposición del establecimiento y desarrollo del estándar *Daubert*, así como una crítica de las confusiones y malentendidos que los "factores *Daubert*" encierran, véase Haack (2015, pp. 50 y ss.) y, entre nosotros, Vázquez (2016, pp. 92-112).

que decir que deben abandonar su clásica actitud de deferencia hacia lo que el experto declara. O lo que es igual: que, antes de atribuir a esas declaraciones o informes un valor probatorio, deben evaluar (o controlar) su fiabilidad.

Los jueces y tribunales, en efecto, suelen tener una actitud altamente deferencial hacia los informes y testimonios que provienen de la ciencia forense, lo que significa que aceptan lo que el experto declara sin mayor control sobre su fiabilidad. Para ser exactos, no es que no realicen ningún control en absoluto, sino que el control que realizan es más bien superficial o formal. Por ejemplo, suelen verificar que los expertos poseen las necesarias cualificaciones (como químico, ingeniero, biólogo, etcétera); o que tienen alguna experiencia en el manejo de la técnica que están usando (Martire y Edmond, 2017, p. 969); o comprueban si esa técnica se ha aplicado ya antes y desde hace cuánto tiempo; o si ha sido admitida como válida por otros tribunales.[15] Pero no suelen ir mucho más allá.

Ese *laissez-faire* hacia el testimonio experto resulta en cierto modo comprensible. Los jueces no son expertos. Por lo general, carecen de los conocimientos y habilidades necesarias para evaluar con fundamento el análisis que el experto ha realizado, por más que en la comunidad jurídica nos refiramos al juez como *peritus peritorum*. Por eso no debe extrañar que acepten sin mayor escrutinio lo que experto declara; y más aún si tenemos en cuenta que esa pericia viene revestida, con razón o sin ella, de un aura de cientificidad y que el conocimiento científico goza de un enorme prestigio en las sociedades modernas.

Sin embargo, la deferencia debe ser abandonada. En primer lugar —y diría, sobre todo— por razones *epistémicas*. Como ha puesto claramente de manifiesto el propio Informe NAS/2009 y otros informes y estudios posteriores, cuando se realiza un análisis forense y se comunican sus conclusiones al tribunal son muchas las cosas que pueden haber ido mal: conductas deshonestas, insuficiencia o

[15] Este último es un recurso muy usado, pues "los jueces se sienten más cómodos reiterando las prácticas pasadas (lo que ha sido admitido en el pasado sigue admitiéndose)" (Koehler, Schweitzer, Saks y McQuiston, 2016, p. 402). De hecho, cuando una técnica es puesta en cuestión en el juicio, muchas veces los jueces resuelven el asunto atendiendo a lo que otros jueces han dicho al respecto.

invalidez de la técnica usada, fallos en la realización de la prueba, o al comunicar los resultados, etcétera. Por eso la deferencia (la confianza en lo que el experto declara, sin escrutar si algo ha podido ir mal) puede conducir a los jueces a aceptar como válida la ciencia deficiente o defectuosa —*junk science* en la ya famosa expresión popularizada por Peter Huber (1991)—, datos con poco o nulo fundamento científico que pueden llevar a cometer errores judiciales. Además, en segundo término, la deferencia debe abandonarse por razones *institucionales*. La deferencia tiene complicado encaje en un sistema que atribuye a los jueces (independientes e imparciales) la función institucional de decidir sobre los hechos del caso. De acuerdo con esta función, son ellos (y no los expertos) quienes deben valorar las pruebas aportadas, incluidas las pruebas forenses, determinando su fiabilidad y asignándoles un valor probatorio. Sin embargo, cuando los tribunales son deferentes con el testimonio del experto, cuando aceptan sus declaraciones sin examinar previamente qué confianza merece su técnica o cuál es su grado de precisión, podría decirse que son los propios expertos (y no los tribunales) quienes sustancialmente habrán decidido. En suma, con la deferencia los expertos se convierten en decisores (no formales, pero sí sustanciales) de los hechos, y de este modo se instaura un nuevo sistema de prueba fundado en la autoridad de los expertos.

Por las razones señaladas (epistémicas e institucionales), los jueces deben abandonar la tendencial y clásica actitud de deferencia que tantas veces adoptan hacia los informes y declaraciones de los expertos de la ciencia forense y, por el contrario, deben convertirse en los guardianes de su validez o fiabilidad, examinando o controlando las múltiples cuestiones que pueden haber ido mal. Y esto tiene una consecuencia natural: la *exclusión* de informes o testimonios expertos que no sean suficientemente fiables debería formar parte de la actuación "normal" de los tribunales.

2. Cuándo controlar: ¿control de admisibilidad o control en la valoración?

En línea de principio, el control de fiabilidad o calidad de las pruebas o datos forenses que entran en el proceso puede articularse de dos modos.

De un lado, puede configurarse como un *control específico de fiabilidad* previo a la fase de juicio. El examen de la fiabilidad se configura entonces como un control más de admisibilidad: a los controles de admisibilidad basados en la *relevancia* y *legalidad* de las pruebas, se añade otro basado en su *fiabilidad.*[16]

De otro lado, puede venir *integrado en la valoración* de la prueba. En este caso, por consiguiente, todas las pruebas forenses relevantes y legalmente obtenidas deben ser admitidas, dejando la cuestión de su fiabilidad para el momento de la valoración. En definitiva, la idea que subyace a esta opción es que, si la prueba no es fiable, ya se encargará el juez en el momento de la valoración de privarla de valor probatorio.

La opción por una modalidad u otra dependerá, como es obvio, de cada sistema jurídico concreto y podrá variar en los diferentes procesos.

En la práctica de la mayoría de los sistemas se ha seguido el segundo modelo. Las pruebas forenses relevantes y legalmente válidas entran en el proceso sin traba alguna y son valoradas por el juez, que les atribuye mayor o menor valor probatorio dependiendo, entre otros factores, de la fiabilidad o confianza que merecen. Pero esta opción presenta algunos inconvenientes.

En primer lugar, una importante cuestión conceptual, pero que tiene trascendencia práctica. Cuando el examen de fiabilidad queda integrado en la valoración de la prueba, se corre el riesgo de confundir *fiabilidad* con *valor probatorio*. Debe observarse, sin embargo, que considerar fiable una prueba forense no implica aún pronunciarse sobre su valor probatorio, sino meramente sobre la posibilidad de tomarla en consideración para la decisión del caso. Más precisamente: el valor probatorio de una prueba —su capacidad para corroborar la hipótesis fáctica a probar— depende obviamente de su fiabilidad, pero también de su relación

[16] Para una confrontación de los distintos modelos de control de admisibilidad, véase Hayajneh y Al-Rawashdeh (2010, pp. 187 y ss.).

con la hipótesis.[17] Ambos conceptos (fiabilidad y valor probatorio) deben ser claramente distinguidos.

En segundo lugar, está el riesgo de que el conocimiento de una prueba que después es considerada no-fiable pueda, no obstante, sesgar el juicio del tribunal. En efecto, no puede desconocerse la enorme capacidad de persuasión que pueden tener unas pruebas que en muchos casos aparecen como "científicas", sobre todo cuando las realizan expertos "de bata blanca". De manera que, si se admite su entrada en el juicio sin ningún control previo de fiabilidad, se corre el riesgo de que, al final, aunque la prueba se considere no-fiable, la decisión venga influida por ella.

Por lo dicho parece más apropiada la opción alternativa, esto es, la que aboga por establecer un examen previo de fiabilidad de la prueba junto al examen de su relevancia y validez legal. Un "filtro", en definitiva, que dificulte o impida la entrada en el juicio de datos forenses no suficientemente fiables. Ésta es la senda que —al menos en los procesos más importantes— habría que empezar a recorrer.

Y una última observación al respecto. Que exista un filtro como el comentado no significa que, una vez superado éste, los jueces del juicio ya no deban hacer ninguna evaluación de la fiabilidad de la prueba forense. No es eso. El grado de fiabilidad de la prueba pesará también a la hora de asignarle un valor probatorio, y esto es algo que corresponde hacer a los jueces del juicio como parte de su función de valorar la prueba. En definitiva, la evaluación de la fiabilidad de la prueba forense juega en dos etapas: en la etapa de admisión y en la de juicio. En la primera se decide si se admite la prueba o, por el contrario, se la excluye por falta de fiabilidad suficiente. Pero si la prueba resulta admitida, los jueces del juicio deberán considerar aún su mayor o menor fiabilidad para atribuirle un valor probatorio.

[17] Por ejemplo, no es lo mismo que la huella dactilar analizada, coincidente con la del sospechoso, a la sazón amigo de la víctima, se hallase en el arma homicida o que se hallase en un vaso con bebida que había en el salón. Aunque atribuyésemos una fiabilidad muy alta al resultado de la prueba de dactiloscopia, parece que el valor probatorio en el primer caso habría de ser mayor que en el segundo.

3. Qué controlar: esbozo de un test general de fiabilidad

Y por fin la cuestión central, el contenido del control.

A. Consideraciones previas

Puesto que el objetivo del control es asegurar la fiabilidad y precisión de los datos y conclusiones que el experto aporta, el control debe consistir en examinar los múltiples factores que podrían influir negativamente en su declaración. Pero la cuestión es *cómo* llevar a cabo ese examen.

a. Consideración primera: los test

En principio pueden distinguirse dos formas de hacerlo, dos "modelos", dependiendo de si el control se deja enteramente en manos de los jueces, que lo ejercen sin auxilio o guía alguna, o si, por el contrario, éstos tienen a su disposición, mediante algún tipo de test, criterios que les pueden guiar en la realización de ese control.

La primera opción evidencia claramente un problema: los jueces, por lo general, carecen de la formación necesaria para evaluar con sentido las cuestiones que pueden haber ido mal en la prueba forense que se presenta. Por eso, dejar enteramente este asunto a su libre apreciación, sin establecer algún criterio que los guíe, puede conducirlos a rechazar pruebas perfectamente válidas que podrían haber ayudado al esclarecimiento de la verdad, o —lo que es más probable— puede conducirlos a dar crédito a pruebas que son pura charlatanería pseudocientífica y que pueden convertirse en fundamento de decisiones judiciales erróneas.

No debe extrañar, por ello, que esté empezando a tomar cuerpo la segunda opción, la adopción de un test para guiar a los jueces y tribunales en el control de admisibilidad de esas pruebas: *un conjunto de preguntas con las cuales examinar las*

cuestiones relevantes que pueden afectar su fiabilidad.[18] Dicho test, además, no sólo constituiría una *guía para los jueces*, sino que permitiría también *a los abogados* realizar de modo más efectivo un interrogatorio de los expertos para revelar potenciales fallos en la metodología usada, en la realización del análisis o en las conclusiones extraídas. Por lo demás, qué duda cabe que ese test también podría servir —aún antes— de base para el entrenamiento y formación de los jueces y abogados en estas materias.

b. Consideración segunda: test particularizados de preguntas y respuestas

Guiados por ese propósito práctico, los test deberían hacerse con la participación conjunta de *científicos forenses, jueces y abogados*, y tendrían que identificar no sólo *qué preguntas* hacer para cada tipo de problema que aflore en relación con la fiabilidad del testimonio experto, sino también *qué respuestas* son favorables y cuáles desfavorables (concuerdo en esto con Haack, 2020).

Naturalmente, las preguntas concretas a formular pueden variar dependiendo de la disciplina forense que se considere, pues cada una presenta particularidades y riesgos específicos y, por consiguiente, es posible que se deba poner el foco sobre cuestiones distintas.[19] Por eso, en el ideal, para cada disciplina concreta habría

[18] "Podría" decirse que ésta es la opción que se ha iniciado en los Estados Unidos con lo que se conoce como *Daubert test*. Pero sólo "podría", porque los criterios ofrecidos por *Daubert* son demasiado genéricos y, en lugar de ofrecer una guía útil o práctica para los jueces, han suscitado innumerables problemas. Y ésta es también la opción propuesta por *The Law Comission* en el Reino Unido, que ha sugerido algunos criterios, a mi juicio más prácticos y útiles, en su informe denominado *The Admissibility of Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales* (2009, pp. 53 y ss.) y posteriormente en otro informe titulado *Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales* (2011), donde se recomienda, entre otras cosas: 1) adoptar un *test especial de fiabilidad* de las pruebas periciales, que debería articularse como test de admisibilidad e incorporarse dentro de un test de admisibilidad más amplio; 2) no admitir el testimonio de un experto a menos que sea suficientemente fiable; 3) implementar orientaciones para que los jueces apliquen el test, identificando las principales razones por las cuales la prueba podría ser no fiable; 4) acometer las reformas procesales necesarias para escrutar esas pruebas en la etapa del examen de admisibilidad; y 5) codificar legalmente los aspectos no controvertidos.

[19] Por ejemplo, cuando se practica un análisis de ADN hay múltiples factores que pueden afectar la calidad de sus resultados y que no están presentes (ni, por ende, pueden ser objeto de cuestionamiento o examen) en otras pruebas forenses distintas. Así, es posible que al recoger las muestras biológicas de

que elaborar un *test particularizado* de fiabilidad. Por lo demás, es evidente que el estado del conocimiento en la disciplina de referencia puede cambiar, por lo que dichos test deberían ser constantemente *actualizados* para adaptarse a los cambios que se produzcan.

De todos modos, aunque se precisen bien las preguntas y las respuestas que componen el test, hay que asumir que no serán siempre fáciles de aplicar, pues puede haber cuestiones tremendamente complicadas que no puedan ser resueltas por los jueces sin el auxilio de los expertos. Precisamente por eso se ha sugerido la posibilidad de establecer alguna *instancia independiente* que pueda auxiliar a los jueces en los casos más difíciles, como la propuesta por *The Law Comission* (2009) para el Reino Unido[20] o la sugerida por Champod y Vuille (2011) para Europa.[21]

c. Consideración tercera: entretanto, un "test general"

En todo caso, a falta de los test específicos para cada disciplina concreta —o mientras éstos no se elaboren— creo que también podría ser útil una suerte de "test general", válido para todas ellas, que integre los diferentes factores que pueden dar lugar a error y que, por consiguiente, habría que examinar cuando aflore un problema en relación con la fiabilidad del testimonio experto (sea porque lo

la escena del crimen, o al trasladarlas al laboratorio, o incluso al examinarlas en el propio laboratorio, resulten contaminadas con un ADN extraño; con el tiempo, además, el ADN se degrada, lo que puede hacer que los resultados del análisis no sean muy fiables; los técnicos del laboratorio que realizan los análisis pueden cometer errores; y —no se olvide— la decisión final sobre si el perfil de ADN analizado coincide o no con el del sospechoso está sujeta a interpretación. Sobre los múltiples problemas que pueden afectar al resultado de un análisis de ADN, véase el completo estudio de Murphy (2015). En español, para una amplia panorámica de las aplicaciones y limitaciones de la genética forense, véase Crespillo y Barrio (2019).

[20] En el citado informe se propone la posibilidad de que excepcionalmente, en los casos muy delicados, el juez pueda solicitar la ayuda de los expertos para evaluar la validez científica de la técnica propuesta.

[21] Según estos autores, "[u]na posibilidad podría ser establecer un órgano, al estilo del *British Forensic Science Advisory Council and Forensic Science Regulator*, que actuara como el principal consultor de las autoridades políticas y jurídicas en relación con la fiabilidad de las técnicas científicas que se usen […] Ese órgano no tendría poderes vinculantes, pero podría emitir recomendaciones […] que auxiliarían a los jueces cuando tuviesen que pronunciarse sobre la admisibilidad de una nueva técnica forense o sobre la fiabilidad de una nueva forma de prueba, o cuando pareciera adecuado abandonar una forma de prueba que hubiera quedado obsoleta" (Champod y Vuille, 2011, p. 109).

plantee un abogado, sea porque se lo plantee el propio juez). En el ideal, ese test también debería ser acordado con la participación conjunta de expertos de la ciencia forense, jueces y abogados, a fin de garantizar su utilidad como guía práctica para abogados y tribunales.

Para esbozar un test general podrían tomarse como punto de referencia los elementos sobre los que ha versado la crítica del Informe NAS/2009. Dichos elementos ofrecen —como señalé— una panorámica de las fuentes de error, un dibujo de los *principales fallos que pueden afectar la fiabilidad* de los datos forenses presentados.

Por otro lado, puede ser útil estructurar esos elementos recurriendo a un par conceptual usado en el informe PCAST/2016: el que distingue entre validez de los fundamentos de la técnica usada (*foundational validity*) y validez de su aplicación (*validity as applied*). La distinción pretende reflejar los conceptos legales expresados en la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence* de los Estados Unidos, que requiere que el testimonio experto: 1) sea el resultado de *principios* y *métodos fiables* y 2) que los expertos los hayan *aplicado de forma correcta.*[22] La "validez de los fundamentos" hace referencia, por tanto, a la validez de los principios, métodos y técnicas usadas, mientras que la "validez de la aplicación" hace referencia a su correcta aplicación (PCAST/2016, p. 142). El propio Informe recomienda explícitamente que los jueces examinen ambos tipos de validez (pp. 145 y ss.). Ahora bien, para dibujar una imagen completa de todos los aspectos que podrían haber ido mal, a estos dos elementos habría que añadir —creo— un tercero: la "validez de la presentación de resultados", que hace referencia a la correcta comunicación de los datos y conclusiones resultantes del análisis realizado, sin minusvalorarlos pero, sobre todo, sin magnificarlos.

[22] FRE, Rule 702. Testimony by Expert Witnesses. A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:
1. The expert´s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;
2. The testimony is based on sufficient facts or data;
3. The testimony is the *product of reliable principles and methods*; and
4. The expert has *reliably applied the principles and methods* to the facts of the case. [cursivas añadidas]

En todo caso, una cuestión debe quedar clara: la finalidad de un test general no es indicar (y mucho menos exhaustivamente) las preguntas a formular cuando aflora un problema en relación con la fiabilidad de un testimonio experto, pues —como antes he dicho— ésta es una tarea que habría de hacerse de manera particularizada para cada disciplina concreta. Un test general trata simplemente de mapear los *tipos de elementos que podrían ser cuestionados* en relación con la fiabilidad del testimonio experto (y que, por consiguiente, tendrían que ser examinados) y de ilustrar con algunas *preguntas* cómo cabría plantear ese cuestionamiento (o qué aspectos concretos examinar).

B. Esbozo de un Test General de Fiabilidad cuando se presenta prueba forense

Puesto que la fiabilidad del testimonio experto depende esencialmente de la fiabilidad de los principios o técnicas usadas para realizar el análisis (validez de los fundamentos), de la correcta aplicación de éstos (validez de la aplicación) y de la correcta comunicación de los resultados al tribunal (validez de la presentación de resultados), podemos esbozar ese test general como un listado de preguntas ilustrativas del tipo de cuestiones que cabría examinar para comprobar esos tres elementos. Pero insistamos en ello: preguntas ilustrativas. El listado no es una *checklist*. Algunas de las preguntas que contiene no resultarán adecuadas o útiles en algunos casos; y, al contrario, algunos casos pueden requerir preguntas que no se hallan en el listado.

a. Validez de los fundamentos de la técnica usada

1. La técnica en la cual se basa el análisis, ¿ha sido *sometida a comprobación* (y no sólo en condiciones de laboratorio sino en condiciones reales, de trabajo "de campo")? De ser así, ¿cuál es la *solidez de los resultados* de tales comprobaciones?
2. ¿Ha sido tal técnica *examinada por otros científicos* (por ejemplo, en publicaciones sometidas a revisión por pares)? De ser así, ¿en qué medida se considera sólida en la comunidad científica?

3. ¿Hay un cuerpo de *literatura especializada* en ese campo de conocimiento?
4. ¿Existen *puntos de vista opuestos* a esa técnica, o simplemente menos favorables a ella? De ser así, ¿cuál es su validez científica y cuál la cualificación, experiencia y prestigio profesional en la comunidad científica de los científicos que los mantienen?[23]
5. ¿Cuál es la *tasa de error* (real o potencial) asociada a la aplicación de esa técnica? ¿Es aceptable?
6. ¿Existen *estándares* en la comunidad de referencia para el control de la aplicación de esa técnica?
7. ¿Hay información que indique que quienes han desarrollado esa técnica tienen algún *interés* en alcanzar las conclusiones que han alcanzado?

b. Validez de la aplicación de la técnica

LOS DATOS Y MATERIALES

8. ¿Son *suficientes*, en cantidad y calidad, los datos, materiales, muestras, etc., sobre los que se ha realizado el análisis?
9. En caso de que el análisis se realice sobre un vestigio o muestra de un material, ¿en su *recolección, almacenamiento y traslado al laboratorio,* se ha seguido algún procedimiento para evitar su deterioro, alteración o contaminación?
10. ¿Han sido tomados en consideración *todos los datos relevantes* para realizar el análisis y llegar a los resultados?

LOS LABORATORIOS

11. ¿Está el laboratorio sometido a los programas de *acreditación* vigentes, en caso de que existan?

[23] Las cuatro preguntas anteriores reflejan algunos de los criterios para un test de fiabilidad de los testimonios expertos elaborado por *The Law Commission* (2009, pp. 53 y ss.).

12. ¿Se han seguido los *estándares o protocolos* de actuación establecidos en la comunidad de referencia, en caso de que existan? Y si no existen, ¿cuál es el protocolo o el *procedimiento* que se ha seguido para realizar el análisis?
13. ¿Se han tomado medidas para evitar el deterioro, alteración o contaminación de los materiales y muestras a analizar?
14. ¿Se han tomado medidas para reducir el riesgo de que se produzcan *sesgos cognitivos* en las conclusiones del trabajo de los expertos? En particular, ¿se ha hecho algo para evitar el acceso de los expertos a informaciones innecesarias para el análisis que deben realizar pero que podrían sesgar su juicio?
15. ¿Tiene el laboratorio un procedimiento de *control de calidad* para identificar errores cometidos, fraudes o sesgos frecuentes? ¿Se sabe cuántos y cuáles errores se han cometido? ¿Se sabe por qué causa se han cometido los errores?

LOS EXPERTOS

16. ¿Está el experto *materialmente cualificado* para la prueba que ha realizado?
    - ¿Qué *cualificaciones formales* posee el experto?
    - ¿Está acreditado mediante rigurosos *test de competencia* para los análisis que debe realizar?
    - ¿Tiene *experiencia* relevante en el manejo de la técnica que ha usado en su análisis?
    - ¿Tiene *publicaciones relevantes* sobre esa técnica y/o su aplicación?
    - ¿Se ha mantenido *entrenado y actualizado* en los avances y novedades relativos a su técnica?
    - ¿Cuál es el *prestigio* del experto en la disciplina forense o en la comunidad científica de referencia? ¿Hay información de que ha cometido *errores* en su trabajo como experto?
17. ¿Hay pruebas o información que sugieran que el experto no ha actuado (o no va a actuar) *de forma objetiva o imparcial* o de que ha tenido un *comportamiento extraño*?

c. Validez de la presentación de resultados

18. ¿El informe resulta *claro y completo*?
    - ¿Se indican claramente los métodos, procedimientos y materiales usados, así como sus *limitaciones* o la estimación de su *tasa de error*?
    - ¿Hay algún dato o aspecto relevante para ese tipo de análisis que haya sido *omitido*?
    - ¿Hay algún *error* en los datos usados en el análisis?
    - Si se expresan datos en *proporciones o porcentajes* (100%, 50%) ¿se indican también los valores de base? Si no se indican hay que preguntar cuáles son.[24]
    - Si el experto nos ha mostrado una *visualización* de la información que nos proporciona (por ejemplo, mediante dibujos, fotografías, vídeos, sonido, representación visual de una escena en tres dimensiones, o incluso realidad virtual o animaciones que muestren lo que ha ocurrido, pudo ocurrir o se cree que ocurrió), ¿está toda la información relevante recogida en esa visualización? ¿Hay razones para pensar que la visualización puede estar sesgada?[25]
19. ¿Es *rigurosa y precisa* la expresión de los resultados y (en su caso) de las conclusiones derivadas?

---

[24] Por ejemplo, un incremento de un 100% en el desarrollo de una enfermedad tras la ingesta de un producto significaría sólo un enfermo más si el valor de base fuese 1, pese al impacto que tal porcentaje puede causar en el auditorio.

[25] Una visualización de una escena, o de un ítem, o de un escenario, o de la transferencia de datos entre ordenadores, etcétera, puede ayudar al juez, pues los no expertos pueden tener dificultad para entender grandes cantidades de datos y la visualización es particularmente adecuada para resolver este problema (por ejemplo, en patología forense, una animación puede mostrar muy bien cómo ha podido producirse una herida). Asimismo, puede ser de ayuda cuando, aun teniendo conocimientos expertos en la materia, se trata de comparar hipótesis diferentes. Sin embargo, hay que tener cuidado con las visualizaciones, porque muchas veces dependen de la pericia y punto de vista del experto, y porque la información visual puede ser particularmente engañosa: es fácil que la gente se concentre en los elementos que tienen un alto atractivo visual, obviando otros que son igualmente o más relevantes. Sobre la creciente importancia de la visualización para entender la información, véase, por ejemplo, Fowle y Schofield (2011, pp. 56 y ss.). En el futuro —dicen estos autores— la tecnología usada para generar juegos de ordenador será cada vez más usada para generar presentaciones visuales de pruebas. Por eso —añaden— es urgente que empecemos a examinar las implicaciones de esa tecnología, a evaluar sus potenciales ventajas y desventajas y a valorar su impacto en un tribunal (p. 63).

- Cuando se formulan conclusiones a partir de los resultados de los análisis, ¿*se derivan esas conclusiones de* (la interpretación de) los datos resultantes de los análisis, o hay un "salto" sin justificar entre éstos y aquéllas?
- En caso de que exista una *terminología estandarizada*, ¿se usa esa terminología para comunicar los resultados de los análisis y/o las conclusiones que cabe derivar?
- En todo caso, ¿se comunican esos resultados y/o conclusiones usando *expresiones ajustadas a* (o que no van más allá de) *la certeza que la técnica empleada es capaz de asegurar*?
  - ¿Se comunican esos resultados y conclusiones expresando el *grado de precisión o margen de error* asociado a la técnica aplicada?
  - ¿Se usan expresiones como "certeza absoluta", o "cien por cien de certeza", o "tasa de error cero", o "grado razonable de certeza científica", u otras parecidas que sugieren *infalibilidad*?

IV. *Epílogo*: un punto de partida para seguir discutiendo

He sostenido aquí que los tribunales deben ejercer su responsabilidad como guardianes de la calidad de la ciencia forense que entra en el proceso, *examinando y controlando la fiabilidad* de los informes y declaraciones de los expertos. Que ese control de fiabilidad debería establecerse como un *control de admisibilidad*, con independencia de que, después, los jueces del juicio deban considerar también el grado de fiabilidad de las pruebas para atribuirles —junto a otros factores— un valor probatorio. Y que para realizar ese control lo más apropiado es disponer de una guía (una especie de *test*) que les indique cuáles son los *factores* que deben considerar para llevarlo a cabo.

He sostenido también (en la línea de Haack, 2020) que, para ser útiles, esos test deberían ser *particularizados* (una disciplina, un test); que en su articulación deberían participar *científicos forenses, jueces y abogados*; que tendrían que ser constantemente *actualizados,* si procede; y que su contenido podría consistir en un

listado de *preguntas* que pueden hacerse para evaluar los factores que hay que considerar, y de *respuestas* favorables y no favorables a esas preguntas.

Pero he sostenido asimismo que, mientras no se disponga de esos test particularizados (o incluso contando con éstos), sería de utilidad disponer de una especie de "test general" que indique también, aunque de manera necesariamente menos concreta y específica, los factores a considerar cuando se examina la fiabilidad de una prueba forense y las preguntas que cabe hacer para evaluarlos. He tratado, por último, de realizar un esbozo de ese tipo de test, y para hacerlo me he servido fundamentalmente (aunque no sólo) de los factores señalados en el informe NAS/2009 como posibles causas de error, de algunas categorías usadas en el informe PCAST/2016, y de algunas de las recomendaciones hechas por *The Law Comission* en sus informes de 2009 y 2011.

Y tres observaciones para terminar.

La primera es que la fiabilidad del testimonio forense, como la fiabilidad de cualquier prueba, no es un asunto de "todo o nada", sino una cuestión "de grado" ("mucho o poco", "más o menos"). Lo que ello significa es que, para evaluar si una prueba forense es *suficientemente fiable* como para ser admitida, no sólo es necesario saber cómo (o sea, con qué preguntas y qué respuestas) evaluar esa mayor o menor fiabilidad, sino que también debemos conocer qué grado de fiabilidad es "suficiente". Determinar este dato, o sea, establecer cuál es el estándar de fiabilidad exigible, depende de una decisión legal o política.[26] En este trabajo he dejado de lado esta cuestión. Pero es también una cuestión fundamental que debe ser determinada.

La segunda es que un test (sea un test general e inconcreto, sea un test específico para una disciplina) por sí solo *no es la panacea* que asegure la calidad de la ciencia forense que accede al proceso. Es parte (importante, pero solo parte) de un

[26] Por eso dice Haack que "parte del problema [que plantea la evaluación de la fiabilidad del testimonio experto] es que no está en absoluto claro cuánto de fiable es *lo bastante* fiable" (2020, p. 18).

"programa general" en el que también desempeñan un papel relevante elementos y medidas de otro tipo, como las siguientes.

> 1º) Singularmente —como señalé en el epígrafe II.1 (*mejor prevenir que curar*)— el avance y mejora de las propias disciplinas forenses, que deben asegurar "en el origen" la calidad de los datos que proporcionan, y para ello es necesario que emprendan las reformas necesarias o que sigan con las emprendidas allí donde ya lo hayan hecho.
>
> 2º) Seguramente también serán necesarias algunas reformas legislativas para asegurar, por ejemplo, la acreditación de los laboratorios, o para articular procesalmente el control de admisibilidad basado en la fiabilidad.
>
> 3º) Y, desde luego, habría que prestar atención a la *formación de jueces y abogados* para que puedan entender mejor los factores que deben controlar: formación en el estatus y alcance de las técnicas forenses, o por lo menos de las más habituales; en la terminología técnica empleada; y en el significado de los datos estadísticos que arrojan la mayoría de estas pruebas.[27]

Y la tercera observación es más bien una insistencia. Lo ofrecido aquí —como me parece que he señalado claramente— es simplemente un "esbozo" de un test general de fiabilidad, y como tal debe tomarse: una guía con la que he pretendido pergeñar por dónde deberían ir las cosas si quisiéramos elaborar uno. Por tanto, una idea para seguir discutiendo. Pero merece la pena seguir discutiendo.

[27] En Gascón (2020) he insistido sobre la importancia (y posibilidad) de la formación de los jueces y del resto de actores del proceso en los aspectos esenciales de la ciencia forense. Esa importancia se refleja en la reciente encuesta elaborada en los Estados Unidos por Garrett, Gardner, Murphy y Grimes (2021). Se encuestó a 164 jueces de 39 estados y se les preguntó por su formación en ciencia forense, sus opiniones sobre la fiabilidad de las disciplinas forenses más comunes, y sus necesidades para evaluar mejor las pruebas forenses. Lo que se descubrió es que las opiniones de los jueces en relación con el fundamento científico de esas disciplinas son básicamente consistentes con la literatura existente en la materia, y sus estimaciones de las tasas de error más acertadas que las de las personas legas, que con frecuencia asumían su infalibilidad. No se encontró ninguna asociación entre cómo valoraban la fiabilidad y su previo entrenamiento y formación en la materia; sin embargo, se encontró que el entrenamiento y la formación recibida se corresponden con jueces que entienden que deben hacer (y que, de hecho, hacen) un escrutinio más intenso en relación con la ciencia forense. Y respecto de sus necesidades para evaluar apropiadamente la fiabilidad del testimonio experto, dijeron necesitar acceder a mejores materiales en relación con la fiabilidad de las técnicas forenses.

Bibliografía

BONVENTRE, C. L. (2020), "Wrongful convictions and forensic science", *WIREs Forensic Sci.*, vol. 3. Disponible en: «https://doi.org/10.1002/wfs2.140612».

CHAMPOD, C. y VUILLE, J. (2011), "Scientific Evidence in Europe. Admissibility, Appraisal and Equality of Arms (Comparative study on scientific evidence drawn up for the European Committee on Crime Problems (CDPC) at the Council of Europe)", *International Commentary on Evidence*, vol. 9 (1). Disponible en: «https://core.ac.uk/download/pdf/85212846.pdf».

COLE, S. A. (2012), "Forensic Science and Wrongful Convictions: from Exposer, to Contributor to Corrector", *New England Law Review*, vol. 46, pp. 711-736.

COOLEY, C. M. y TURVEY, B. E. (2014), "Forensic Science, The CSI Effect, and Wrongful Convictions", en *Miscarriages of Justice. Actual Evidence, Forensic Evidence and the Law*, Oxford, Academic Press, pp.171-195.

CRESPILLO, M. C. y BARRIO, P. A. (eds.) (2019), *Genética Forense: del laboratorio a los Tribunales*, Madrid-México, Ediciones Díaz de Santos.

CUNLIFFE, E. y EDMOND, G. (2017), "Reviewing Wrongful Convictions in Canada", *Criminal Law Quarterly*, vol. 4 (3-4), pp. 473-486.

DUCE, M. (2018), "Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate", *Revista Ius et Praxis*, año 24, núm. 2, pp. 223-262.

DROR, I. E., (2020), "Cognitive and Human Factors in Expert Decision Making: Six Fallacies and the Eight Sources of Bias", *Anal. Chem.*, vol. 92 (12), pp. 7998-8004.

FOWLE, K. y SCHOFIELD, D. (2011), "Visualising forensic data: investigation to court", 9th *Australian Digital Forensics Conference*, Edith Cowan University,

Perth Western Australia, 5-7 de diciembre de 2011. DOI: "10.4225/75/57b2bc7240cec".

GARRETT, B. L. (2014), "Wrongful Convictions and the Role of Forensic Science", en Jamieson, A. y Moenssens, A. (eds.), *Wiley Online Encyclopedia of Forensic Science,* John Wiley & Sons.

GARRETT, B. L. y NEUFELD, P. (2009), "Invalid Forensic Science Testimony and Wrongful Convictions", *Virginia Law Review,* vol. 95 (1), pp. 1-97.

GARRETT, B. L., GARDNER, B. O., MURPHY, E. y GRIMES, P. (2021), "Judges and Forensic Science Education: A National Survey", *Forensic Science International,* vol. 321. DOI: «https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2021.110714».

GASCÓN, M. (2020), "Prevención y Educación. El camino hacia una mejor Ciencia Forense en el sistema de justicia", en Vázquez, C. y Ferrer, J. (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un punto de encuentro entre diferentes tradiciones*, Madrid, Marcial Pons, pp. 239-269.

_____, (2021), "Ciencia Forense en los tribunales. Los problemas de la deferencia y el reto de la educación", en Vázquez, C. (coord.), *El uso del conocimiento científico en los tribunales*, México, SCJN (en prensa).

GUERRA THOMPSON, S. (2015), *Cops in Lab Coats. Curbing Wrongful Convictions through Independent Forensic Laboratories*, Durham, N.C., Carolina Academic Press.

HAACK, S. (2015), "The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience", *Humana.Mente*, vol. 28, pp. 39-70.

_____, (2020), "Judging Expert Testimony: from Verbal Formalism to Practical Advice", *Quaestio Facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 1, pp. 13-30.

HAYAJNEH, A. M. y AL-RAWASHDEH, S. H. (2010), "Theoretical Approaches to Admitting Scientific Evidence in the Adversarial Legal System", *European Journal of Scientific Research*, vol. 41 (2), pp. 182-193.

HUBER, P. W. (1991), *Galileo´s Revenge: Junk Science in the Courtroom*, New York, New York Basic Books.

HSU, S.S., "FBI Admits Flaws in Hair Analysis Over Decades", *The Washington Post* (15 de abril de 2015). Disponible en: «https://www.washingtonpost.com/local/crime/fbi-overstated-forensic-hair-matches-in-nearly-all-criminal-trials-for-decades/2015/04/18/39c8d8c6-e515-11e4-b510-962fcfabc310_story.html?utm_term=.4a7cac0a8d25».

KOEHLER, J., SCHWEITZER, N. J., SAKS, M. J. y MCQUISTON, D. E. (2016), "Science, Technology, or the Expert Witness: What Influences Jurors´ Judgements About Forensic Science Testimony?", *Psychology, Public Policy and Law*, vol. 22 (4), pp. 401-413.

LODGE, C. y MIRCEA Z. (2020), "Jurors´ Expectations and Decision-making: Revisiting the CSI Effect", *Bulletin of the British Psychological Society,* núm. 2, pp. 19-30.

MACLEAN, C. L., SMITH, L. y DROR, I. E. (2020), "Experts on Trial: Unearthing Bias in Scientific Evidence", *University of British Columbia Law Review*, vol. 53 (1), pp. 101-139.

MARTIRE, K. A. y EDMOND, G. (2017), "Rethinking Expert Opinion Evidence", *Melbourne University Law Review,* vol. 40, pp. 967-998.

MNOOKIN, J. L. (2010), "The Courts, the NAS, and the Future of Forensic Science", *Brooklin Law Review*, vol. 75 (4), pp. 1209-1275.

MURPHY, E. (2015), *Inside the Cell: The Dark Side of Forensic DNA*, New York, Nation Books.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL OF THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES (2009), *Strengthening Scientific Evidence in the United States: A Path Forward*, Washington DC, The National Academies Press. Disponible en: «https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf».

PRESIDENT´S COUNCIL OF ADVISORS ON SICENCE AND TECHNOLOGY (2016), *Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods.* Disponible en: «https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_forensic_science_report_final.pdf».

SAKS, M. J. y KOEHLER, J. J. (2005), "The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science", *Science*, vol. 309 (5736), pp. 892-895.

_____, (2010), "Individualization Claims in Forensic Science: Still Unwarranted", *Brooklyn Law Review*, vol. 75, pp. 1187-1208.

SCHWEITZER, N. J. y SAKS, M. J. (2007), "The CSI Effect: Popular Fiction About Forensic Science Affects Public Expectations About Real Forensic Science", *Jurimetrics,* vol. 47 (3), pp. 357-364.

TARONI, F., BIEDERMANN, A., GARBOLINO, P. y AITKEN, C. (2006), *Bayesian Networks and Probabilistic Inference in Forensic Science*, Chichester, John Wiley and Sons.

THE LAW COMISSION (2009), *The Admissibility of Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales. A new Approach to the Determination of Evidentiary Reliability.* Disponible en: «http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp190_Expert_Evidence_Consultation.pdf».

_____, (2011), *Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales.* Disponible en: «https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/229043/0829.pdf».

THOMPSON, W. C., VUILLE, J., TARONI, F. y BIEDERMANN, A. (2018), "After Uniqueness: the evolution of forensic science opinions", *Judicature*, vol. 102 (1), pp. 18-27.

VÁZQUEZ, C. (2016), "La prueba judicial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert", *Jueces para la democracia*, núm. 86, pp. 92-112.

Capítulo III

Técnicas especiales de investigación y mecanismos premiales: eficacia procesal y valor probatorio de la información ofrecida por el investigado colaborador

Mercedes Fernández López*

* Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante. Profesora titular de derecho procesal de esa Universidad y Profesora del Máster en razonamiento probatorio (en doble titulación de las Universidades de Girona y Génova).

Técnicas especiales de investigación y mecanismos premiales: eficacia procesal y valor probatorio de la información ofrecida por el investigado colaborador. I. Ideas previas; II. Interrogatorio y principio de contradicción; III. Valor probatorio de la declaración del coinvestigado; IV. Especial referencia a la adopción de medidas cautelares fundada en la declaración del investigado colaborador; V. Conclusiones.

I. Ideas previas

La necesidad de contar con medios especiales de investigación está hoy en día fuera de toda duda cuando se plantea en el marco de la persecución de delitos cometidos en el seno de grupos organizados o de delincuencia económica como la que desgraciadamente azota a muchos países en forma de corrupción. Alcanzar el núcleo de tramas delictivas cada vez más complejas sólo es posible mediante el empleo de diligencias especialmente invasivas, así como a través de fórmulas y medios especiales de investigación que, como puede comprobarse si se examinan las reformas procesales de los últimos años en muchos países de nuestro entorno cultural, han ido ganando terreno en los códigos procesales para hacer frente a la delincuencia organizada.

Y entre todas estas medidas se encuentra la posibilidad de obtener información de primera mano de quienes forman parte del entramado delictivo o poseen información valiosa al haber entrado en contacto con él, bien por haber participado en las relaciones clientelistas habituales en estos casos, bien por haber sido víctimas de sus actuaciones, bien porque pertenecen a otros grupos criminales que han cooperado con la organización investigada, o simplemente por haber tenido alguna vinculación más o menos directa con miembros de la organización. Cada uno de estos sujetos, con sus especiales características, puede ofrecer datos

sustanciales para la investigación, como testigos o como coinvestigados y, en este caso, con un peculiar y reforzado estatuto jurídico que garantiza sus derechos pero que, al mismo tiempo, puede contribuir a poner todavía más en cuestión la fiabilidad de sus declaraciones.

La incontestable eficacia de este canal de información para el enjuiciamiento de formas complejas y organizadas de delincuencia ha sido el caldo de cultivo del interés creciente que hoy despiertan entre los juristas los mecanismos dirigidos a fomentarlo, y ha llevado a algunos países a arbitrar sistemas más o menos flexibles de colaboración premiada orientados a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de delitos de tal naturaleza.[1]

En el caso de España, la promoción de la colaboración de sujetos implicados en la organización criminal con la policía y los órganos encargados de la instrucción a través de compensaciones procesales, penales y —cuando se trata de testigos— de recompensas económicas se encuentra en vías de generalizarse.[2] Un incentivo especialmente directo para hacerlo es la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 23 de octubre de

[1] Es el caso mexicano, que en los artículos 35 y siguientes de la Ley Federal contra la delincuencia organizada de 7 de noviembre de 1996, prevé diversos incentivos para los colaboradores —implicados o no— en los hechos delictivos. Por su parte, el procedimiento peruano de colaboración eficaz es paradigmático, y se encuentra regulado en los artículos 472 a 481 del Código Procesal Penal (reformados por el Decreto Legislativo no. 1301, de 19 de diciembre de 2016) y la delación premiada brasileña, regulada actualmente por la Ley 12.850, de 5 de agosto de 2013, modificada por la Ley 13.964, del año 2019. Sobre esta última puede consultarse el trabajo de Velloso Parente, Chequer Feu Rosa y Cesar Fabriz (2019). Ambos instrumentos han sido clave en la investigación de los casos *Odebrecht* y *Lava Jato*. Argentina, a su vez, regula la delación premiada en la Ley 27.304, de 19 de octubre de 2016, conocida como *Ley del arrepentido*.

[2] Ortiz Pradillo (2015) destaca otros, como los programas de clemencia previstos en los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, que permiten la exención o la reducción del pago de multas a quienes colaboren con la Comisión Nacional de la Competencia en la inspección de un cártel en el que hayan participado; o la posible suspensión del expediente de expulsión abierto contra una mujer víctima de violencia de género que denuncia a su agresor, o contra quienes sean explotados por redes de tráfico de personas que ofrezcan información sobre sus integrantes. En el caso chileno, asimismo, la llamada "delación compensada", prevista en el ámbito de las infracciones de las normas de competencia, permite eludir o reducir notablemente las sanciones administrativas y penales previstas ante acuerdos colusorios. Igualmente, el artículo 22 de la Ley 20.000 chilena, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, prevé como circunstancia atenuante la cooperación eficaz en la persecución de estos delitos.

2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, que debe ser traspuesta antes del 17 de diciembre de 2021.[3]

En la actualidad, la legislación española establece algunos incentivos[4] que no van acompañados de una adecuada regulación del proceso mediante el que debe canalizarse la colaboración, los acuerdos que pueden alcanzarse, los sujetos que pueden acogerse a ellos ni la eficacia procesal que pueda llegar a tener la información obtenida. Es sólo el germen de lo que parece que puede llegar en los próximos años, pues el debate sobre la conveniencia de potenciar la figura del *arrepentido* o, en forma más genérica, el *whistleblower* o *soplón*, se ha reabierto con fuerza en Europa en los últimos tiempos (como muestra la Directiva antes mencionada), especialmente a partir del estudio de las particularidades procesales de la investigación de la delincuencia empresarial. Esto ha suscitado un creciente interés por el funcionamiento, en diversos sistemas procesales (sobre todo en el norteamericano), de los canales de denuncia previstos en los *programas de cumplimiento* para favorecer el flujo de información de los trabajadores hacia los responsables de la ejecución de tales programas (generalmente el *chief compliance officer*)[5] o del principio de oportunidad reglada como método para premiar la colaboración mediante incentivos penales, procesales o económicos.[6]

Se trata, sin duda alguna, de una forma legítima y eficaz[7] de obtención de datos relevantes para poner en marcha la investigación, sustentar la acusación y posibilitar

[3] Con la salvedad de lo dispuesto en el apartado 1° de la Directiva, relativo a la puesta en marcha obligatoria de un canal de denuncias en el ámbito de empresas de entre 50 y 249 trabajadores, para lo cual los Estados miembros dispondrán hasta el 17 de diciembre de 2023.

[4] Por ejemplo, el artículo 376 del Código Penal prevé la posible rebaja de la pena a imponer en hasta dos grados a quienes colaboren en la investigación de los delitos de tráfico de drogas. Similar disposición se contiene en el apartado 3º del artículo 579 bis para quienes sean condenados por delitos de terrorismo y colaboren eficazmente con la justicia, en el artículo 305.6 respecto de encausados por delitos contra la hacienda pública que colaboren en la averiguación de los hechos o el descubrimiento de otros responsables y en el artículo 434 respecto de los delitos de malversación.

[5] Sobre ello puede verse Nieto Martín (2013) y Gimeno Beviá (2014, pp. 70 y ss.). Este segundo analiza los distintos tipos de incentivos, especialmente los previstos en Estados Unidos, y los modelos de canales de denuncias. También Neira Pena (2016) realiza un interesante análisis comparado de los canales de denuncia como parte nuclear de los programas de cumplimiento.

[6] Especialmente sobre los incentivos económicos dirigidos a fomentar la delación, véase Gimeno Beviá (2014, pp. 76 y ss.).

[7] *Indispensable* para Del Moral García (2016, p. 62).

la condena de quienes forman parte de estas organizaciones criminales. Si bien es cierto que en ocasiones se produce una colaboración espontánea y desinteresada, en otros muchos casos es preciso acudir a sistemas especialmente reglados de colaboración, bien en el seno propio del proceso penal, bien en el marco de procedimientos previos o coetáneos a la investigación, mucho más ágiles y flexibles, pero también por ello extraños a las garantías propias que han de presidir la instrucción penal. Este tipo de fórmulas se conocen como métodos de *delación* o *colaboración premiada*, por cuanto persiguen lograr la mayor y mejor información posible a cambio de importantes beneficios penales y procesales (en el caso de quienes colaboran siendo coinvestigados, o pudiendo llegar a serlo) y/o puramente económicos. Sobre ellos se han publicado trabajos muy interesantes en los últimos años[8] que han permitido evidenciar las dificultades que estos mecanismos plantean desde dos ángulos.

El primero es el relativo a cómo encajar este tipo de medidas especiales de investigación en sistemas procesales apegados firmemente al principio de legalidad. Esta primera dificultad no lo es tanto si pensamos que los mecanismos de colaboración encuentran su razón de ser en la investigación de los casos más graves de delincuencia, de modo que un análisis de política criminal de tipo utilitarista conduce a buscar maneras de flexibilizar el principio de legalidad procesal para incrementar la eficacia de las pesquisas judiciales (Ortiz Pradillo, 2015, p. 4). En efecto, el éxito de las fórmulas de colaboración requiere que el Ministerio Público, amparado en el principio de oportunidad, disponga de cierto margen de maniobra para decidir cuándo, en qué condiciones y con qué límites ejerce la acción penal contra quienes colaboran con la justicia y, a la vez, han participado

[8] No es el objetivo central de este trabajo poner de manifiesto los distintos sistemas premiales o compensatorios que buscan incentivar este tipo de colaboración con la administración de justicia, tarea de la que se han ocupado con notable repercusión y excelente enfoque otros autores. Sobre esta materia, tanto en lo que respecta al análisis de distintos sistemas de delación como en lo que se refiere a propuestas de *lege ferenda*, son especialmente recomendables los trabajos de Ortiz Pradillo (2015, 2017). Respecto de la colaboración en el marco de la delincuencia empresarial, con especial atención a los canales de denuncia previstos en los programas de *compliance,* resulta de sumo interés el trabajo ya citado de Nieto Martín (2013). Sobre la aplicación de la atenuante específica de arrepentimiento y colaboración prevista en el párrafo primero del artículo 376 del Código Penal español puede verse Soto Rodríguez (2012).

en la actividad delictiva objeto de investigación, y ello tanto en términos de eficacia del procedimiento de colaboración (buscando el mayor rédito procesal), como en términos de seguridad jurídica para quienes, estando involucrados como sujetos activos del delito, deciden colaborar para permitir el enjuiciamiento y condena de sus principales autores, así como la recuperación de los bienes y el producto obtenido con sus actuaciones.[9] Desde este punto de vista, la flexibilización del principio de legalidad procesal ha de venir de la mano de una adecuada regulación del principio de oportunidad y, en particular, de la previsión detallada de los medios, requisitos y momentos procesales (previos o simultáneos al proceso) para obtener la información y de los compromisos que el Ministerio Público puede alcanzar, que pueden ir desde la aplicación de beneficios penales (rebaja de la pena e incluso total impunidad), procesales (medidas de protección, no adopción de medidas cautelares), penitenciarios (progresiones de grado, permisos) o económicos.

El segundo de los ángulos desde los que cabe observar los procesos de colaboración es el relativo a la eficacia de la información que se obtiene a través de ellos, lo que, a su vez, se proyecta sobre dos ámbitos. En primer lugar, sobre su valor como prueba apta y suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria. Esta cuestión ha sido ampliamente tratada por doctrina y jurisprudencia a propósito de las condiciones que deben reunir las pruebas personales,[10] que son plenamente aplicables a los supuestos en los que tales declaraciones se prestan en el contexto de procedimientos de colaboración. En segundo lugar, con el término *eficacia* trato de aludir a su aptitud para fundamentar decisiones interlocutorias o, en otros términos, a su valor procesal en aquellos casos en los que, sin reunir necesariamente los requisitos propios de un acto de prueba, la declaración del colaborador se ha incorporado al procedimiento, generalmente en fase de instrucción y sin alguna de las garantías requeridas para que alcance valor probatorio.

[9] Esta no es una cuestión menor. El procedimiento de colaboración ha de resultar eficaz (examinado en términos de calidad y utilidad de la información obtenida), pero al tiempo ha de asegurar a quienes participen en él unas mínimas garantías de obtener el beneficio comprometido con su colaboración por razones de elemental seguridad jurídica.

[10] Analicé el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de esta cuestión en Fernández López (2009, pp. 95 y ss.).

En definitiva, es interesante preguntarse acerca de la utilidad de la información obtenida en cada uno de los momentos procesales respecto de las decisiones judiciales interlocutorias que impulsan las actuaciones contra una persona o personas determinadas y no sólo respecto de su aptitud para fundamentar una sentencia condenatoria: desde la incoación de las diligencias judiciales a partir del conocimiento de la *notitia criminis* hasta la decisión de apertura del juicio oral, pasando por la práctica de diligencias de investigación o la adopción de medidas cautelares sobre los investigados y sus bienes. Me parece especialmente importante la cuestión acerca de la posibilidad de dictar medidas cautelares exclusivamente sobre la base de la información obtenida a través de estos procedimientos, más todavía si se analiza desde la perspectiva de su incidencia sobre el derecho a la presunción de inocencia que, como regla de tratamiento procesal —pero también como regla probatoria vinculada a un alto estándar de prueba— ampara al sujeto sometido a ellas.

Éste es el objetivo central de las siguientes páginas, dedicadas al tratamiento procesal de la información ofrecida por colaboradores respecto de las decisiones judiciales previas a la sentencia. Presentaré brevemente las distintas fórmulas de colaboración y las condiciones que generalmente se exigen para reconocerles aptitud como prueba de cargo con la finalidad de valorar si tales condiciones son exigibles —y en qué grado— cuando la información se utiliza para fundamentar decisiones interlocutorias, especialmente las que afectan a la situación procesal, personal o patrimonial de alguno de los encausados.

II. Interrogatorio y principio de contradicción

Antes de abordar el análisis de la declaración del colaborador considero necesario hacer dos advertencias. La primera se refiere a la escasa incidencia de los procesos de colaboración sobre el tratamiento procesal de la información que proporcionan. El empleo generalizado de beneficios a cambio de información no altera sustancialmente la problemática del valor de la declaración de testigos, víctimas o coencausados. Tales programas o incentivos favorecen el incremento de casos de colaboración, que hoy, en el caso de España, se reduce a los supuestos antes citados

(relativos a una posible rebaja de la pena de hasta dos grados a colaboradores condenados por determinados delitos) y a los escasos ejemplos de colaboración ciudadana desinteresada. La expectativa de lograr un premio por la información ofrecida es sólo una circunstancia más que ha de conducir a buscar la confirmación del testimonio a través de otros elementos probatorios, pero no le resta por sí sola credibilidad:

> Que el coimputado delator obtenga de su estrategia procesal beneficios penológicos constituye una opción de política criminal compatible con la credibilidad de lo que el coimputado manifiesta. De mantenerse incompatibilidad entre el beneficio del acusado y el de la sociedad por su testimonio la opción de política criminal resultaría en gran medida neutralizada cuando la confesión afecta a otros sujetos diversos del delator. No parece menor la ingenuidad de quien niega la credibilidad por razón del beneficio, que la de quien admite aquella sometiéndola a contrastes como el de la exigencia de corroboración externa y objetiva.[11]

Antes al contrario, tal expectativa puede coadyuvar a mejorar la calidad de la información aportada si se acompaña de una adecuada regulación de la exigencia de corroboración para que el colaborador pueda disfrutar de los estímulos penales, procesales o económicos que se le ofrezcan a cambio de datos útiles para la investigación. Incluso, como sucede en el caso peruano, permite establecer condiciones cuyo incumplimiento comportaría la revocación de las medidas premiales (Quiroz Salazar, 2008, pp. 168-169). En efecto, criterios que tradicionalmente se han tomado en consideración para evaluar la credibilidad del declarante, tales como la falta de interés en la acusación, el ánimo de venganza, la autoexculpación o la espontaneidad, pierden fuerza en un contexto como este en favor de la exigencia de corroboración, no solo para valorar la atendibilidad del declarante y de su testimonio, sino también como elemento que permite valorar la procedencia de la aplicación efectiva de los beneficios prometidos a cambio de la colaboración prestada.[12]

---

[11] Sentencia del Tribunal Supremo español (en adelante, STS) 188/2017, de 23 de marzo. De la misma opinión son Díaz Pita (2000, p. 435), Zavaglia (2007, pp. 228-229) y Del Moral García (2016, pp. 60-61).
[12] Sobre la importancia de la corroboración, Di Martino y Procaccianti (2007, p. 72) y Fuentes Soriano (2000, pp. 174 y ss.). También las SSTS 938/2016, de 15 de diciembre y 514/2017, de 6 de julio, en

La segunda advertencia se refiere a la falta de interés de la distinción (en este contexto) entre categorías de sujetos que colaboran con la investigación de los hechos. Lo relevante es la existencia de un colaborador (que puede ser testigo, víctima o coinvestigado) que ofrece una información. Es preciso en todos los casos (y al margen de la condición procesal del colaborador) que se descarten motivos espurios subyacentes a su declaración y que los datos aportados resulten útiles para la investigación y el posterior enjuiciamiento, pues los requisitos en todos los casos serán los mismos, dejando a salvo concretas especialidades derivadas del estatuto jurídico de cada uno de ellos.[13] Ésta es la razón por la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) utiliza generalmente el término *testigo* en un sentido amplio y comprensivo de dichas categorías (Miranda Estrampes, 2008, p. 14) y por la que me referiré indistintamente, en las páginas que siguen, al colaborador o al testigo, pero considerando incluidos también a la víctima y al coencausado.

Sentadas estas premisas, el análisis del modo en el que el colaborador interviene en el proceso penal y del valor de su declaración ha de realizarse, como ya se ha anunciado, desde una doble perspectiva: de un lado, es preciso identificar las condiciones para que su declaración alcance la naturaleza de verdadero *acto de prueba* y no agote su valor como simple *acto de investigación* (un elemental principio utilitarista requiere maximizar la eficacia de la información tratando de garantizar que su obtención respete las garantías del debido proceso). Desde esta perspectiva, hemos de centrarnos en su práctica y evaluar el impacto que tienen ciertas limitaciones al principio de contradicción sobre su valor probatorio. En particular, me detendré en dos: la ocultación de la identidad del colaborador y la

las que no sólo se considera necesaria para que la declaración alcance el carácter de prueba *suficiente*, sino incluso para ser prueba *apta* para condenar; y la STS 315/2020, de 15 de junio, que expone la doctrina jurisprudencial sobre la necesaria corroboración de la declaración del coinvestigado mediante datos externos.

[13] Fue, sobre todo, desde la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto jurídico de la víctima, cuando se produjo un reconocimiento de ciertos derechos que la sitúan más cerca de la condición de parte procesal, incluso en los casos en los que no se encuentra personada. Esto no le ha hecho perder la condición de testigo cuando presta declaración, si bien con las especialidades que se prevén en los artículos 416 y 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), que no afectan, sin embargo, a la conveniencia de realizar un tratamiento conjunto de sus declaraciones y de las prestadas por testigos y encausados.

obtención del testimonio sin ofrecer al investigado perjudicado por tal declaración la oportunidad de estar presente y participar en su interrogatorio. De otro lado, es necesario individualizar los criterios de decisión acerca de la fiabilidad del colaborador y, en particular, la exigencia de corroboración de la información que proporciona. Y todo ello con la finalidad de valorar en qué grado cabe trasladar las conclusiones alcanzadas al ámbito de la adopción de resoluciones interlocutorias sobre la base exclusiva de la información así obtenida.

Por lo que respecta al primero de los límites señalados, en el ordenamiento jurídico español, el testigo (directo o de referencia) ha de dar cuenta de sus datos identificativos,[14] pero en determinados procedimientos, especialmente en el marco de la delincuencia organizada, y a los efectos de evitar posibles represalias graves sobre el colaborador, sus familiares o sus bienes, puede estar justificada la adopción de ciertas medidas de protección y, entre ellas, las que permitan ocultar los datos personales que puedan llevar a su identificación.[15]

A efectos procesales, el modo en el que esa identidad se oculta a los encausados es muy relevante, por cuanto puede afectar al adecuado desarrollo de su derecho de defensa. Es preciso distinguir por ello entre los testigos *anónimos* (de los que se desconoce su identidad)[16] y los *ocultos* (cuya identidad es conocida por la autoridad judicial, pero no se desvela al encausado por razones de seguridad). La distinción entre testigo anónimo y oculto fue utilizada en la STC 64/1994, de 28 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional español se hizo eco de la distancia entre ambas figuras, trazada previamente por el TEDH.[17] Aunque ha sido objeto de algunas críticas por quienes consideran que también el testigo oculto limita ilegítimamente el derecho de defensa, lo cierto es que pone de manifiesto una

[14] Artículos 266 a 268 de la LECrim, respecto de los denunciantes, y artículo 436 de la LECrim, respecto de los miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad. Cabe, sin embargo, la denuncia anónima como medio para poner en marcha la instrucción penal, a los efectos de verificar la información que proporciona, tal como se desprende del artículo 308 de la LECrim. Véase al respecto Rubio Eire (2013).
[15] Artículo 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.
[16] Sobre los testigos anónimos, puede consultarse Rubio Eire (2013).
[17] TEDH, *Lüdi c. Suiza*, no. 12433/86, 15 de junio de 1992, relativo a la ocultación de identidad de un agente policial que actuó como agente infiltrado.

diferencia esencial que no puede pasarse por alto: la existencia de control judicial sobre los motivos por los que deben mantenerse reservados los datos del testigo oculto, permitiendo un análisis del caso ajustado al principio de proporcionalidad sobre las razones por las que debe prevalecer la seguridad del testigo sobre el derecho de defensa.

De todos los supuestos que pueden darse, el denominado testigo *oculto* es, por tanto, el único que legítimamente puede proporcionar información incriminatoria con valor probatorio, por cuanto su identidad es conocida para el tribunal, pero éste, por razones de seguridad, decide motivadamente mantenerla reservada para evitar que pueda recibir presiones para no declarar, o cambiar el sentido de la que realice, o sufrir represalias por haber declarado.[18] Es decir, existe en estos casos un juicio ponderado, motivado y sujeto a revisión, que ha supuesto la adopción de medidas de protección legalmente previstas (adicionales o no a la ocultación de la identidad) que pueden levantarse si concurre una modificación en las circunstancias y el órgano judicial considera que debe prevalecer el derecho de defensa sobre los posibles riesgos para el testigo o su familia. En el resto de los casos (confidentes y testigos anónimos, de cuya identidad nada conoce el órgano judicial) se produce una quiebra del derecho de defensa difícilmente salvable, que los mantiene extramuros de la investigación y del enjuiciamiento penal.[19]

El mismo tratamiento ha de recibir quien colabora con una investigación en curso, en el seno de una empresa, a través de un canal de denuncias que garantice la confidencialidad. La información obtenida en estos casos habrá de ser objeto de comprobación, pero en ningún caso tendrá fuerza probatoria. La razón de ser de esta opción no hay que buscarla sólo en razones de índole garantista desconectadas de otro tipo de fines, sino que cuenta también —y creo que sobre todo— con

[18] En el mismo sentido, Díaz-Maroto y Villarejo (1996, p. 7).

[19] TEDH, *Windisch c. Austria,* no. 12489/86, 27 de septiembre de 1990; *Taal c. Estonia*, no. 13249/02, 22 de noviembre de 2005. Por ello, el TEDH ha manifestado que el ámbito natural del confidente es la fase de investigación (*Teixeira de Castro c. Portugal*, no. 25829/94, 9 de junio de 1998; *Kostovski c. Holanda*, no. 11454/85, 20 de noviembre de 1989). También lo pone de manifiesto San Martín Castro (2007, p. 20). El Tribunal Supremo limita su eficacia a un momento todavía anterior, el de las pesquisas policiales que dan origen a la investigación judicial (STS 153/2015, de 18 de marzo). En el mismo sentido, Gómez de Liaño Fonseca-Herrero (2004, p. 147).

un fundamento de índole epistémica: ¿cómo valorar la fiabilidad del colaborador y de su declaración si desconocemos su identidad?

La corroboración es condición necesaria pero no suficiente para valorar la calidad de la información que proporcione. Su coincidencia con elementos corroboradores puede ser fruto de una casualidad o de una reconstrucción *a posteriori* de los hechos, por lo que la valoración de posibles causas para actuar de manera deshonesta es un requerimiento que debe evaluarse junto con la corroboración. El TEDH lo ha manifestado con claridad en su extensa y consolidada jurisprudencia sobre el tratamiento procesal del testigo: conocer su identidad permite a la defensa detectar motivos para poner en entredicho su fiabilidad[20] y por ello considera imprescindible —en términos generales respecto de los testigos ausentes, pero es doctrina también aplicable al caso de los testigos anónimos— que se adopten las medidas necesarias para permitir el control (al menos judicial) de la fiabilidad del testigo,[21] lo que supone disponer todo lo necesario para que el acusado pueda interrogarlo (cuando esté testificando o en un momento posterior)[22] y que su declaración no sea la única prueba relevante, sino que vaya acompañada de otras que la corroboren.[23]

Por lo que respecta al segundo límite antes anunciado, el TEDH ha considerado que la eficacia del principio de contradicción no sólo no se agota al permitir al acusado conocer la identidad del testigo, sino que ha de extenderse a su partici-

[20] TEDH, *Brzuszczyński c. Polonia*, no. 23789/09, 17 de septiembre de 2013; *Garofolo c. Suiza*, no. 4380/09, 2 de abril de 2013; *Tseber c. República Checa,* no. 46203/08, 22 de noviembre de 2012.
[21] TEDH, *Avetisyan c. Armenia*, no. 13479/11, 10 de noviembre de 2016.
[22] TEDH, *Lucà v. Italia*, no. 33354/96, 27 de febrero de 2001. Una posición en gran parte coincidente ha sostenido la Sala Primera de la Suprema Corte mexicana, en cuya jurisprudencia se priva de valor probatorio a las declaraciones prestadas ante el Ministerio Público sin presencia judicial, por ser la autoridad judicial la que ostenta una posición de indudable imparcialidad y por carecer de la debida contradicción. Puede consultarse a este respecto la Tesis 1a./J. 142/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, libro IV, tomo 2, enero de 2012, p. 2090. Registro digital 160422. Esta tesis jurisprudencial fue aplicada por la Primera Sala de la SCJN en las Sentencias recaídas a los Amparos Directos en Revisión 2393/2015 (Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 7 de octubre de 2015), 2963/2015 (Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 16 de agosto de 2017), 4468/2016 (Ponente: Ministra: Norma Lucía Piña Hernández, 21 de junio de 2017) y 2968/2018 (Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 26 de agosto de 2020).
[23] En este sentido, SSTS 182/2017, de 22 de marzo y 315/2020, de 15 de junio.

pación activa —si es que así lo desea— en el interrogatorio, ya sea en el juicio oral, ya sea en la investigación previa.[24] Sin embargo, la doctrina del TEDH sobre la vulneración del debido proceso responde a una valoración de conjunto de las actuaciones judiciales que, en los últimos años, le ha llevado a matizar esta exigencia, lo que ha supuesto una importante involución en la interpretación del principio de contradicción. No basta que la ausencia de contradicción haya impedido al acusado o a su letrado intervenir en el interrogatorio, y que ello sea imputable a la autoridad judicial. Que resulte declarado vulnerado el derecho al debido proceso por esta causa requiere, además, que la prueba así practicada haya ocupado un lugar determinante en la declaración de culpabilidad.[25]

III. Valor probatorio de la declaración del coinvestigado

Las principales dificultades que surgen respecto de la utilización de la información ofrecida por colaboradores afectan a las tres grandes manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: en primer lugar, desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla probatoria, se plantea el problema de su aptitud como prueba de cargo (esto es, si puede ser prueba *válida*). En segundo lugar, desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de juicio, cabe preguntarse —habiendo resuelto afirmativamente la primera cuestión— si puede fundamentar por sí sola una decisión judicial (o, en otros términos, si puede considerarse prueba *suficiente*). Por último, también puede resultar comprometida la presunción de inocencia como regla de tratamiento del investigado si se acuerdan

[24] TEDH, *Lucà,* §§39-41. Más específicamente, a la remoción de obstáculos que le impidan participar en el interrogatorio, de modo que no pueda imputarse a las autoridades judiciales la falta de debate contradictorio (Miranda Estrampes, 2008, p. 16).

[25] Sobre el principio de contradicción, véase el interesante trabajo de Alcácer Guirao (2013, pp. 9 y ss.), especialmente por lo que respecta al análisis de la sentencia dictada por el TEDH en los casos *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido* (Gran Sala, nos. 26766/05 y 22228/06, 15 de diciembre de 2011), en la que se realiza una cuestionable asociación entre contradicción y corroboración por la que el TEDH permite valorar declaraciones que no hayan sido sometidas a contradicción en los casos en los que aparezcan corroboradas por otros elementos probatorios, centrándose exclusivamente en la relación entre contradicción y verdad, y dejando de lado la importante conexión entre debate contradictorio y derecho de defensa.

medidas cautelares basadas exclusivamente en la declaración de un colaborador, obtenida con o sin contradicción, esto es, como acto de prueba no sometido a corroboración, o como mero acto de investigación.

El cumplimiento de las garantías propias del debido proceso y, en especial, del principio de contradicción en los términos antes señalados, dotan de valor a las declaraciones prestadas por colaboradores para fundamentar una sentencia condenatoria, esto es, la convierten en prueba *válida* según los estándares impuestos por el derecho a la presunción de inocencia como regla probatoria.

En cualquier otro caso, su práctica al margen de las exigencias derivadas del derecho de defensa, de las condiciones que impone la contradicción y de espaldas, en definitiva, a los más elementales postulados garantistas y epistémicos, las reduce a la categoría de actos de investigación, cuya eficacia se encuentra fuertemente limitada a la fase de instrucción penal y a la búsqueda de información para la preparación de un futuro juicio oral. Ésta es la razón principal por la que se tiende a privilegiar la declaración prestada en el juicio oral, en el que se dan cita tales garantías o, en su defecto, a la obtenida como prueba anticipada, esto es, aquella que se practica con respeto de las condiciones que se presentarían de practicarse en el juicio oral. Solo en defecto de éstas y en presencia de las exigencias derivadas del principio de contradicción[26] cabría tomar en consideración las declaraciones prestadas en la fase de investigación, convertidas en verdaderos actos de prueba al verse sometidas a confrontación y debate contradictorio o, como ha admitido el TEDH, cuando, aun careciendo de contradicción, la declaración se encuentra corroborada por otras pruebas y, por tanto, no es la única prueba de cargo.[27]

[26] Que, en el caso español, se encuentran previstas en los artículos 714 y 730 de la LECrim.

[27] TEDH, *Isgrò c. Italia*, no. 11339/85, 19 de febrero de 1991; *Asch c. Austria*, no. 12398/86, 26 de abril de 1991; *Artner c. Austria*, no. 13161/87, 28 de agosto de 1992. Se trata, en definitiva, de garantizar la existencia de medidas de compensación al déficit de garantías que origina la falta de contradicción. Contreras Cerezo (2013) señala, a este respecto, que "[l]a protección a los testigos tiene su límite en el respeto al derecho de defensa. El testimonio del testigo anónimo, cuya identidad desconoce el acusado, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y si es la única prueba de cargo no puede sustentar una declaración de condena sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)". Del Carpio Delgado (2007, p. 49) también destaca la posibilidad de acordar medidas compensatorias que salven la declaración del testigo oculto. Téngase en cuenta que, en todo caso, la declaración prestada por quien ostente la condición de testigo, pero posteriormente pase a ser considerado

Contestada afirmativamente la pregunta relativa a la aptitud de las declaraciones del colaborador como prueba de cargo, el siguiente interrogante es el que se refiere a su autonomía y suficiencia para fundamentar una resolución judicial. Esta cuestión se ha abordado tradicionalmente desde la perspectiva de su condición de prueba suficiente para dictar un fallo condenatorio, respecto de lo que existe una consolidada jurisprudencia que ha estipulado los parámetros a partir de los cuales cabe valorar su fuerza probatoria en cada caso, dirigidos a evaluar, por un lado, la credibilidad del declarante y, por otro, la fiabilidad de su declaración (verosimilitud, firmeza y corroboración).[28] Aisladamente considerados, estos criterios no permiten concluir la veracidad de la información ofrecida por el colaborador. Se trata de criterios generales orientativos que contribuyen a minimizar el error en la valoración de la prueba (especialmente el que se refiere a la corroboración, como veremos después), pero no es deseable adoptarlos como reglas de valoración inflexibles, a imagen de las reglas de prueba tasada. En cierto modo, son criterios que facilitan la motivación de la decisión judicial, pero no la predeterminan. Llevan, como ha señalado Del Moral García (2016, p. 60), a apurar la motivación, pero no deben conducir a negarle automáticamente valor probatorio al testimonio cuando falle la comprobación de alguno de tales parámetros.[29]

imputado, carecería de todo valor probatorio, aunque se sometiese a contradicción. Véase, sobre este punto, las Sentencias de la SCJN dictadas en los Amparos Directos en Revisión 472/2018 y 473/2018 (en ambos casos, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 13 de febrero de 2019); asimismo, la Sentencia recaída al Amparo Directo 124/2012, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, 2 de octubre de 2012.

[28] Sobre estos criterios de valoración realicé un análisis doctrinal y jurisprudencial en Fernández López (2009, pp. 95-116).

[29] Con otras palabras, son parámetros orientativos para la motivación, no reglas de validez de la prueba (STS 891/2014, de 23 de diciembre). Para Miranda Estrampes, sin embargo, sí nos encontraríamos ante *reglas negativas de suficiencia* (2008, pp. 23-24), postura que el Tribunal Supremo español parece haber asumido: "[p]ara verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación" (STS 630/2016, de 14 de julio y, en idéntico sentido, STS 1053/2017, de 6 de julio). En el mismo sentido se expresa la STS 457/2017, de 21 de junio (con cita de la STS 938/2016, de 15 de diciembre): "[l]a deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de

Existe un importante número de casos a partir de los cuales el Tribunal Supremo español ha formado una sólida jurisprudencia sobre los criterios más adecuados para evaluar la fiabilidad de este tipo de pruebas.

Por lo que se refiere a la credibilidad del colaborador, determinadas circunstancias (relaciones, experiencias, percepción de la realidad, etc.) pueden revelar motivaciones ocultas detrás de su voluntad de declarar. En España, la jurisprudencia se ha referido reiteradamente a tales circunstancias como condiciones para determinar la *ausencia de incredibilidad subjetiva* a modo de juicio preliminar sobre las motivaciones del testigo para declarar y sobre la posible existencia de circunstancias especiales (en sus capacidades cognitivas o relativas al modo en el que entró en contacto con los hechos) que permitan poner en duda su fiabilidad como fuente de prueba. La valoración de estas particularidades, entre las que se encuentran sus relaciones previas con las partes y especialmente con el investigado, está orientada a descartar móviles como la autoexculpación o la exculpación de terceros, la venganza o la obediencia debida. Motivaciones todas ellas que debilitarían la fuerza probatoria de (toda o parte de) su declaración, y que han de examinarse conjuntamente con las características propias de la personalidad del declarante.[30] En el caso concreto del coinvestigado, es útil analizar también, por ejemplo, su posición dentro de la organización criminal, su conocimiento de las actividades ilícitas desarrolladas, la división de roles dentro del grupo, etc. (Di Martino y Procaccianti, 2000, p. 43).

Además de la credibilidad del declarante, es necesario examinar también la fiabilidad de la información que ha proporcionado, para lo que generalmente se valora la coherencia y credibilidad del relato y la persistencia mostrada durante el procedimiento.[31] Por lo que se refiere a la coherencia y credibilidad del testimonio,

contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre".

[30] Por todas véanse las SSTS 319/2017, de 4 de mayo y 428/2017, de 14 de junio. Sobre la valoración de la personalidad del declarante puede consultarse Martínez Galindo (2004, p. 7).

[31] Dado que se aleja demasiado de la finalidad principal de estas páginas, no resulta conveniente detenerse en otro tipo de factores que, sin duda, condicionan la calidad de la información que se obtiene a partir de la prueba testifical. Un análisis con cierto detalle sobre tales factores puede verse en Fernández

hay que valorar que no resulte fantasioso, que no presente ambigüedades o vaguedades y que no presente contradicciones entre sus distintas partes, aunque estamos ante criterios orientativos que no impiden admitir la valoración *fraccionada* cuando la declaración presente algún tipo de incoherencia o laguna, pero pueda analizarse por partes que gocen de cierta autonomía unas de otras,[32] lo que, sin duda, habrá de ir acompañado de un mayor esfuerzo motivador del juez y una sólida corroboración mediante datos externos (Zavaglia, 2007, p. 229).

La firmeza o persistencia, en segundo lugar, es otro indicador importante de credibilidad,[33] si bien la existencia de retractaciones (muy habituales, por ejemplo, en el ámbito de la violencia de género) o de contradicciones entre las distintas declaraciones prestadas (especialmente cuando el relato se refiere a hechos complejos, traumáticos o sucedidos a lo largo de amplios periodos) no ha de conducir necesariamente a descartar la declaración. Tampoco será posible atender a este parámetro cuando deba valorarse la fiabilidad de las primeras declaraciones prestadas para acordar la práctica de actos de investigación o adoptar decisiones sobre medidas cautelares.

Las contradicciones en aspectos secundarios de la declaración, así como la existencia de lagunas cuando el testigo declara mucho tiempo después de sucedidos los hechos, tampoco son datos que, por sí solos, permitan desechar la declaración, puesto que puede tratarse de circunstancias propias del transcurso del tiempo.[34]

López (2009, pp. 103-104), así como en la bibliografía que allí se cita. Una perspectiva centrada en la psicología del testimonio y muy útil para entender las limitaciones de nuestra capacidad de percepción de acontecimientos, de nuestra memoria y la influencia sobre la narración de circunstancias tales como el modo de llevar a cabo el interrogatorio, puede verse en Diges Junco (2010, pp. 51 y ss.).

[32] Por ejemplo, cuando no existan relaciones causales entre las mismas, o cuando constituyan relatos relativos a hechos independientes, tal como sucede, por ejemplo, en el caso de testigos menores de edad o que presentan algún tipo de discapacidad intelectual.

[33] SSTS 441/2007, de 23 de mayo; 1071/2002, de 7 de junio y 272/2001, de 19 de febrero, entre otras muchas.

[34] Uno de los aspectos que la jurisprudencia italiana toma en consideración para darle mayor o menor credibilidad a la declaración es el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos hasta la declaración (a mayor tiempo, menor credibilidad). No obstante, aunque es un dato a tener en cuenta, no se le puede dar un valor determinante, pues pueden existir posibles causas que expliquen razonablemente el transcurso de largos periodos (Di Martino y Procaccianti, 2000, p. 48).

Si hay una exigencia que destaca sobre el resto a la hora de evaluar la fiabilidad del testimonio es, sin duda, la de su corroboración mediante datos externos de carácter objetivo.[35] La credibilidad del declarante y la verosimilitud de su declaración son condiciones necesarias, pero no suficientes para que el testimonio pueda fundamentar una sentencia de condena. La manera de minimizar la posibilidad de error judicial al valorarlo es asegurar que su contenido se encuentre respaldado por otras pruebas, especialmente en aquellos casos en los que el testimonio prestado no se ha sometido a contradicción o, como consecuencia del estatuto del declarante (en el caso de los coinvestigados), las posibilidades de contradicción se hayan visto seriamente comprometidas.[36] Sin embargo, no es tarea fácil determinar en qué consiste exactamente la *corroboración* a la que aluden los tribunales, pues no existe una definición legal y unívoca del término.[37]

El Tribunal Constitucional español circunscribe la necesidad de corroboración a dos ideas: en primer término, exige que la corroboración sea *mínima* (no necesariamente *plena*), y sólo relativa a algunos aspectos de la declaración, no a todos sus elementos. En segundo lugar, entiende que la corroboración implica, al menos, la existencia de algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente a la propia declaración.[38] La corroboración supone, pues, que ha de existir al

[35] Lo que se ha denominado también *credibilidad extrínseca* u *objetiva* (Díaz Pita, 2000, p. 455) y *corroboration* en los sistemas procesales de *common law*. Sobre el alcance de la corroboración en este ámbito es interesante el trabajo de Walton y Reed (2008). En sentido similar, Miranda Estrampes (2008, p. 18) alude a un modelo de *atendibilidad* o *verificación extrínseca*.

[36] STS 223/2017, de 30 de marzo. En el mismo sentido, véase la STS 523/2017, de 7 de julio: "[c]uando el coimputado se niega a declarar o a contestar a las preguntas de las defensas, este dato es un elemento valorable a los efectos, ya en sede de valoración de la prueba, de establecer su credibilidad, para lo cual la entidad de los elementos de corroboración presenta una especial relevancia. Pero el silencio del coimputado no determina la ausencia absoluta de contradicción".

[37] No sucede lo mismo en Italia, donde el artículo 192.3 del *Codice di Procedura Penale* establece con claridad que la declaración del coinvestigado debe valorarse conjuntamente con otros elementos de prueba que confirmen su credibilidad.

[38] Es de referencia obligada sobre ello la STC 57/2009, de 9 de marzo, en la que se admite la corroboración del testimonio mediante la coincidencia con el testimonio de otro coinvestigado, con voto particular discrepante de M.a Emilia Casas Baamonde. También se expresan en un sentido similar las SSTC 91/2008, de 21 de julio; 125/2009, de 18 de mayo y 134/2009, de 1° de junio. Doctrina esta, además, ampliamente secundada por el Tribunal Supremo que, sin embargo, no acepta la coincidencia con la declaración de otro coinvestigado como elemento de corroboración ante la eventualidad de que se pongan de acuerdo en sus declaraciones (así se expresan la STS 466/2021, de 31 de mayo y la STS 438/2021, de 20 de mayo). En la STS 57/2002, de 28 de enero, se hace esta misma interpretación del

menos algún otro indicio que apunte en la misma dirección que la declaración del testigo, tanto por lo que se refiere a la existencia de los hechos como a la participación del investigado en éstos, lo que Miranda Estrampes (2008, p. 20) denominó modelo de *atendibilidad extrínseca reforzada* en atención al contenido concreto que ha de tener esa corroboración.[39] Esos datos externos o periféricos pueden ser, por ejemplo, las lesiones provocadas por el delito y reflejadas en el parte médico o en el informe forense, los testimonios de otras personas que refuercen la credibilidad del declarante[40] o el resultado de diligencias de investigación que sean coincidentes con lo manifestado por el testigo.[41] En definitiva, la corroboración supone contar con información que provenga de fuentes de prueba externas a la propia declaración (Zavaglia, 2007, p. 230; Díaz Pita, 2000, p. 468), de modo que esta no sea la única prueba sobre la que se sustente la decisión judicial.[42]

Por tanto, a la vista de esta doctrina jurisprudencial, se evidencia la necesidad de examinar lo que ha de entenderse por corroboración suficiente en cada caso,[43] si bien parece que la finalidad es evitar que la declaración sea la única prueba de

término "corroboración": "[l]o relevante es que la declaración del coimputado no constituya un dato probatorio aislado que comprometa al acusado en un hecho, sin que existan otros elementos probatorios ajenos al coimputado que también relacionen al acusado con el mismo hecho delictivo". Sobre la evolución del concepto de corroboración, véase Sánchez Yllera (2006, pp. 15-19 y 32, sobre los hechos que han de quedar corroborados). También Miranda Estrampes analiza con detalle su evolución (2008, p. 19).

[39] A ello se refiere la jurisprudencia italiana cuando exige que la corroboración sea *individualizzante* (Di Martino y Procaccianti, 2000, p. 63). El mismo sentido de corroboración sostiene Sánchez Yllera (2006, pp. 32-33).

[40] La corroboración de la credibilidad del declarante no supone, *per se*, la corroboración de su declaración (el declarante puede ser creíble —y así constatarlo, por ejemplo, un perito— y su declaración falsa), por lo que hay que ser especialmente cuidadoso y centrar las exigencias de corroboración en el relato de los hechos.

[41] Véase, por todas, la STS 1018/2017, de 15 de junio.

[42] Véase, en esa línea, TEDH, Gran Sala, *Labita c. Italia*, no. 26772/95, de 6 de abril de 2000, de especial interés en relación con la adopción de la medida de prisión provisional, como después se verá.

[43] Por ejemplo, y tal como señalé más arriba, el Tribunal Supremo español ha considerado que la declaración de un coinvestigado no puede servir como elemento de corroboración de la declaración de otro coinvestigado (STS 319/2017, de 4 de mayo, con cita de la STS 763/2013, de 14 de octubre, así como las más recientes STS 438/2021, de 20 de mayo y 466/2021, de 31 de mayo, ya citadas). En contraste, la Corte Suprema italiana admite este tipo de corroboración, a la que denomina *cruzada*, para lo que exige que el órgano jurisdiccional verifique que la coincidencia en las declaraciones no es fruto de un acuerdo previo (Di Martino y Procaccianti, 2000, p. 57; Zavaglia, 2007, p. 231). También Díaz Pita (2000,

cargo, de manera que el convencimiento judicial descanse también en otros elementos probatorios que apunten en la misma dirección que la declaración.[44]

IV. Especial referencia a la adopción de medidas cautelares fundada en la declaración del investigado colaborador

La iniciación de las actuaciones judiciales se produce, como regla general, con ocasión de la formulación de una denuncia, la presentación de querella o por el traslado del atestado policial a la autoridad judicial, y ello con la finalidad de poner en marcha las diligencias que permitan ampliar la información sobre los hechos y decidir sobre la procedencia de un futuro enjuiciamiento.

La decisión judicial por la que se incoa la investigación supone una imputación cuando en ella aparece designada una persona concreta a la que se vincula con el hecho delictivo, en cuyo caso entra en juego automáticamente lo dispuesto en el artículo 118 de la LECrim,[45] garantizando que desde ese mismo momento el sujeto al que se refiera la decisión judicial adquiera la condición de investigado y los más amplios derechos dimanantes del derecho de defensa. No es preciso, pues, en este momento tan incipiente de las actuaciones, que la información se encuentre sustentada en datos adicionales al relato de los hechos que ofrezca la

p. 470) considera como un posible elemento de corroboración a la declaración de un segundo coinvestigado.

[44] El Tribunal Supremo español lo exige así actualmente, tal como se desprende de las resoluciones que se han citado en las notas precedentes. Así, parece haber abandonado la idea de que la corroboración solo sería exigible cuando la declaración se prestó en la fase de instrucción o ante la policía y no se hubiera ratificado en fase de juicio. Con ello mostraba una fe inexplicable en la inmediación como fuente de conocimiento infalible: "si la declaración del coimputado se efectúa en el plenario, y por tanto con pleno sometimiento a los principios de publicidad y contradicción, no serían precisas otras corroboraciones" (SSTS 1948/2002, de 20 de noviembre; 1168/2002, de 19 de junio y 630/2002, de 16 de abril).

[45] Esta disposición señala que "[t]oda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento", e indica que, a ese fin, debe instruirse a la persona investigada de una serie de derechos procesales allí individualizados, tales como el derecho a ser informado de los hechos imputados, de examinar las actuaciones, de designar libremente abogado o solicitar asistencia jurídica gratuita, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, entre otros.

víctima, un testigo o el Ministerio Público al investigar a partir de los datos que estos otros le hayan manifestado. Incluso cabe incoar las actuaciones a partir de las manifestaciones de un testigo de referencia.

Cuestión distinta es que el transcurso del tiempo permita mantener esta débil situación probatoria inicial. La instrucción debe contar con el impulso de sus protagonistas, dirigido a la búsqueda de información relevante que refuerce las sospechas contra el investigado o las reduzca hasta el punto de ocasionar su desvinculación del proceso, o la imputación de terceros por su posible participación en los hechos investigados. Lo mismo sucede cuando se ordena la detención. Aunque cuenta con la naturaleza de medida cautelar y, por tanto, ha de ajustarse a las previsiones derivadas del principio de proporcionalidad, su carácter provisionalísimo, ajustado a plazos generalmente muy breves, justifica que la mera apariencia de participación en un hecho delictivo (los *motivos racionales* a los que alude la LECrim) lleve a acordarla sobre la base de una declaración verosímil y ajena a otro tipo de elementos que la corroboren, cuando se presenten los presupuestos que la legitiman.

Algo similar sucede con la fundamentación de la decisión judicial por la que se disponen actos de investigación limitativos de derechos fundamentales. En muchas ocasiones, éstos se practican *a limine*, por lo que no pueden someterse a la comprobación exhaustiva de los hechos, precisamente porque su práctica es necesaria para avanzar en dicha comprobación. En tales casos basta contar con lo que el Tribunal Supremo español ha denominado *iniciales elementos indiciarios.*[46] Y podrá considerarse que se dispone de tales elementos habilitantes para acordar ulteriores actos de investigación cuando conste en las actuaciones algún dato objetivo del que quepa inferir —siquiera en forma muy provisional— la implicación del investigado en un hecho delictivo,[47] como sucede, por ejemplo, con las

[46] SSTS 153/2015, de 18 de marzo y 74/2014, de 5 de enero, así como las que en ellas se citan. Esa expresión se distingue claramente de los *indicios racionales de criminalidad* a los que alude el artículo 384 de la LECrim (y, por extensión, el artículo 779.1.4a de esa misma ley), equiparando esta última a juicio de probabilidad sobre la implicación del investigado en los hechos a partir del total de las actuaciones llevadas a cabo en la instrucción (STS 74/2014, de 5 de enero).
[47] SSTC 26/2010, de 27 de abril y 145/2014, de 22 de septiembre.

informaciones que la policía obtiene mediante seguimientos y vigilancias.[48] Por tanto, si existen indicios —más sólidos según avanzan las actuaciones— que vinculan al investigado con actuaciones ilícitas, podrá ordenarse motivadamente la práctica de las diligencias que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos, que habrán de cesar si desaparecen tales indicios en el transcurso de las investigaciones.

En materia de adopción de medidas cautelares y, más en general, de protección, el planteamiento ha de diferir sustancialmente, sobre todo porque la eficacia de los actos de investigación se agota en la fase preparatoria y en la obtención de información relevante sobre los hechos para decidir si se abre o no la fase de juicio oral, mientras que las decisiones sobre la situación personal del investigado trascienden a esa finalidad, pues persiguen asegurar su presencia en el juicio oral —que se prevé va a celebrarse si permanece el estado de cosas que se presenta al acordar la medida—, la integridad de la prueba —que se percibe en peligro por una posible actuación obstruccionista del investigado más allá de los límites permitidos por el derecho de defensa— o proteger los intereses de quienes puedan verse afectados por la posibilidad de reiteración delictiva —en el caso de las medidas de protección a terceros que pueden acordarse sobre el investigado. La vigencia de estas medidas no se agota, pues, en la instrucción de la causa, suponen una limitación grave de los derechos de la persona sometida a ellas y puede causar daños irreparables si posteriormente se revela que el investigado no participó en los hechos delictivos.

Por ello, dejando a salvo la detención, a la que me referí antes, la reflexión sobre la adopción de medidas cautelares personales,[49] a diferencia de lo que sucede con

[48] STS 153/2015, de 18 de marzo.

[49] Aunque me referiré sobre todo a las medidas de naturaleza puramente cautelar, esto es, a aquellas que se dirigen en sentido estricto al aseguramiento del proceso y de su posible resultado, las consideraciones que siguen son perfectamente aplicables a la adopción de medidas de cualquier otra naturaleza que de alguna manera limiten el derecho a la libertad del investigado, como es el caso de las medidas de protección a las víctimas del delito, que en muchas ocasiones reciben el tratamiento procesal de medidas cautelares pero que presentan especialidades que es preciso tener en cuenta para su tratamiento teórico y práctico (entre otras, los fines que persiguen, que exceden de la clásica finalidad cautelar). Tales especialidades, sin embargo, en nada afectan a las consideraciones que realizaré a continuación,

otro tipo de decisiones intermedias hasta ahora analizadas, debe estar presidida por la presunción de inocencia[50] y orientada a valorar la manera de reducir su impacto sobre esta garantía que, como regla de tratamiento, condiciona su dictado al estricto cumplimiento de los presupuestos que las legitiman, por cuanto supone que el encausado reciba el trato de inocente hasta que la sentencia firme, debidamente fundada y motivada, establezca su vinculación con el hecho delictivo.

Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia impide la aplicación de medidas judiciales que supongan una equiparación de hecho entre investigado y culpable y, por tanto, cualquier tipo de resolución judicial que implique una anticipación de la pena (Illuminati, 1979, pp. 29-30).[51] Muestra de la importancia de esta prohibición es, por ejemplo, el artículo 10.2.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exige que los presos preventivos estén separados de los penados y sometidos a un trato distinto acorde con su carácter de no condenados, o el lugar destacado que se le ha otorgado a la presunción de inocencia como regla de trato en la Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. El texto —que plantea importantes interrogantes que exceden del objetivo de estas páginas— supedita la adopción de actos procesales dirigidos a acreditar la culpabilidad del investi-

puesto que en ambos casos —medidas cautelares y medidas de protección— se acuerdan sobre quien todavía no ha sido declarado autor o partícipe de un hecho delictivo. Ello no impide que, por tratarse de medidas sin fundamento cautelar, puedan ser sometidas a requisitos aún más estrictos. Por ejemplo, Asencio Mellado (2003) considera que han de observarse los siguientes requisitos cuando se dicta la prisión provisional basada en la evitación de la reiteración delictiva: a) existencia de un riesgo concreto y justificado de reiteración; b) existencia de una relación entre el hecho cometido y el que se pretende evitar, bien sea por la naturaleza común de ambos, por la capacidad del imputado de provocar mayor daño con su acción o bien, al menos, por la gravedad de los actos delictivos que ha cometido y/o que se presume que puede llegar a cometer; c) por último, aunque conectado con el anterior, es necesario que la actuación delictiva que se pretenda evitar sea de tal gravedad que justifique la medida. Sobre la naturaleza extraña a la finalidad cautelar clásica de este tipo de medidas para tutelar a la víctima, véase también Gimeno Sendra (2012, pp. 75 y ss.).

[50] Me ocupé extensamente de la relación entre presunción de inocencia y medidas cautelares en Fernández López (2005).

[51] El Tribunal Constitucional español ha manifestado en alguna ocasión que la presunción de inocencia no queda comprometida por el auto de prisión provisional (véase, por ejemplo, ATC 191/2000, de 24 de julio), pero una interpretación coherente con su doctrina ha de llevar a interpretar esta afirmación como una forma de desvincular la presunción de inocencia como regla probatoria de la adopción de medidas cautelares, que sí afectan, en cambio, a la presunción de inocencia como regla de tratamiento.

gado y de resoluciones preliminares de carácter procesal a la existencia de indicios o pruebas de cargo.

La cuestión central que se plantea es la de establecer la conexión existente entre la presunción de inocencia como regla de tratamiento del investigado y las medidas cautelares del proceso penal, especialmente la prisión provisional. La paradoja de tener que contar con instituciones como la prisión provisional en el marco de un sistema procesal orientado a la tutela de la inocencia, provoca no pocos quebraderos de cabeza, y obliga a posicionarse respecto del conflicto de intereses subyacente entre libertad y seguridad.[52] En este contexto, se encuentran opiniones que van desde las de quienes han sugerido la perfecta compatibilidad entre presunción de inocencia y medidas cautelares —y, por tanto, han negado la existencia de ese conflicto de intereses—[53] hasta quienes entienden —en línea de principios y modelos procesales— que la prisión provisional supone una incoherencia inasumible para el proceso de corte garantista.[54] Ambos representan análisis extremos —pragmático el primero y desconectado de la praxis el segundo— y no reflejan el pensamiento mayoritario, presidido hoy por el análisis ponderado de los intereses en presencia y la exigencia de un estricto cumplimiento de los presupuestos que legitiman las medidas que limitan el derecho a la presunción de inocencia.[55]

Para quienes se sitúan en esta línea, la incompatibilidad entre la presunción de inocencia y las medidas cautelares personales se mitiga con el estricto cumplimiento de los presupuestos para la autorización de la medida: el *periculum in mora*

[52] Sobre ello, extensamente, Asencio Mellado (1987, p. 26).
[53] Fundamentalmente se trata de autores que, en el contexto de la regulación de la presunción de inocencia en el artículo 27.2 de la Constitución italiana, concluyen que no nos encontramos ante un inocente sometido a medidas limitativas, sino ante un "no culpable", cuyo *status* vendría a ser más restringido por su condición de sujeto sometido a un proceso penal. Sólo a título de ejemplo, véase Pisani (1974, p. 8).
[54] Es el caso de Ferrajoli (1995, pp. 551-553), que aborda además con detalle la evolución histórica de la prisión provisional, inversamente proporcional a la de la presunción de inocencia. Idéntica perspectiva crítica adopta Larrauri (1991, pp. 57-58).
[55] Asencio Mellado (1987, p. 136) admite que la prisión provisional es incompatible con la presunción de inocencia, si bien considera que "deviene necesaria en la medida que resulta ineludible para garantizar el proceso penal". En la misma línea se sitúa Jorge Barreiro (1994, p. 8).

(peligro de fuga o entorpecimiento del proceso) y el *fumus boni iuris* (los indicios racionales de criminalidad) y, al tiempo, mediante la eliminación de los presupuestos legales que no tienen una clara naturaleza cautelar. Los fines represivos o preventivos —ya sean con carácter general o especial— que parecen estar llamados a cumplir algunos de los presupuestos previstos legalmente (como sucede, por ejemplo, con la evitación de la reiteración delictiva) desnaturalizan las medidas cautelares, en tanto presuponen la culpabilidad del imputado con anterioridad a la sentencia de condena[56] (si bien no cabe olvidar que nos encontramos ante fines que podrían encontrar legítima justificación si se analizan desde la perspectiva de la protección a las víctimas que pueden estar llamados a cumplir).

En una posición más crítica, pero también tratando de encontrar el mayor equilibrio posible entre prisión provisional y presunción de inocencia, se muestra Andrés Ibáñez (1996, p. 17), para quien aquélla es el principal problema del proceso penal orientado a la tutela de la inocencia, pero a la vez reconoce la imposibilidad de prescindir de ella y manifiesta como única salida para los jueces la de actuar con cierta "mala conciencia" a modo de garantía frente a un uso indiscriminado y desproporcionado de la prisión provisional.[57]

En definitiva, en su manifestación de regla de tratamiento la presunción de inocencia impone, al menos, que las medidas limitativas de la libertad del investigado (y, en especial, la prisión preventiva) se acuerden únicamente (1) en presencia del elemento o fundamento cautelar o de protección legalmente previsto (exclusivamente, pues, para asegurar el procedimiento, la integridad de la prueba o para evitar la reiteración delictiva, genérica o sobre quien ya ha sido víctima del delito) y (2) ante la existencia de un concreto *fumus boni iuris* fundado en elementos de prueba suficientes y ajustados a la gravedad de la medida.[58] Sólo el juego

[56] El fin de la evitación de la reiteración delictiva fue legitimado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 128/1995, de 26 de julio y finalmente incorporado en la LECrim en 2003.
[57] Calificada de *trabajo sucio* o *injusticia necesaria* o incluso *injusticia legalizada* por Landrove Díaz (2004, p. 2).
[58] Por todas, véase la STC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3º), que se refiere a *indicios graves de criminalidad* y, por tanto, requiere que la decisión se apoye en indicios sólidos y no en meras sospechas o indicios como los que podrían justificar una medida menos lesiva.

simultáneo de ambos presupuestos permite al juez decisor hacer una ponderación ajustada al principio de proporcionalidad y evaluar, entre otras, la excepcionalidad que ha de acompañar a la adopción de la medida.

El control sobre ambos presupuestos sólo puede efectuarse mediante el examen de la motivación del auto por el que se acuerda la medida, que actúa, pues, a modo de garantía última del derecho a la presunción de inocencia y de todos aquellos que resultan afectados, por cuanto el juez habrá de expresar los elementos probatorios en los que se sustenta y el concreto riesgo que se pretende conjurar a los efectos de permitir el control de la decisión por vía de recurso. Y en este punto resulta interesante poner de manifiesto que la adopción de una medida de este tipo no sólo pone en cuestión directa la presunción de inocencia como regla de tratamiento, sino también su condición de regla probatoria, la que exige que la decisión judicial (y no sólo la sentencia, sino cualquier decisión de la que se derive la participación del encausado en el hecho delictivo) reúna unas condiciones probatorias mínimas y muestre la existencia de elementos de juicio suficientes para entender fundada la incriminación del sujeto al que afecta.

La presunción de inocencia, como todos los derechos fundamentales, resulta limitable siempre que se respete el principio de proporcionalidad, lo que tradicionalmente se ha traducido en el cumplimiento de las exigencias propias para enervar su virtualidad en la sentencia (existencia de prueba de cargo suficiente y obtenida con todas las garantías), examen que igualmente —aunque de manera ajustada a las características de la decisión y al nivel de prueba exigido, en algunos puntos diversa a las que presenta la sentencia— debe realizar el juez decisor y expresarlo de modo tal que permita evidenciar que en el caso concreto se han alcanzado los requerimientos para acordar la medida.

La situación procesal y probatoria en la que se dispone aplicar una medida cautelar o de protección resulta —o puede resultar— claramente distinta a la que se presenta tras la celebración del juicio oral y en la que se sitúa el órgano enjuiciador al expresar su parecer sobre la participación del acusado en el hecho delictivo. En particular, son dos los elementos que la diferencian del resto: el primero se refiere a la calidad de los elementos probatorios en los que se sustenta la decisión

judicial, pues mientras la sentencia condenatoria se ha de fundar en verdaderos actos de prueba obtenidos con todas las garantías, el auto que acuerda una medida como la prisión provisional suele fundamentarse en el resultado de actos de investigación, y sólo en ocasiones en actos de prueba anticipada. El segundo elemento apunta al nivel de prueba exigido para acordar la medida. Sin pretender entrar en la discusión acerca de si la presunción de inocencia fija o no un determinado estándar de prueba y, en su caso, cuál sería y cómo habría de concretarse, lo cierto es que la sentencia condenatoria debe mostrar que existe un cuadro probatorio muy sólido que permite descartar que hipótesis más favorables al acusado puedan considerarse fundadas. Hay que preguntarse entonces si la adopción de otro tipo de decisiones judiciales previas a la sentencia requiere, como así parece, un nivel de prueba inferior o menos exigente y, en su caso, cómo podríamos fijarlo con un mínimo de objetividad y precisión. La alusión a expresiones como *indicios racionales de criminalidad*, *elementos suficientes* o *sospechas graves* no resulta satisfactoria, como tampoco lo es aludir a la prueba *más allá de toda duda razonable* como nivel de prueba exigido para dictar una sentencia condenatoria.[59] Todos ellos son conceptos vagos que poco nos indican acerca de la calidad y cantidad de pruebas que debe avalar la toma de decisiones. Intuitivamente podemos considerar que estamos ante una exigencia particularmente estricta en el caso de la prueba *más allá de toda duda razonable* y algo menos estricta en el resto de casos, pero sin posibilidad de establecer una graduación con un mínimo de fiabilidad acerca de cuál es el nivel de prueba que parece requerir cada uno de ellos. Por ello es preciso integrar este tipo de expresiones con un análisis particularizado de cada caso y de los elementos probatorios disponibles, estableciendo al menos unos límites cualitativos por debajo de los cuales no resulte aceptable considerar justificada una decisión que limite los derechos del encausado.

Esos límites cualitativos pasan, en mi opinión, por establecer una doble condición cuando la decisión se tome a partir de la información proporcionada por un colaborador. En primer lugar, es indudable que, en muchas ocasiones, la decisión judicial no puede más que acordarse sobre la base de meros actos de inves-

[59] Un análisis crítico del estándar de prueba *más allá de toda duda razonable* puede verse en Fernández López (2009, pp. 95-101).

tigación, pero ello no debe conducir a renunciar a una mejora de la calidad de la información practicando un nuevo interrogatorio bajo estrictas condiciones de contradicción y defensa al revisar la procedencia de continuar con la privación cautelar de libertad. Según ha manifestado el TEDH, la información proporcionada inicialmente por el colaborador puede justificar la incoación de las actuaciones o la adopción de medidas como la detención, pero el transcurso del tiempo sin someter esa declaración a contrastación a través de los medios de averiguación previstos, la devalúa considerablemente y pone en cuestión que la fundamentación del auto de prisión sea suficiente.[60] Basar la procedencia de una medida cautelar y, en especial, la de prisión, sobre meros actos de investigación no sometidos a elementales procedimientos de contradicción provoca, en mi opinión, un serio déficit de motivación.

Y, aunque en ocasiones garantizar esa contradicción no será posible (por ejemplo, porque el testigo no pueda comparecer o se encuentre temporalmente en ignorado paradero), es deber del juez que dicta la medida no cesar en la búsqueda de información que confirme la declaración inculpatoria, dando cumplimiento con ello, al menos, a la segunda condición que antes anunciaba: la imprescindible corroboración de la información que conduce a acordar o mantener la prisión provisional. Así lo ha entendido, por ejemplo, el legislador brasileño, que en 2019 modificó el régimen de la delación premiada y, entre otras reformas, prohibió expresamente que se adoptaran medidas cautelares sobre un investigado sobre la única base de la declaración de un colaborador.[61] Sólo en casos de extrema urgencia, evidente riesgo y suma gravedad de los hechos debería adoptarse una medida cautelar (que, por razones de proporcionalidad, sólo podría ser la detención) con la única base de la declaración del testigo, y sólo por el tiempo estrictamente necesario para buscar los elementos indiciarios que la corroboren y permitan fundamentar razonablemente —con la provisionalidad propia del tipo de decisión que se acuerda y del momento procesal en el que se dicta— la relación del encausado con los hechos delictivos.[62]

[60] TEDH, Gran Sala, *Labita,* §§155-161.
[61] Así lo estableció en el artículo 4° §16 de la Ley 12.850 de 2013.
[62] En este sentido debe entenderse, por ejemplo, la regla probatoria prevista en el artículo 158.2 del Código Procesal Penal peruano, que establece que las medidas coercitivas, al igual que la sentencia

La trascendencia de estas medidas sobre la esfera de derechos del investigado ha de llevarnos a reforzar las cautelas para tratar de afianzar el acierto de la decisión judicial por la que se acuerdan y, en consecuencia, a considerar necesario que su adopción se sustente en información debidamente sometida a contradicción, no sólo porque ello permite controlar la fiabilidad del testimonio, sino también porque permite al encausado desarrollar libremente su derecho de defensa, por sí o a través de su letrado. El respeto del principio de contradicción es, simultáneamente, garantía de verdad y respaldo del derecho de defensa.[63]

Como ya se ha anticipado, sólo cabría excepcionar de esta regla la adopción de la medida de detención, que dado su carácter provisionalísimo podría acordarse y mantenerse sobre la base de sospechas de criminalidad, propias del inicio de la investigación penal contra una persona determinada, y siempre que se verifique simultáneamente la existencia del habilitante *periculum in mora.*[64] Cualquier otra medida cautelar, privativa o limitativa de libertad —y, por tanto, no sólo la de prisión— habrá de fundamentarse en información adicional y concurrente con la proporcionada por el colaborador.

En el caso de la adopción de medidas cautelares de naturaleza patrimonial, dirigidas a asegurar responsabilidades relativas a la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal, las exigencias son necesariamente distintas. Ni los derechos afectados resultan igualmente relevantes a los que limitan las de carácter personal (aunque esta idea podría ser discutible) ni —sobre todo— el nivel de prueba exigido en relación con los pronunciamientos de carácter civil es tan alto como el que se requiere en relación con las decisiones que afectan a la presunción de inocencia. Como regla general, la adopción de una medida cautelar en el ámbito civil sólo requiere un principio de prueba, una apariencia de que la pretensión

condenatoria, solo podrán acordarse sobre la base de la declaración de colaboradores (entre los que se refiere también a testigos de referencia, arrepentidos y situaciones análogas) cuando se encuentren corroboradas por otras pruebas (sometidas, pues, a las exigencias propias de la actividad probatoria).

[63] Esta conexión entre contradicción y defensa ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo español, entre otras, en la STS 754/2016, de 13 de octubre.

[64] Así se desprende de la ya citada sentencia de la Gran Sala del TEDH en el caso *Labita*. Sobre los presupuestos habilitantes para la práctica de la detención, véase Bujosa Vadell (2012, pp. 15 y ss.).

está mínimamente fundada (el *fumus boni iuris* en el sentido más estricto de la expresión). No hay que olvidar, además, que la Ley de Enjuiciamiento Civil española (en adelante, LEC) prevé como tercer presupuesto, junto al riesgo de incumplimiento y a la apariencia de fundamentación de la pretensión, el ofrecimiento de una caución destinada a cubrir los posibles daños y perjuicios que se le ocasionen al sujeto afectado por la medida (artículo 728.3 de la LEC), lo que explica también que la adopción de la medida no se sujete al mismo y exigente grado de comprobación que se espera en los casos en los que deban dictarse medidas cautelares de naturaleza personal.

No sólo se plantean dificultades para acordar medidas cautelares personales a partir de la información ofrecida por colaboradores, sino que las decisiones judiciales que suponen un avance de las actuaciones hacia el juicio oral requieren también una fundamentación más sólida que el mero relato de un colaborador. En el caso español, al interpretar la exigencia de que concurran *indicios racionales de criminalidad,*[65] el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que en este estadio procesal, del mismo modo que no es exigible anticipar con exactitud la valoración del material probatorio que realizará el órgano enjuiciador, tampoco basta la existencia de una sospecha más o menos fundada de criminalidad. Se requiere, nos recuerda el Tribunal Supremo, la existencia de una *probable criminalidad*:

> Sólo ese nivel justifica la apertura del plenario que, indudablemente, encierra también cierto contenido aflictivo para el acusado, aunque sea difuso. La probabilidad de comisión del delito, se traduce en negativo, expuesto de forma poco matizada, en la racional posibilidad de que recaiga una condena. No pueden

[65] De acuerdo con la legislación procesal penal española, el auto ordenando la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado (artículo 779.1.4a de la LECrim) es una decisión relativa a la transformación de las actuaciones que el juez debe dictar una vez que hayan quedado descartadas las situaciones descritas en los tres primeros apartados de tal precepto y entienda, además, que existen en la causa *indicios racionales* de la comisión de alguno de los delitos cuyo enjuiciamiento deba realizarse por los cauces del procedimiento abreviado (artículo 757 de la LECrim). Su función se ha considerado equivalente a la reservada al auto de procesamiento en el procedimiento ordinario, hasta el punto de que se ha equiparado la *justificación suficiente* de la comisión del hecho delictivo a la que alude el artículo 779.1.4a de la LECrim a los *indicios racionales de criminalidad* exigidos por el artículo 384 de la misma ley para acordar el procesamiento.

> extremarse las exigencias en esta fase anticipando valoraciones que sólo procederían tras examinar la prueba practicada en el juicio oral. Pero sí ha de cancelarse el proceso cuando racionalmente quepa hacer un pronóstico fundado de inviabilidad de la condena por insuficiencia del material probatorio con que se cuenta. Si tal bagaje se revela desde este momento como insuficiente para derrotar a la presunción de inocencia y, con igual juicio hipotético, no pueden imaginarse ni variaciones significativas ni introducción de nuevos materiales, procederá abortar ya el procedimiento en aras de esa finalidad complementaria de la preparatoria del juicio oral: evitar la celebración de juicios innecesarios que, entre otras cosas, supondrían la afectación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, también el de las partes acusadoras que verían inútilmente postergada en el tiempo la decisión final ya pronosticable, y dilapidadas energías no sólo procesales sino también económicas y personales cuando se trata de parte no institucional. El procesamiento exige que la hipótesis de la comisión del delito y la participación en él del inculpado sea al menos tan posible o fuerte como la contraria. Estamos en un escalón superior al necesario para tomar declaración como imputado y por supuesto, muy por encima de la verosimilitud que justifica la incoación de unas diligencias penales.[66]

De este modo, la decisión de continuación de las actuaciones requiere un examen predictivo acerca de las posibilidades de que el procedimiento finalice con una sentencia condenatoria en el caso de que siga su curso. Si el material probatorio que se espera reunir en el juicio oral a la vista de las diligencias realizadas en la investigación y de los actos de prueba anticipada que podrían sumarse a aquél no alcanza para pronosticar una sentencia condenatoria como posible final del procedimiento, la resolución adecuada sería el sobreseimiento, como así debe ser cuando no se dispone de la declaración del colaborador debidamente practicada como verdadero acto de prueba —o en vías de practicarse en el juicio oral— y, con mayor razón, cuando la información incriminatoria que haya proporcionado no se encuentre mínimamente respaldada por elementos probatorios también practicados —o en vías de practicarse— con idéntico y exigente nivel de garantías.

[66] ATS de 31 de julio de 2013.

V. Conclusiones

En este trabajo he tratado de mostrar las dificultades que presenta la adopción de decisiones judiciales que afectan a los derechos del investigado basadas en declaraciones prestadas por colaboradores de la justicia en el marco del enjuiciamiento de causas penales.

Sin desconocer el interés que despierta la posibilidad de traer al proceso penal información obtenida a partir de mecanismos de colaboración, es preciso no perder de vista las reglas más elementales del justo proceso y, en especial, la presunción de inocencia, que no sólo juega en el momento de dictar sentencia, sino que preside todas las actuaciones procesales en las que se acuerdan medidas que afectan a la situación personal del investigado y a su estatus procesal.

Es imprescindible que tales medidas se adopten sólo en presencia de información relevante, fiable, obtenida y practicada con todas las garantías. Aunque no será posible en todos los casos que la declaración testifical en la que se base la medida sea sometida a contradicción, lo deseable es que se generalice la anticipación probatoria a los efectos de mejorar la calidad de la motivación de la decisión y el fundamento probatorio sobre el que se sustenta. La declaración de quienes han conocido los hechos o parte de ellos, obtenida sin intervención judicial, sin posibilidad de contradicción para el investigado y, en ocasiones, sin conocimiento de su identidad, carece de las condiciones mínimas de fiabilidad necesarias para fundamentar la adopción de medidas cautelares y de protección que reduzcan la libertad del encausado, además de suponer una limitación difícilmente justificable del derecho de defensa.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en este ámbito cobra especial relevancia la corroboración de la información ofrecida por el colaborador para poder concluir con la máxima seguridad posible —aunque con carácter puramente provisional— que el encausado se encuentra involucrado en los hechos delictivos y que la información obtenida cuenta con calidad suficiente como para considerar que el colaborador ha cumplido con su parte del acuerdo.

Por ello, el ejercicio del derecho de defensa sólo puede limitarse en forma motivada y fundada en presencia de intereses igualmente relevantes (como es el caso de la protección de la seguridad e integridad del testigo y de su familia), lo que justifica que, en ocasiones, se adopten medidas para preservar el anonimato del testigo (medidas que en todo caso debe acordar el órgano judicial, al margen de las que se hayan podido dictar en procedimientos previos), pero en modo alguno justifica que se prive al investigado del derecho a interrogarle o de la posibilidad de contar con información externa que corrobore su versión de los hechos.

Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, R. (2013), "La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, núm. 4, pp. 1-15.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1996), "Presunción de inocencia y prisión sin condena", en Andrés Ibáñez, P. (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 13-46.

ASENCIO MELLADO, J. M. (2003), "Notas sobre el proyecto de ley de reforma de la prisión provisional", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1.

_____, (1987), *La prisión provisional*, Madrid, Civitas.

BUJOSA VADELL, L. (2012), "Imputación y detención policial. Perspectiva española", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, agosto-diciembre, vol. 3, núm. 2, pp. 11-35.

CONTRERAS CEREZO, P. (2013): "La protección a los testigos tiene su límite en el respeto al derecho de defensa. El testimonio del testigo anónimo, cuya identidad desconoce el acusado, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y si es la única prueba de cargo no puede sustentar una declaración de condena sin vulnerar el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)", *Diario La Ley*, núm. 8105, 14 de junio.

DEL CARPIO DELGADO, J. (2007), "Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc", *Revista Penal*, núm. 19, pp. 35-51.

DEL MORAL GARCÍA, A. (2016), "Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II, pp. 43-75.

DI MARTINO, C.A y PROCACCIANTI, T. (2000), *La chiamata di correo*, Padova, CEDAM.

DÍAZ PITA, M. P. (2000), *El coimputado*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. (1996), "Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* núm. 5, pp. 1463-1467.

DIGES JUNCO, M. (2010), "La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos", *Jueces para la Democracia*, núm. 68, pp. 51-68.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2009), "La valoración judicial de las pruebas declarativas", *Jueces para la Democracia*, núm. 64, pp. 95-116.

_____, (2005), *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel.

FERRAJOLI, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta.

FUENTES SORIANO, O. (2000), "Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales", en *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Lima, Defensoría del Pueblo, pp. 151-249.

GIMENO BEVIÁ, J. (2014), *El proceso penal de las personas jurídicas*, Toledo. Tesis doctoral disponible en: «https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3789/TESIS%20Gimeno%20Bevi%C3%A1.pdf?sequence=1».

GIMENO SENDRA, V. (2012), "Medidas limitadoras de derechos fundamentales en el proceso penal", en Pérez-Cruz Martín, A. J. y Ferreiro Baamonde, X. (dirs. congr.), Neira Pena, A. (coord.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*, A Coruña, Universidade da Coruña, pp. 73-90.

GÓMEZ de LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. (2004), *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, Colex.

ILLUMINATI, G. (1979), *La presunzione d´innocenza dell´imputato*, Bologna, Zanichelli.

JORGE BARREIRO, A. (1994), "Prisión provisional: una reforma, para qué", *Jueces para la Democracia*, núm. 22, pp. 8-13.

LANDROVE DÍAZ, G. (2004), "La reforma de la prisión provisional", *Diario La Ley*, núm. 5926.

LARRAURI, E. (1991), "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. I, pp. 45-63.

MARTÍNEZ GALINDO, G. (2004), "Valor probatorio de declaraciones de coimputados", *La Ley Penal*, núm. 7, pp. 65-80.

MIRANDA ESTRAMPES, M. (2008), "La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (radiografía de un giro constitucional involucionista)", *Revista Xuridica Galega*, núm. 58, pp. 13-24.

NEIRA PENA, A. M. (2016), "La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal", *Política criminal*, vol. 11, núm. 22, pp. 467-520.

NIETO MARTÍN, A. (2013), "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", *Diario La Ley*, núm. 8120.

ORTIZ PRADILLO, J.C. (2017), "La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la Justicia", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, núm. 1, p. 39-70.

_____, (2015), "El difícil encaje del delator en el proceso penal español", *Diario La Ley*, núm. 8560.

PISANI, M. (1974), *Libertà personale e processo*, Padova, CEDAM.

QUIROZ SALAZAR, W. F. (2008), "La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú", *Revista oficial del Poder Judicial*, vol. 2/1, pp. 159-171.

RUBIO EIRE, J. V. (2013), "La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una instrucción penal". Disponible en «http://www.elderecho.com/penal/inviabilidad-verificables-elemento-precursor-instruccion_11_560680001.html».

SAN MARTÍN CASTRO, C. (2007), "Persecución penal de la corrupción política (reflexiones desde el Perú)", en Alcaraz Ramos, M. (dir.), *Estado de derecho frente a la corrupción urbanística*, Madrid, La Ley.

SÁNCHEZ YLLERA, I. (2006), "Dudas razonables: la declaración de los coimputados", *Revista Xurídica Galega*, núm. 50, pp. 13-33.

SOTO RODRÍGUEZ, M. L. (2012), "El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal", *Diario La Ley*, núm. 7856.

TRANCHINA, G., SIRACUSANO, D., GALATI, A. y ZAPPALÀ, E. (1996), *Diritto Processuale Penale*, 2a. ed., Milano, Giuffrè.

VELLOSO PARENTE, B., CHEQUER FEU ROSA, J. y CESAR FABRIZ, D. (2019), "Colaboração premiada como método de tutela estatal nos crimes de lavagem de dinheiro", *Derecho y cambio social*, núm. 58, pp. 398-416.

WALTON, D. y REED, C. (2008), "Evaluating Corroborative Evidence", *Argumentation*, vol. 22(4), pp. 531-553.

ZAVAGLIA, F. (2007), *La prova dichiarativa nel giusto processo*, Padova, CEDAM.

Capítulo IV

Interrogar a los testigos de cargo: fundamentos y alcances del derecho. Balance de una década de jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana

Pablo Rovatti*

* Abogado y Especialista en derecho penal por la Universidad de Buenos Aires. Magister en razonamiento probatorio por las Universidades de Girona (España) y Génova (Italia). Profesor adjunto int. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Interrogar a los testigos de cargo: fundamentos y alcances del derecho. Balance de una década de jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana. I. Introducción; II. El derecho de interrogar a los testigos de cargo en la jurisprudencia de la SCJN; III. El influyente test del TEDH: aspectos problemáticos, críticas y transformaciones; IV. ¿Una cuestión de principios?; V. Criterios que confrontan: balance de la jurisprudencia de la SCJN

I. Introducción

El de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo es un derecho de oportunidad[1] que integra la noción de debido proceso, y así ha sido reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos y muchas constituciones políticas de diversos países.[2] También llamado derecho de confrontación, en referencia a la Sexta Enmienda de la Constitución norteamericana,[3] constituye una

[1] Es provechoso pensar en los derechos de oportunidad como un tipo de derechos que se encuentra entre los derechos humanos "negativos", que imponen limitaciones a la acción estatal y los derechos "positivos", que requieren una acción estatal positiva, a menudo la provisión de bienes o recursos. Los derechos de oportunidad, en contraste, se refieren al acceso del ciudadano a instituciones y procedimientos en los cuales pueda participar. Un derecho como el de apelar el fallo de condena, o el de confrontar a los testigos, no es centralmente un derecho "negativo" a estar libre de una injerencia o intervención estatal, ni uno "positivo" a recibir un determinado recurso o beneficio; en cambio, es uno que permanece inerte hasta que el ciudadano opta por ejercerlo en el momento correspondiente. Un Estado no debe asegurar que todas las sentencias de condena sean revisadas en segunda instancia, ni debe asegurar que los testigos de cargo sean de hecho interrogados por la defensa, sino tan sólo procedimientos adecuados para que exista una oportunidad de hacerlo (Marshall, 2011, pp. 42-43).

[2] Así está reconocido, con fórmulas ligeramente distintas, en los artículos 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[3] En este trabajo utilizaré indistintamente las expresiones derecho de "confrontación", derecho a "examinar" a los testigos "de cargo", de "interrogarlos" o de "contrainterrogarlos". Para algunos comentarios acerca de las distintas formulaciones del derecho y sus implicancias, pueden consultarse Trechsel (2005, pp. 291-292, 311), Jackson y Summers (2012, pp. 325-335) y Rovatti (2020a, pp. 35-37).

parte importante de los derechos procesales de intervención del acusado, que incluyen, entre otras, facultades de control de la evidencia, durante su práctica y con posterioridad, y se complementa con otras manifestaciones del derecho de defensa, como la de exponer una versión propia de los hechos, proponer pruebas de refutación, aportar las propias pruebas y obtener una decisión motivada sobre los hechos probados.

A la confrontación se le atribuye una larga tradición,[4] cuando se habla de este derecho en general las discusiones vienen acompañadas de una poderosa retórica y no es exagerado decir que la *cross-examination* —esa técnica específica de formular preguntas al testigo del "adversario"— despierta cierta fascinación, probablemente alimentada por escenas memorables de grandes filmes norteamericanos. Sin embargo, como se ha hecho notar con agudeza (Dennis, 2010, pp. 255-274), este derecho presenta una serie de rasgos algo peculiares. En primer lugar, no es claro qué se quiere decir exactamente cuando se afirma que al acusado debe asegurársele una oportunidad de "confrontar" a los testigos, lo que parece ser una consecuencia del carácter polifacético del derecho. En segundo término, es frecuente que se reconozca que este derecho está sujeto a múltiples excepciones y limitaciones en su concreta operatividad en los procesos criminales. Por último, la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos y altas cortes de justicia nacionales no suele hacer explícito el fundamento o razón de ser de la "confrontación", ni hay consenso teórico a este respecto, lo cual influye evidentemente en la determinación de los alcances del derecho (Jackson y Summers, 2012, pp. 362 y ss.).

En este trabajo pretendo explorar algunas de estas cuestiones, poniendo el foco en un problema recurrente, el de los testigos no disponibles, que ha suscitado encendidos debates en las últimas décadas, tanto en el ámbito de los tribunales

[4] Suele citarse como antecedente remoto el diálogo entre Festo y el rey Agripa sobre el trato debido al prisionero Pablo. Los sumos sacerdotes y ancianos judíos presentaban contra Pablo graves e insistentes acusaciones, y le pedían a Festo que lo hiciese trasladar de Cesarea a Jerusalén, mientras preparaban una celada para matarlo en el camino. Más tarde, Festo expone al rey el caso y recuerda: "A éstos respondí que no es costumbre de los romanos entregar un hombre a la muerte antes de que tenga delante de sí a sus acusadores, y pueda defenderse de la acusación presentada en su contra" (Hechos de los Apóstoles, 25:16).

internacionales de derechos humanos como en el de altas cortes de justicia a uno y otro lado del Atlántico.

A ese fin, presentaré primero una reseña mayormente descriptiva de los precedentes más significativos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) durante la última década, periodo que coincide con la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, iniciada en octubre de 2011 (apartado II). Tras ello, y considerando la notable influencia que en esta materia ha ejercido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), expondré y examinaré críticamente los aspectos más problemáticos de la interpretación que ese tribunal ha hecho del derecho en cuestión. Ello dará oportunidad para decir algunas palabras sobre la enriquecedora disputa que tuvo lugar entre la Suprema Corte del Reino Unido y el Tribunal de Estrasburgo, a propósito de la llamada *sole or decisive rule*, y el saldo que ella ha dejado (apartado III). Luego, la pregunta por los principios que subyacen al derecho de interrogar a los testigos de cargo, cuya importancia se hizo evidente en esa confrontación entre altas cortes, será abordada brevemente (apartado IV). Para finalizar, ofreceré un balance de la jurisprudencia de la SCJN a la luz de las consideraciones de los acápites anteriores (apartado V).

II. El derecho de interrogar a los testigos de cargo en la jurisprudencia de la SCJN

En lo que respecta al derecho de confrontación y, en particular, al problema que plantea el caso en que uno o más testigos no están disponibles para el juicio, la SCJN se ha expedido, de manera dispar, a lo largo de la última década. La síntesis que a continuación expongo procura ser mayormente descriptiva, aunque introduzco algunas comparaciones y comentarios menores que facilitarán el tránsito hacia los apartados más evaluativos.

1. Los primeros pasos

El primer precedente de importancia en esta materia se remonta a fines de 2011. Se trata de la decisión dictada en el Amparo Directo (AD) 14/2011,[5] donde la

[5] Sentencia recaída al Amparo Directo 14/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 9 de noviembre de 2011.

SCJN fijó algunas bases para lidiar con el problema que plantea el caso de un testigo que no puede ser localizado para que declare ante el tribunal, ni ha podido ser interrogado en alguna etapa anterior del procedimiento por la defensa.

Las características del caso eran peculiares: la víctima había sido herida en su cuello con un elemento cortopunzante, mientras se encontraba, una madrugada, en el interior de su camioneta. Una persona que no fue identificada comunicó el hecho a un oficial de policía y, ante el aviso, éste identificó el vehículo y encontró en el interior de la cabina a la víctima, que falleció dos días más tarde en el hospital al que había sido trasladada. Más de seis meses después, un taxista interceptó en la vía pública a dos policías para informarles que en las cercanías de ese lugar había podido identificar a uno de los tres individuos que meses atrás habían agredido a la víctima, de cuyo fallecimiento se había enterado luego. El taxista dio las características de las ropas que vestía esta persona, y momentos más tarde los policías lo ubicaron, le preguntaron sobre su relación con ese hecho y, según se dejó constancia, el sospechoso "aceptó haber participado", por lo que fue detenido y puesto a disposición del Ministerio Público. El testigo declaró ante el fiscal y, según se asentó, explicó que había observado que tres hombres se acercaron a la camioneta e intentaron sacarle algo al conductor, que éste se defendía y decía que no les daría nada, que luego esos tres individuos lo golpearon insistentemente y que uno de ellos —precisamente el que reconocería meses después— partió una botella de vidrio y, empleándola como un arma, le asestó varios golpes a la víctima.

El acusado fue condenado, *inter alia*, como autor del delito de homicidio agravado y esta sentencia fue luego confirmada. Su participación en el hecho se consideró probada con la declaración previa del taxista, que no pudo ser localizado, y con la confesión del imputado, prestada también ante el Ministerio Público y luego retractada en el juicio. Tras la confirmación de la condena, la defensa promovió demanda de amparo y esto dio a la SCJN una oportunidad para abordar varios aspectos problemáticos del caso con relevancia constitucional.

A nuestros fines, son de interés los aspectos del fallo referidos a la declaración del taxista, cuyo valor probatorio impugnaba la defensa. La SCJN indicó que un testi-

monio "único" o "singular",[6] desprovisto de corroboración, no bastaría para derrotar la presunción de inocencia, e indicó que en estos supuestos el juzgador debe proceder "con suma cautela y con absoluto rigor argumentativo" al examinar si existe "una cantidad significativa de datos no refutados independientes al dicho del testigo singular, pero que vienen a corroborarlo". En el caso, el Alto Tribunal entendió que no existían elementos de juicio que corroborasen el testimonio "singular" del taxista y el análisis de este asunto pudo haber terminado ahí. Sin embargo, la SCJN se planteó inmediatamente otro interrogante, a saber: "si resulta válido que el juzgador otorgue valor probatorio al dicho de un testigo (con independencia de si es único o singular) cuando es rendido exclusivamente ante el Ministerio Público". Este es el aspecto que nos interesa especialmente.

A fin de dar respuesta a esa cuestión, la Corte estableció que, como criterio general, una declaración recibida en la etapa de investigación por el Ministerio Público no puede ser empleada en la sentencia si esa prueba no ha sido desahogada ante el juez o tribunal que decidirá el caso —principio de inmediación— ni se ha dado a la defensa la oportunidad de cuestionar su sinceridad y corrección —principio de contradicción—. No obstante, la SCJN admite que no se trata de una regla absoluta, e intenta dar cuenta de cuáles serían las excepciones razonables, a través de fórmulas generales y de ejemplos. En este sentido, se refiere de modo genérico a toda aquella circunstancia que impida a una persona prestar declaración, pero luego añade que debería tratarse de "una condición de extrema excepcionalidad real que imposibilite el desahogo" del testimonio. Los ejemplos utilizados son "el caso de un testigo que muere después de aportar información al Ministerio Público o entra en un estado de salud que le impide tener contacto con la realidad, como el estado de coma", aunque esa lista no parece ser exhaustiva, pues la propia Corte examina cuidadosamente, a reglón seguido, si en el caso el Ministerio Público y

[6] La Corte usa la fórmula "testigo único" cuando "sólo una persona presencia el hecho delictuoso y testifica contra el acusado en el proceso", mientras que la expresión "testigo singular" se reserva para el caso en el cual, "habiendo más de un testigo del acto delictivo, la imputación penal se pretende probar con el dicho de uno, de entre el conjunto de personas que lo presenciaron, porque los demás no comparecen al proceso —las razones pueden ser resultado de una ineficaz investigación e impulso de aporte de elementos de prueba para robustecer la imputación—".

el juez habían hecho esfuerzos suficientes para dar con el paradero del taxista, lo que acaba descartando.[7]

Años más tarde la SCJN volvería a pronunciarse en dos casos donde las condenas se apoyaban en las declaraciones previas, incorporadas por lectura, de testigos que no estaban disponibles para el juicio. En estos precedentes se observan algunos añadidos a los fundamentos del AD 14/11, pero también algunas supresiones llamativas, que invitaban a pensar si acaso la Corte no habría cambiado de criterio.

En el Amparo Directo en Revisión (ADR) 3007/2014[8] el imputado había sido condenado por el delito de robo de mercancía transportada a bordo de un vehículo motor y el testigo no disponible era el apoderado de la empresa damnificada. En el amparo, el condenado cuestionaba la incorporación de ese testimonio, con argumentos tomados del fallo de la Corte en el AD 14/2011. Al analizar el agravio de la defensa, la SCJN reproduce varios pasajes de ese precedente. No obstante, dos aspectos del fallo son dignos de mención. Por un lado, se introduce como novedad, en términos más claros que en la jurisprudencia anterior, una referencia a los aspectos del testimonio que la defensa se vería privada de cuestionar a raíz de la falta de una oportunidad adecuada de interrogar al testigo,[9] se añade una referencia

[7] En este último sentido, la Corte examina tanto la conducta de la autoridad judicial como la del Ministerio Público. A este respecto, subraya la obligación que tenía el órgano acusador de proporcionar mayores datos para localizar al testigo, derivada de "la responsabilidad que tiene de sustentar la imputación, y posterior acusación, en elementos de prueba eficaces e idóneos", en lugar de simplemente "presentar pruebas que él mismo desahogó sin el aporte de elementos que permitan su posterior contradicción". La conclusión es que "la falta de desahogo del testimonio ante el juez de la causa no está justificada, en virtud de que la búsqueda del testigo no fue exhaustiva y no está probada la imposibilidad jurídica de desahogar esta prueba en debido contradictorio".

[8] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3007/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 27 de mayo de 2015.

[9] Así, se señala que "la no comparecencia de un testigo a rendir o ratificar su declaración supone que el imputado no pueda realizar ninguna de las estrategias defensivas que cabe practicar en esos casos para atacar la *credibilidad* de la evidencia testimonial: (i) ya sea cuestionar la *forma en la que el testigo adquirió el conocimiento* sobre los hechos que depone, de tal manera que se aclare si se trata de un conocimiento personal, de referencia o inferencial; o (ii) cuestionar la *credibilidad de los atributos de la declaración*, lo que puede llegar a poner en duda la *veracidad* del testimonio (argumentar que el testigo declara en contra de sus creencias), la *objetividad* de aquello que el testigo dice creer (argumentar que el testigo no formó sus creencias sobre los hechos que declara de acuerdo con un entendimiento objetivo de la evidencia que

específica al artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y se citan dos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).[10] Por el otro, llama la atención que, al transcribir buena parte de los fundamentos del fallo pionero, la SCJN omita toda referencia a las excepciones que allí había considerado admisibles.

En el ADR 3623/2014[11] la SCJN también debía analizar un caso en el cual uno de los agravios constitucionales consistía en la imposibilidad de interrogar a tres de los testigos de cargo, que no habían podido ser localizados. La Corte se pronunció del mismo modo que en el ADR 3007/2014: no aclaró si la imposibilidad de localizar a los testigos era o no una razón atendible para excepcionar el derecho previsto en el artículo 8.2.f de la CADH, ni emprendió un análisis similar al del AD 14/2011 a este respecto. Sin embargo, la sentencia trae como novedad un párrafo donde se indica, sin mayor desarrollo, que "esos testimonios no deben considerarse prueba de cargo válida",[12] además de algunas citas de otros precedentes de la Corte IDH sobre aspectos generales del derecho examinado. Ese peculiar señalamiento, así como el recorte de los párrafos referidos a las excepciones admisibles, sembraban serias dudas acerca de si la SCJN se apartaría del criterio inicialmente fijado en el AD 14/11.

---

percibió con sus sentidos) o la *calidad de la observación* en la que se apoyó la declaración (argumentar que las capacidades sensoriales del testigo no son óptimas, que el estado físico de éste al momento de percibir los hechos no era el más adecuado para esos efectos o que las condiciones en las que percibió esos hechos lo hacen poco fiable)" (énfasis del original).

[10] En el AD 14/11 la argumentación se había construido a partir de los principios de inmediación y contradicción. Sin que ese análisis se abandone en el AD 3007/2014, la Corte ahora introduce la referencia normativa específica al "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos". En la medida en que la Corte IDH es la última intérprete de los derechos reconocidos en la CADH, es razonable que la SCJN buscase apoyarse en la jurisprudencia de ese tribunal internacional. No obstante, ninguno de los pronunciamientos citados resuelve el problema de los testigos no disponibles y esto explica el carácter más bien general de las referencias. Como veremos, en precedentes posteriores la SCJN acudiría a la vasta jurisprudencia del TEDH en materia de interpretación del artículo 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[11] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3623/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de agosto de 2015.

[12] Se señala apenas que "esos testimonios no deben considerarse prueba de cargo válida porque su utilización en una sentencia condenatoria no sólo vulnera el derecho a interrogar a los testigos de la acusación, sino también supone la incorporación al proceso de pruebas de cargo inválidas que no cumplen con las garantías de inmediación y contradicción".

Esa incertidumbre duraría poco. En febrero de 2016, la SCJN resolvió el ADR 4086/2015[13] e hizo explícito, nuevamente, que admitiría excepciones razonables al derecho de interrogar a los testigos de cargo. A la par, no obstante, procuró enfatizar el carácter restrictivo de tales supuestos e introdujo algunas consideraciones novedosas de importancia.

En ese caso, el amparista había sido condenado como autor de los delitos de secuestro agravado, portación de arma de fuego y posesión simple de marihuana. Al advertir que los oficiales de un operativo preventivo de seguridad pública le indicaban que se detuviese, el inculpado dio vuelta en "u" para alejarse del lugar, lo que ocasionó que se iniciara su persecución y detención. Los funcionarios le indicaron que descendiera, y tras una revisión personal y del vehículo, advirtieron la existencia de un arma de fuego y de marihuana. A su vez, escucharon una llamada de auxilio que provenía del baúl del automóvil, donde encontraron a una persona amordazada. Al ser liberada, esta persona identificó allí a su captor y señaló que éste lo había privado de su libertad, con un arma de fuego, y le había exigido una suma de dinero. En el amparo, la defensa señalaba que la víctima no había comparecido ante el juez, ya que no había sido localizada, y alegaba que los tribunales no debieron considerar su declaración previa no confrontada y que las demás pruebas eran insuficientes para derrotar la presunción de inocencia en relación con el delito de secuestro. El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito rechazó el planteamiento con el argumento central de que la defensa no había solicitado la "ratificación" de la declaración de la víctima ante el juez.

Al revisar ese fallo, la SCJN indicó que el criterio del Tribunal Colegiado no era "del todo compatible" con lo que esa Corte había resuelto en los precedentes sobre el tema. En particular, señaló que esa postura implicaba invertir la carga de la prueba: no era la defensa quien debía reclamar el desahogo del testimonio de la víctima; por el contrario, la carga de producir en el juicio la prueba que sustentaba la acusación correspondía al Ministerio Público, como derivación del principio de inocencia, en su vertiente de regla probatoria.

[13] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4086/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 10 de febrero de 2016.

Además de fijar este criterio, y de recordar los precedentes ya examinados, la Corte se refirió a la entrada en vigor de la reforma constitucional del año 2008 y del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), que para entonces era inminente,[14] y, a su vez, avanzó en cierta medida sobre la delimitación de las excepciones o restricciones razonables al derecho de interrogar a los testigos.

En cuanto a lo primero, se hizo referencia al "Nuevo Sistema de Justicia Penal" y se recordó que el texto reformado del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) prevé los principios de publicidad, contradicción e inmediación, que rigen la práctica de las pruebas, de manera tal que —una vez entrada en vigor esa reforma— toda prueba aportada por el Ministerio Público en el juicio debería respetarlos "para poder considerarse prueba de cargo válida al momento de la valoración probatoria". En el mismo sentido, y con referencia al artículo 20, apartado B, fracción III, se remarcó que en el nuevo sistema penal "sólo los elementos de convicción aportados ante el juez con la intervención de las partes, tendrán el carácter de pruebas para poder sustentar una sentencia condenatoria".[15]

En lo que respecta a lo segundo, la SCJN aclaró que el "acuerdo" o "consentimiento" de las partes sobre el contenido de una prueba constituye una "justificación

[14] Se refería, por supuesto, a la llamada Reforma Constitucional en materia de Seguridad Pública y Justicia Penal, aprobada el 18 de junio de 2008. *Cf*. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF, 18 de junio de 2008). El artículo transitorio segundo de ese Decreto estableció que el sistema procesal penal acusatorio previsto en la reforma entraría en vigor "cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años", y puso en cabeza de la Federación, los Estados y el Distro Federal el deber de "expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio". En busca de hacer efectivo el proceso de reforma, el 8 de octubre de 2013 se introdujo otra reforma constitucional, esta vez al artículo 73, fracción XXI, de la Constitución, que autorizaba al Congreso a expedir, *inter alia*, la "legislación única en materia procedimental penal". *Cf*. Decreto por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (DOF, 8 de octubre de 2013). Esa legislación "única" en materia de procedimiento penal se plasmaría en el Código Nacional de Procedimientos Penales (DOF, 5 de marzo de 2014), que rige en todo el país a partir del 18 de junio de 2016. Sobre estos aspectos del proceso de reforma y las discusiones históricas sobre la unificación de la legislación procesal y de fondo, puede consultarse García Ramírez (2014).

[15] El artículo 20, apartado B, fracción III, al que se refiere la Corte, reza: "Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo".

para no someter[la] al contradictorio" e introdujo novedades de importancia vinculadas con la interpretación de las restricciones razonables al derecho del inculpado de interrogar a los testigos de cargo cuando no existe tal acuerdo de partes. En primer lugar, la Corte reconoce que "existen diversos factores que cotidianamente ocurren en los procesos que impiden que las pruebas desahogadas en la etapa ministerial puedan ser materialmente sometidas al contradictorio de las partes ante el juez". En segundo lugar, la enumeración de estos supuestos ahora incluye no sólo los casos de "muerte de las personas cuyas declaraciones han sido controvertidas en el proceso" y de quienes "por enfermedad física o psicológica se encuentren impedidos" de declarar ante el tribunal, sino también los casos en los que es "imposible que [los testigos] sean localizados para lograr su comparecencia al juicio". En tercer lugar, se enfatiza que esos supuestos excepcionales "deben estar completamente acreditados" y se incorpora como factor relevante el análisis de la conducta de la autoridad que recibió la declaración en la etapa investigativa. En cuarto lugar, se añade que, cuando se presente uno de esos supuestos, "es necesario efectuar diligencias alternativas como es el caso de careos supletorios que permitan al juzgador escudriñar sobre la existencia del delito o la responsabilidad penal con base en el testimonio del ausente que es controvertido en el proceso".

Por último, la SCJN introduce brevemente una consideración adicional para los casos en los cuales se constate una infracción al derecho. En palabras del Alto Tribunal, en tal supuesto "deberá determinar si debe o no reponerse el procedimiento para reparar esa situación, o bien, si prescindiendo de esa prueba, atendiendo a una valoración del restante caudal probatorio, el hecho o circunstancia que se controvierte se encuentra comprobada o no con otros elementos de convicción".

2. Desde el otro lado del Atlántico: la *sole or decisive rule* entra en escena

Apenas unos meses más tarde, la SCJN resolvió el ADR 3048/2014,[16] en una sentencia que modificaría significativamente la forma de pensar el asunto. En este caso,

[16] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3048/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 24 de agosto de 2016.

el amparista había sido condenado como coautor del delito de secuestro agravado. Según se reconstruyó en la sentencia de primera instancia, circulaba con otros sujetos en un automóvil, con el que le cerraron el paso al vehículo de la víctima, a quien luego redujeron mediante el empleo de armas de fuego. Momentos más tarde, un policía de tránsito recibió una comunicación vía radio acerca de la probable comisión de un secuestro, en el que se le informaban las marcas y características de los vehículos involucrados. En consecuencia, efectivos de policía se dirigieron al lugar de los hechos y, al identificar al vehículo que, de acuerdo con lo reportado, conducía la víctima, iniciaron su persecución y, finalmente, detuvieron al amparista. Después de algunas horas, el damnificado fue liberado y acudió a las oficinas del Ministerio Público a fin de denunciar, donde el imputado ya estaba detenido.

En el amparo, la defensa se quejaba, *inter alia,* de que en la averiguación previa no le había sido posible interrogar al denunciante y en la etapa jurisdiccional no se había logrado su comparecencia, y destacaba, además, que se había tratado de un testigo único. En su revisión del criterio del Tribunal Colegiado,[17] la Corte reitera lo desarrollado en los precedentes antes reseñados, pero añade importantes novedades. Para empezar, señala que, si bien en el ADR 4086/2015 se había admitido como una razón atendible la imposibilidad de localizar al testigo, era hora de tratar con mayor profundidad las condiciones y límites bajo los cuales dicha excepción opera. Al emprender esta tarea, se incorporan por primera vez referencias a la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos y, especialmente, al TEDH.[18] En el caso de la Corte norteamericana, la referencia se limita a un párrafo, donde se menciona el criterio fijado en *Crawford v. Washington*[19] y se

[17] El Quinto Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito había rechazado esa alegada violación del artículo 8.2.f de la CADH con el argumento de que no se había logrado la localización del testigo, lo que permitía introducir la declaración previa, y que esta había sido "recabada con las formalidades de la legislación procesal penal y en forma por demás cercana a los hechos".

[18] En este sentido, la SCJN señala que "acudir al trabajo analítico realizado en otras jurisdicciones nos permite representarnos de mejor modo cuáles son los derechos y principios que están en juego cuando hablamos del derecho a interrogar testigos y de la pertinencia de admitir, como una excepción, la imposibilidad de localizarles".

[19] *Crawford v. Washington,* 541 U.S. 36 (2004). Con cita de este fallo, la SCJN indica que "en Estados Unidos de Norteamérica, la Suprema Corte ha interpretado la sexta enmienda de su Constitución en un sentido notablemente estricto. Para este tribunal, lo que en nuestra jurisdicción llamaríamos `testimonio

señala que este precedente significó un cambio de rumbo respecto de la línea trazada por *Ohio v. Roberts.*[20] En cambio, la SCJN examina más detenidamente la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[21] y, más importante aún, acaba adoptando la llamada *sole or decisive rule* (regla del testimonio único o decisivo) como criterio interpretativo propio sobre los alcances del derecho de interrogar a los testigos de cargo y sus restricciones admisibles.

En lo que ahora interesa, la SCJN emplea las palabras del TEDH y admite que la imposibilidad de obtener la comparecencia de un testigo constituye, en principio, una "buena razón" para excepcionar el criterio según el cual la evidencia debe normalmente producirse en presencia del acusado, en una audiencia oral y con miras al debate contradictorio. Sin embargo, enfatiza que, para que se trate efectivamente de una "buena razón", se deben hacer esfuerzos serios para intentar localizar al testigo,[22] la imposibilidad de comparecencia no debe ser el fruto de la negligencia o irresponsabilidad del Ministerio Público[23] y la carga de

de oídas´ *(hearsay)* es simplemente inadmisible y el derecho del inculpado a confrontar a los testigos de cargo no admite excepciones articuladas a través de un lenguaje amplio, susceptible de interpretación. A su juicio, el respeto al derecho a confrontar testigos *no* está sujeto a criterios ponderables sobre, por ejemplo, la fiabilidad de la declaración cuya admisión se cuestiona, ni depende de las reglas que rigen el ámbito de la evidencia (*evidence law*) ya que —en sus propias palabras— el único indicio de fiabilidad suficiente para satisfacer lo que la Constitución exige es, precisamente, la confrontación". Y aclara, al pie, que en *Crawford* "la Corte señaló que el lenguaje de la Constitución no sugería alguna excepción que las cortes pudiesen desarrollar y que, en todo caso, son solo válidas aquellas excepciones que ya se establecían cuando se creó la enmienda; por ejemplo, declaraciones realizadas cuando la persona está por fallecer".

[20] *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980). En palabras de la SCJN, de acuerdo con la línea jurisprudencial trazada en *Roberts*, "el derecho a confrontar testigos podía ser satisfecho si la evidencia cumplía con un estándar de fiabilidad".

[21] De manera muy similar al artículo 8.2.f de la CADH, el artículo 6.3.d del CEDH prevé el derecho del acusado "a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra".

[22] En palabras de la SCJN, "el Ministerio Público, por el interés que tiene en perseguir y aportar datos que apoyen su acusación, es quien debe hacer todo lo posible y agotar los medios legítimos a su alcance para lograr que los testigos de cargo que él ofrece estén en condiciones de comparecer". No obstante, la Corte aclara que "esto de ninguna manera debe entenderse el sentido de que el juzgador está impedido para utilizar sus facultades legales y constitucionales con el fin de facilitar la ubicación y consecuente comparecencia de los testigos".

[23] Se señala que "si el Ministerio Público es absolutamente negligente en el cumplimiento de su obligación de obtener […] la comparecencia del testigo que como prueba desea ofrecer, el juez no puede tomar el dicho de éste en consideración", y también que "ante una actitud inobjetablemente pasiva o negligente

probar que se han agotado las medidas de búsqueda razonables corresponde a ese órgano.[24]

A la exigencia de que concurra una razón atendible, la SCJN añade el segundo paso del test tomado de la jurisprudencia del TEDH. En síntesis, se establece este criterio:

> […] una declaración hecha por un testigo ausente puede válidamente ser admitida como prueba, siempre que (i) el Ministerio Público demuestre, con argumentos explícitos, que realizó un genuino esfuerzo en localizar al testigo cuyo dicho quería probar y que tuvo una buena razón para no localizarlo y (ii) que el dicho del testigo no localizado no sea la base única de la cual depende la condena.[25]

Por último, en este precedente se presenta la particularidad de que la SCJN sugiere la existencia de un posible vínculo o relación entre la corrección de la interpretación de las cláusulas constitucionales y convencionales y el diseño del sistema de enjuiciamiento. En efecto, aunque la Corte indica que "el respeto al derecho de confrontación no es una exigencia exclusivamente aplicable a un sistema oral o adversarial", al mismo tiempo señala que la interpretación propuesta en esa sentencia deriva del texto constitucional previo a la reforma constitucional de 2008, que era el aplicable al caso, y anuncia que "en un sistema genuinamente adversarial, hacia el cual el Constituyente impone dirigirnos, resultaría necesario

por parte del Ministerio Público para obtener la comparecencia de los testigos de cargo, es claro que el juez estaría imposibilitado para otorgar valor probatorio a una declaración rendida solo ante el Ministerio Público en la fase de la averiguación previa".

[24] Así, "para que esa excepción opere válidamente, el Ministerio Público tiene que probar fehacientemente que ha intentado cumplir con esta obligación a su cargo; tiene que probar que ha realizado un esfuerzo de buena fe para lograr tal comparecencia, ya que —por el principio de presunción de inocencia— la falla en la localización del testigo, juega en su perjuicio". En cuanto a la entidad de los esfuerzos de búsqueda, la SCJN simplemente indica que existen "diferentes mecanismos" que pueden utilizarse para lograr ubicar a un testigo, entre los cuales "está la posibilidad de solicitar información a las instituciones públicas del país que, en su respectivo ámbito de competencia formal y material, tengan facultad para hallar información relacionada con la ubicación de las personas cuyo testimonio se requiere".

[25] En el pasaje citado se hace referencia a "la base única de la cual depende la condena". No obstante, en otros pasajes se usan otras fórmulas: "evidencia *sine qua non* para la subsistencia de la acusación", o bien declaraciones sin las cuales "la acusación simplemente colapsa". Sobre las dificultades para precisar en qué consiste el carácter "decisivo" o "dirimente" de un testimonio en la jurisprudencia del TEDH, véase *infra* apartado III.3.

replantearnos el alcance de la excepción al derecho de confrontación basada en la imposibilidad de localizar testigos".

3. La reforma acusatoria y la retórica del "cambio de paradigma": ¿confrontación a cualquier precio?

El "replanteo" de la cuestión que la Corte adelantaba en el ADR 3048/2014 no tardaría demasiado en presentarse. En el primer semestre de 2018, en efecto, la SCJN tuvo oportunidad de expedirse nuevamente sobre la legitimidad de ciertas restricciones al derecho de interrogar a los testigos de cargo, en los ADR 243/2017[26] y 2308/2016.[27]

En el primer caso, el amparista había sido condenado como coautor del delito de robo agravado. Según la sentencia de condena, él y otro sujeto, a bordo de una camioneta, le cerraron el paso a otro vehículo, se bajaron, redujeron a los dos damnificados mediante amenazas con una navaja y emprendieron la huida a bordo de esa camioneta. Sin embargo, el tráfico dificultó la fuga y dio oportunidad a las víctimas para pedir auxilio, de modo que los coautores fueron aprehendidos. Los dos damnificados no pudieron ser localizados para el juicio y, de conformidad con lo que autorizaba el artículo 374, fracción II, inciso d), del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, se incorporaron por lectura sus declaraciones previas.

En el segundo caso, el amparista había sido condenado como autor del delito de violación agravada —por haberse cometido contra una menor de quince años— en grado de tentativa. Según la sentencia, el acusado interceptó a la niña en la vía pública y la llevó por la fuerza a un terreno baldío, donde la tiró al suelo, se puso encima de ella y comenzó a tocarla, para luego tomarla de la cadera con sus dos

[26] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 243/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 10 de enero de 2018.
[27] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2308/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 20 de junio de 2018.

manos pretendiendo introducir su pene en la vagina de la menor. Un testigo, también menor de edad, se dio cuenta de lo que sucedía y le gritó al agresor que soltase a la víctima, ante lo cual se levantó y se escondió en el interior de una construcción en obra ubicada al lado del terreno, lugar en el que fue detenido más tarde por la policía. En el juicio, la entrevista de este testigo fue incorporada mediante lectura, debido a la negativa de su padre a que concurriese a declarar, que el juez consideró ajustada al artículo 374, fracción II, inciso g), del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Ese inciso preveía la posibilidad de incorporar por lectura las "declaraciones de testigos, víctimas, peritos o coimputados, cuando por la gravedad de los hechos delictuosos, se advierta la negativa de aquéllos".

Las sentencias de la SCJN en estos dos casos pueden analizarse conjuntamente, puesto que sus fundamentos son prácticamente idénticos y en ambos se declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones cuestionadas por considerárselas violatorias de los principios de inmediación y contradicción, previstos en el artículo 20 de la CPEUM, según la reforma introducida en el año 2008. Esto significó una ruptura radical con el criterio que la SCJN venía manteniendo.

Varios aspectos de estos fallos son dignos de mención. Por un lado, una omisión es particularmente llamativa: se suprimen todas las referencias a la jurisprudencia del TEDH, que antes habían sido claves para la adopción del criterio inspirado en la *sole or decisive rule*. Por el otro, el cambio de criterio permanece en muy buena medida injustificado. Al parecer, la única razón que podría explicar este nuevo rumbo sería la entrada en vigor de la reforma constitucional aprobada en 2008 que, como se ha visto, modificó el artículo 20 de la CPEUM.[28] En las dos

[28] Las sentencias dictadas en los ADR 243/2017 y 2308/2016 contienen varios pasajes dedicados a explicar los principios de inmediación y contradicción, pero esto es algo que ya había sido objeto de análisis en pronunciamientos previos y, por supuesto, no contesta por sí mismo a la pregunta acerca de las excepciones o restricciones razonables a esos principios, que era precisamente la que se planteaba en tales casos. En lo que respecta al principio de contradicción, la SCJN señala que este encuentra su fundamento en los artículos 14, párrafo segundo, y 20, fracciones III, primera parte, y IV, segunda parte, de la CPEUM, y que "se manifiesta desde dos diferentes vertientes complementarias: como un derecho de defensa y como una garantía en la formación de la prueba". La primera vertiente del principio, se dice, asegura a las partes —"todas y no nada más el acusado", aclara la Corte— una "razonable oportunidad de hacer oír sus argumentos y ofrecer sus pruebas, así como la de refutar y controlar las del adversario"

sentencias, la SCJN se refiere a un "cambio de paradigma" iniciado con la instauración del "Nuevo Sistema de Justicia Penal", de tendencia acusatoria, y afirma, con base en el texto de esa disposición, que verdaderas "pruebas", a los fines del dictado de la sentencia, son sólo aquellas desahogadas en el juicio. A este respecto, se señala en estos precedentes que:

> […] en el esquema adversarial, sólo puede ser considerada prueba testimonial aquella información que el sujeto de prueba vierte oral, personal y directamente ante el juez o tribunal de enjuiciamiento, en la audiencia de juicio (salvo que se trate de prueba anticipada), con oportunidad a que la contraparte del oferente de la prueba someta al declarante al escrutinio de un ejercicio contradictorio que le permita controvertir la credibilidad de su testimonio, a fin de garantizar que los hechos del proceso no se demuestren a cualquier costo y por cualquier medio, sino sólo a través de pruebas obtenidas con pleno respeto a los derechos fundamentales y principios que rigen al Nuevo Sistema de Justicia Penal.

4. Recalculando: de nuevo al camino trazado por el TEDH

En los dos últimos precedentes, como vimos, la regla del testimonio único o decisivo y, en general, la jurisprudencia del TEDH, habían sido relegados al olvido.

---

y "niega la posibilidad de que exista prueba oculta"; por ende, "las pruebas practicadas a espaldas de las partes, que se conserven en secreto o que sean conocidas solamente por el juez antes de la sentencia, carecerán de valor probatorio, por vulnerar el derecho de defensa de la parte a quien perjudique". En su segunda vertiente, aplicable a la producción de la prueba testimonial, "el principio exige que la contraparte del oferente de la prueba —en una audiencia pública— tenga la oportunidad de contrainterrogar al sujeto de prueba sobre el contenido de sus afirmaciones, con el propósito de controvertir la credibilidad de su testimonio". Sobre el principio de inmediación, previsto en el artículo 20, apartado A, fracción II de la CPEUM, la Corte recuerda el criterio fijado en la Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 492/2017 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 15 de noviembre de 2017), donde se distinguen sus distintas facetas y, en particular, se indica: "en la producción de las pruebas personales, la presencia del juez en la audiencia le proporciona las condiciones óptimas para percibir una serie de elementos que acompañan a las palabras del declarante, esto es, componentes paralingüísticos como el manejo del tono, volumen o cadencia de la voz, pausas, titubeos, disposición del cuerpo, dirección de la mirada, muecas, sonrojo, etcétera. De manera que el juez gracias a su inmediación con la prueba, le permitirá formarse una imagen completa del contenido y exactitud de lo expuesto". A la luz de los estudios de las últimas décadas en psicología del testimonio, este último criterio es ciertamente cuestionable. Véase *infra*, nota 91.

Pero esto no duraría demasiado. En el ADR 2929/2018,[29] decidido a fines de 2018, la SCJN se enfrentó con un planteamiento similar, en un caso donde el acusado había sido condenado por privar de la vida a dos personas y atentar contra la vida de otra. Entre las pruebas de cargo, se había considerado la declaración, recabada durante la etapa de investigación e incorporada por lectura, de una testigo que había fallecido para el momento de la audiencia de juicio. En el amparo, la defensa reclamaba que se declarase la inconstitucionalidad del artículo 376, fracción IV, de la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato, que autorizaba la introducción por lectura de las declaraciones previas de testigos que hubieran fallecido, por ser contrario a los principios de inmediación y contradicción, y citaba en apoyo, como era esperable, lo resuelto en el ADR 243/2017.

La SCJN, sin embargo, afirmó que el supuesto normativo cuestionado configuraba "una excepción a los invocados principios de inmediación y contradicción". De acuerdo con este precedente, el fallecimiento del testigo constituye una "buena razón", dado que "se trata de una contingencia insuperable material y jurídicamente". No obstante, para que pueda afirmarse la constitucionalidad de la norma examinada no basta con constatar que el supuesto allí previsto constituye una "buena razón" para la incorporación por lectura del testigo no disponible. Aquí la Corte vuelve a lo establecido en el ADR 3048/2014[30] y, con la *sole or decisive rule* como guía, indica que la incorporación de la declaración previa es constitucionalmente válida sólo cuando ese testimonio "no constituya el principal elemento de prueba para justificar la sentencia de condena", o bien cuando "el acusado haya contado con la oportunidad de interrogar o contrainterrogar el testimonio de cargo en algún momento de las etapas previas a la audiencia de juicio oral".

Como se puede apreciar, mientras que las sentencias dictadas en los ADR 243/2017 y 2308/2016 implicaron una abrupta y, en buena medida, inexplicada ruptura con la línea jurisprudencial previa, la sentencia recaída al ADR 2929/2018 volvió a la

[29] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2929/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 28 de noviembre de 2018.
[30] La Corte efectivamente cita los fundamentos del ADR 3048/2014 y, en esta medida, vuelve a apoyarse decididamente en la jurisprudencia del TEDH, aunque con la particularidad de que, ahora, pasa revista de una serie de pronunciamientos específicos.

senda original y mostró, como en el ADR 3048/2014, una indisimulada deferencia al criterio del Tribunal de Estrasburgo. Curiosamente, sin embargo, la SCJN reproduce entre los fundamentos del fallo la posición adoptada en los ADR 243/2017 y 2308/2016. En la medida en que la Corte no dice abandonar la línea de esos dos fallos, podría aventurarse que la diferencia estaría en la índole del motivo que impide la comparecencia del testigo a juicio. Pero en tal caso quedaría pendiente una explicación —que parece difícil de dar— de por qué la imposibilidad de localizar a un testigo o el temor de un testigo menor de edad en caso de delitos graves no serían también "buenas razones", al menos bajo ciertas circunstancias.

Por último, en el ADR 622/2019,[31] resuelto a comienzos de 2020, la defensa de quien había sido condenado como autor de secuestro agravado también cuestionaba, en su demanda de amparo, la incorporación por lectura de ciertas declaraciones previas de testigos que no habían podido ser localizados para el debate. La sentencia de la SCJN no agrega nada nuevo respecto de los precedentes ya examinados: simplemente aclara que al caso era aplicable la normativa constitucional previa a la reforma del año 2008 y reproduce los fundamentos del citado ADR 3048/2014.

III. El influyente test del TEDH: aspectos problemáticos, críticas y transformaciones

1. La *sole or decisive rule*: consideraciones generales

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el derecho de examinar o hacer examinar a los testigos de cargo, reconocido en el artículo 6.3.d del Convenio Europeo, constituye un aspecto específico del derecho al debido proceso (*fair trial hearing*) previsto en el parágrafo 1 de esa misma cláusula. Por ende, ese derecho específico debe ser tenido en consideración en todo análisis acerca de si el proceso judicial ha sido justo. En este sentido, el TEDH ha indicado reiteradamente que

[31] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 622/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 22 de enero de 2020.

su preocupación principal bajo el artículo 6.1 es precisamente la de evaluar de modo comprensivo la justicia del procedimiento criminal. En esta tarea, el Tribunal de Estrasburgo mira al proceso judicial doméstico "como un todo", considerando los derechos de la defensa, pero también el interés general y el de las víctimas a que los crímenes sean debidamente perseguidos y, en su caso, los derechos de los testigos.[32]

En este contexto, el artículo 6.3.d del CEDH consagra el principio según el cual, antes de que un acusado pueda ser condenado, todas las pruebas en su contra deben normalmente presentarse en una audiencia pública donde él pueda estar presente, y donde tendrá lugar el debate contradictorio entre las partes. Se señala que este principio admite excepciones, pero éstas no deben infringir los derechos de la defensa que, por regla general, exigen que se le otorgue al imputado una oportunidad adecuada y útil para cuestionar e interrogar a un testigo de cargo, ya sea cuando ese testigo presta su declaración o en una etapa posterior del procedimiento.[33]

De ese criterio general el TEDH extrajo tradicionalmente dos requerimientos específicos. En primer término, la incomparecencia de un testigo de cargo a esa audiencia pública debe estar justificada por una *buena razón*. Pero eso no basta: aunque concurra una razón atendible, los derechos de la defensa se verán restringidos en una medida incompatible con las exigencias del artículo 6 cuando la condena se base *únicamente o en grado decisivo* en declaraciones prestadas por personas a quien el acusado no hubiera tenido oportunidad de interrogar o hacer interrogar, ya sea durante la etapa investigativa o en el juicio. Esa es precisamente la llamada *sole or decisive rule,* en su versión original. Su germen se encuentra ya en *Unterpertinger c. Austria,*[34] pero fue en *Doorson c. Países Bajos* donde el Tribunal sostuvo por primera vez que, incluso cuando hay una justificación razonable

[32] TEDH, Gran Sala (GS), *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, nos. 26766/05 y 22228/06, 15 de diciembre de 2011, §118; GS, *Taxquet c. Bélgica*, no. 926/05, 16 de noviembre de 2010, §84; GS, *Gäfgen c. Alemania*, no. 22978/05, 1° de junio de 2010, §175.
[33] TEDH, *Isgrò c. Italia*, no. 11339/85, 19 de febrero de 1991, §34; *Saïdi c. Francia*, no. 14647/89, 20 de septiembre de 1993, §43; *Solakov c. "ex República Yugoslava de Macedonia"*, no. 47023/99, 31 de octubre de 2001, §57; GS, *Al-Khawaja*, §§118-119.
[34] TEDH, *Unterpertinger c. Austria,* no. 9120/80, 24 de noviembre de 1986, §33.

para la incomparecencia al juicio de un testigo, la condena basada única o decisivamente en la declaración previa de dicho testigo resulta contraria al debido proceso.[35]

La jurisprudencia de Estrasburgo en esta materia ejerció, como era esperable, una marcada influencia en los países que son parte en el Convenio Europeo y daría lugar, lustros después de su creación, a enérgicas disputas con la Suprema Corte del Reino Unido. Ese intercambio de argumentos condujo a que el TEDH se hiciera eco de algunas de las críticas sobre el funcionamiento de la *sole or decisive rule*, a través de un pronunciamiento histórico de su Gran Sala en *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido.*[36]

La influencia de la regla, a su vez, se extendió más allá de los confines del viejo mundo. Del otro lado del Atlántico, la jurisprudencia del TEDH ha sido tenida en consideración, en mayor o menor medida, por varias de las altas cortes de justicia de la región,[37] preocupadas por encontrar un balance razonable en la interpretación del artículo 8.2.f de la CADH, cuya redacción es muy similar a su equivalente europea. A este uso "directo" de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo seguramente contribuyó el muy limitado tratamiento dado por la Corte IDH al derecho en cuestión, en general, y al problema específico que plantean los supuestos

[35] TEDH, *Doorson c. Países Bajos*, no. 20524/92, 26 de marzo de 1996, §76. Véase, asimismo, *Lucà c. Italia*, no. 33354/96, 27 de febrero de 2001, §§40-45; *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido,* nos. 26766/05 y 22228/06, 20 de enero de 2009*,* §§36-37. Para un análisis crítico y riguroso de la vasta jurisprudencia del TEDH hasta el primer *Al-Khawaja* (2009), consúltese [2009] UKSC 14, §§63-105 y Anexos 2 y 3 a la sentencia. Antes había emprendido esa misma tarea la División Penal de la Corte de Apelaciones británica: [2009] EWCA Crim 964, §§30-58. En doctrina pueden consultarse Jackson y Summers (2012, pp. 337 y ss.); Spencer (2014, pp. 43 y 56-57, con el señalamiento —que hago mío— de que la lista de casos es hoy demasiado grande para incluirla en una nota al pie).

[36] Como veremos luego, el TEDH indicó que, más que como una "regla inflexible", la *sole or decisive rule* debía ser comprendida como un "principio"; la flexibilización se produjo por obra de un tercer "paso" que se suma al test: la existencia de los llamados factores de contrapeso o contrabalanceo. El ciclo de reformas se completaría años más tarde, en *Schatschaschwili c. Alemania* (GS, no. 9154/10, 15 de diciembre de 2015). Allí la Corte intenta aclarar algunos aspectos todavía oscuros del test; en particular, la relación entre los componentes que lo integran.

[37] Además del caso mexicano, véanse, a modo de ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Benítez", 12 de diciembre de 2006, Fallos: 329:5556, §§11-14; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-537/06, 12 de julio de 2006, §V.5.1.

de testigos no disponibles, en particular.[38] La SCJN no ha sido la excepción a esta tendencia. Como vimos, a partir de la sentencia dictada en el ADR 3048/2014 ese Alto Tribunal no sólo incluyó en sus precedentes una explícita referencia a la *sole or decisive rule* europea como un criterio interpretativo autorizado, sino que hizo propia esa interpretación de los alcances del derecho, vinculándolo con los principios de inmediación y contradicción.

Justamente por esta razón resulta de utilidad ofrecer una síntesis de esa jurisprudencia, lo cual permitirá, a la vez, examinar con espíritu crítico ciertos aspectos de la regla del testimonio único o decisivo, comprender las razones que han llevado al TEDH a modificarla sensiblemente a partir de *Al-Khawaja* y, en el último apartado de este trabajo, trazar algunas comparaciones con los precedentes de la SCJN.

2. Una pregunta "preliminar": ¿qué razones son buenas razones?

De acuerdo con lo antes señalado, la práctica de la prueba testifical debe ocurrir en el juicio y las autoridades estatales deben hacer todos los esfuerzos razonables para asegurar la comparecencia de los testigos a la audiencia. Por tanto, cuando un testigo no se presenta, se torna obligada la tarea de evaluar si esa ausencia está justificada. En este contexto, la exigencia de que exista una "buena razón" que explique la incomparecencia del testigo y justifique la decisión de incorporar la declaración previa es una cuestión que debe examinarse "preliminarmente".[39]

[38] En referencia al artículo 8.2.f de la CADH, Salmón y Blanco señalan que "[e]n la jurisprudencia de la Corte [IDH] encontramos escasos pronunciamientos en los que se ha aplicado esta disposición, en los cuales no se hace un desarrollo del alcance de esta" (2012, pp. 289 y ss., con cita de algunos precedentes). Más tarde, la Corte IDH tendría oportunidad de pronunciarse sobre los problemas específicos que plantean los testigos de identidad reservada en el *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279, §§231-261. El Tribunal de San José, en líneas generales, siguió la jurisprudencia de su par europeo. Lo señalado en el §247 de esa sentencia (*i.e.* que "[i]ncluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada"), sin embargo, invierte el sentido del test de tres pasos formulado por la Gran Sala del TEDH a partir de 2011 en *Al-Khawaja*, que desarrollaré en los próximos apartados. La ausencia de desarrollo argumental a este respecto impide saber si se trata de una cuestión que ha pasado inadvertida, o si —en cambio— la Corte IDH ha preferido distanciarse en ese aspecto del camino trazado desde Estrasburgo. Sólo ulteriores pronunciamientos podrán aclararlo.

[39] TEDH, GS, *Al-Khawaja*, §120.

Incluso en casos donde no se trataba de un testimonio único o decisivo, el TEDH consideró que se había infringido el artículo 6.3.d del Convenio debido a que los tribunales domésticos no aportaban razones atendibles para justificar la restricción al derecho que deriva de la incomparecencia del testigo.[40] Pero esto no ha sido así de manera invariable: en otras oportunidades, se consideró que la falta de una buena razón que justificase la ausencia no era concluyente para declarar una violación al debido proceso si era patente que el testimonio no incidía significativamente en el resultado del caso.[41]

Estos vaivenes, sumados a la afirmación de la Gran Sala en *Al-Khawaja* acerca de que la pregunta por la existencia de una buena razón era una "preliminar", que antecedía a toda consideración sobre la decisividad del testimonio, exigirían un segundo pronunciamiento de la Gran Sala, dictado algunos años después. En *Schatschaschwili c. Alemania* el TEDH aclararía el punto, con dos señalamientos. Por un lado, que la palabra "preliminar" debía ser entendida en un sentido cronológico y solamente quería decir que un tribunal de juicio debe primero decidir si existe una buena razón para la incomparecencia del testigo y, con ello, si la declaración previa debería ser admitida. Sólo una vez que la declaración fue incorporada, el tribunal doméstico estará en condiciones de evaluar, al final del juicio y teniendo en cuenta toda la prueba producida, cuán significativa es la información aportada por el testigo no disponible y, en particular, si se trata del fundamento único o determinante de la condena.[42] Por el otro, el TEDH señaló algo bastante más importante: la falta de una buena razón para la ausencia de un testigo

[40] Véanse, por ejemplo: *Lüdi c. Suiza*, no. 12433/86, 15 de junio de 1992; *Mild y Virtanen c. Finlandia*, nos. 39481/98 y 40227/98, 26 de julio de 2005; *Bonev c. Bulgaria*, no. 60018/00, 8 de junio de 2006; *Pello c. Estonia*, no. 11423/03, 12 de abril de 2007; *Rudnichenko c. Ucrania*, no. 2775/07, 11 de julio de 2013, §§105-110; y *Nikolitsas c. Grecia*, no. 63117/09, 3 de julio de 2014, §35. Esto dio lugar a entender el carácter "preliminar" de esa pregunta en el sentido de que, en ausencia de buenas razones, no resultaría ya necesario examinar los otros dos pasos del test elaborado por el TEDH y existiría siempre una infracción del derecho de confrontación.

[41] Así, por ejemplo: *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*, nos. 11082/06 y 13772/05, 25 de julio de 2013, §§709-716; *Cevat Soysal c. Turquía*, no. 17362/03, 23 de septiembre de 2014, §§76-79; y *Suldin c. Rusia*, no. 20077/04, 16 de octubre de 2014, §§56-59.

[42] Aunque la aclaración del TEDH suena perfectamente bien si pensamos en sistemas donde existe un deber de dar razones de la decisión, el señalamiento no es fácilmente trasladable a sistemas de jurado clásico donde no existe un deber de motivar el fallo. En estos casos, el juez encargado de admitir o rechazar la evidencia ofrecida por la fiscalía debería examinar, antes de que la prueba se practique ante el jurado, si podría tratarse de una prueba única o decisiva. Véase *infra*, nota 63.

de cargo no es, por sí misma, concluyente para afirmar que ha existido una violación del artículo 6.3.d, en conexión con el artículo 6.1 del Convenio, aunque sí se trata de "un factor muy importante", que debe considerarse junto con la decisividad del testimonio y con las medidas de contrapeso adoptadas, y que podría "inclinar la balanza" para afirmar que se ha infringido el debido proceso.[43]

En lo que respecta a la pregunta que da título a este apartado, el catálogo de buenas razones que el TEDH ha admitido[44] incluye al menos los casos de testigos que (i) han fallecido;[45] (ii) se encuentran física o mentalmente incapacitados, o padecen una enfermedad que les impide declarar;[46] (iii) no pueden ser localizados;[47] (iv) residen o se encuentran de viaje en el extranjero;[48] (v) invocan su derecho constitucional a permanecer en silencio;[49] (vi) invocan una previsión legal que los exime de declarar debido a la relación de parentesco con el acusado;[50] (vii) se encuentran en riesgo o atemorizados;[51] (viii) resultan especialmente vulnerables.[52]

[43] GS, *Schatschaschwili*, §§113 y 117.
[44] Tomo este catálogo de la sistematización que hace el juez Pintos de Albuquerque en su voto en disidencia en el caso *Murtazaliyeva c. Rusia*, GS, no. 36658/05, 18 de diciembre de 2018, §57.
[45] *Ferrantelli y Santangelo c. Italia*, no. 19874/92, 7 de agosto de 1996, §52; GS, *Al-Khawaja*, §121.
[46] *Bricmont c. Bélgica*, no. 10857/84, 7 de julio de 1989, §§78 y ss.; *Bobeş c. Rumania*, no. 29752/05, 9 de julio de 2013, § 39; *Vronchenko c. Estonia*, no. 59632/09, 18 de julio de 2013, §58; y *Matytsina c. Rusia*, no. 58428/10, 27 de marzo de 2014, §163.
[47] *Artner c. Austria*, no. 13161/87, 28 de agosto de 1992, §§21-22.
[48] GS, *Schatschaschwili*, §§132-140.
[49] *Lucà*, §§32 y ss.; *Vidgen c. Países Bajos*, no. 29353/06, 10 de julio de 2012, §42.
[50] *Unterpertinger*, §§30-31; *Asch c. Austria*, no. 12398/86, 26 de abril de 1991, §28.
[51] *Kostovski c. Países Bajos*, no. 11454/85, 20 de noviembre de 1989, §§42-44; GS, *Al-Khawaja*, §§120-125. En el caso de testigos atemorizados, el TEDH ha distinguido dos situaciones de las que se derivan consecuencias distintas: por un lado, el temor atribuible a amenazas u otras acciones del acusado o de aquellos que actúan en su favor y, por el otro, el temor de orden general a lo que podría ocurrir si el testigo declara en el juicio. En el primer caso, se dice, debe asumirse que el acusado ha desistido de (o renunciado a) su derecho de interrogar a ese testigo bajo el artículo 6.3.d del Convenio, ya que lo contrario implicaría permitirle obtener un beneficio del miedo que, con su propia conducta, ha generado en los testigos. En la medida en que se trata de supuesto de renuncia al derecho (o, más bien, de *pérdida* de este), no tiene incidencia aquí el carácter único o decisivo del testimonio previo que se incorpora. Sin embargo, lo más común —como señala el propio TEDH— es que el miedo del testigo no pueda atribuirse directamente a amenazas o intimidaciones realizadas por el acusado o personas que actúen por él. El temor a perder la vida, o a que se lastime a un ser querido, o bien a pérdidas económicas, son todas consideraciones relevantes que el tribunal de juicio debe examinar a la hora de decidir si autorizará la incomparecencia al juicio, como medida extrema, u otras medidas especiales de protección que pudieran resultar idóneas. En todo caso, no basta con la mera alegación de temor; se debe examinar, primero, si el temor está fundado en bases objetivas y, segundo, si esos fundamentos objetivos están respaldados por evidencia.
[52] *P.S. c. Alemania*, no. 33900/96, 20 de diciembre de 2001, §§22-29.

Evidentemente, no todos estos casos son supuestos donde pueda afirmarse que el testigo no está disponible, en el sentido de que resulte objetivamente imposible asegurar su comparecencia. En algunos casos, esto sí es evidente: cuando un testigo ha muerto, la única manera de que se pueda considerar la información que haya aportado es a través de la lectura o reproducción de su declaración previa.[53] En buena medida, lo mismo puede decirse cuando una enfermedad o incapacidad psíquica o física impiden que la persona pueda comunicarse de algún modo, o afectan de tal modo la memoria que anulan toda posibilidad de evocar los acontecimientos relevantes.[54] Estas son razones de hecho, pero puede haber atendibles razones de derecho que conduzcan a resultados equivalentes. Si un coimputado invoca en el juicio su derecho a permanecer en silencio, o si una víctima invoca en la audiencia su "privilegio" o la facultad —establecida en la legislación interna— de abstenerse de declarar en perjuicio de su familiar, no puede decirse estrictamente que estas personas estén ausentes, o no disponibles, pero la situación es análoga: ni la defensa puede interrogar a estas personas, ni la autoridad estatal está en condiciones de adoptar medidas encaminadas a asegurar ese derecho, o restringirlo en menor medida.

En contraste, otros supuestos se prestan menos a un análisis de todo o nada y pueden entenderse mejor si se examinan en grados. Este carácter gradual puede

[53] TEDH, GS, *Al-Khawaja*, §121.

[54] Puede presentarse también el caso en que, durante el juicio, un testigo que ha comparecido simplemente se niegue a declarar y esto obligue a las autoridades a leer o reproducir una declaración tomada en una etapa anterior del procedimiento. Las legislaciones procesales y sustantivas suelen prever facultades coercitivas que el tribunal podría ejercer ante el testigo reticente, o amenazas de sanción; en última instancia, de todos modos, si la persona permanece callada se presenta una situación análoga a las consideradas, que puede ser vista como una buena razón para la lectura de la declaración previa. Los casos de retractación plantean problemas especiales, pero —creo que con razón— el TEDH no ha visto aquí un problema de confrontación, pues en estos supuestos el testigo concurre a la audiencia y contesta las preguntas, aunque el tribunal dé lectura a la declaración previa y, en su caso, condene sobre la base de esta y otras evidencias. Sobre el punto, que no puedo desarrollar aquí, véanse Spencer (2014, pp. 53-55); Jackson y Summers (2012, pp. 356-359). Sólo añado que no es correcto, como a veces se señala, que lo dicho por el testigo en el juicio merezca, por esa sola razón, mayor crédito que lo aseverado en etapas previas a la policía, el fiscal o el juez de instrucción. Hay numerosas razones (distintas de las de haber afirmado antes una mentira) por las cuales una persona puede retractarse; piénsese, en efecto, en cómo puede influir la dependencia afectiva o económica en las declaraciones de víctimas de violencia doméstica, o en el efecto sobre testigos de coacciones o amenazas por parte de organizaciones criminales. Es razonable, por tanto, el criterio del TEDH en casos como *Doorson*, §78; *Camilleri c. Malta*, no. 51760/99, 16 de marzo de 2000; y *Fafrowicz c. Polonia*, no. 43609/07, 17 de abril de 2012, §59.

presentarse al menos de dos maneras. La más obvia es la que concierne a testigos especialmente vulnerables o a testigos cuya vida, integridad u otros bienes están en riesgo, o que se encuentran atemorizados. En el primer caso, que involucra usualmente a niños, niñas y adolescentes, víctimas de ciertas clases de delitos como agresiones sexuales o trata de personas, las legislaciones domésticas suelen prever medidas y procedimientos especiales para la presentación del testimonio (véase Trechsel, 2005, pp. 316-322). Aunque el modo de ejercer el derecho y la oportunidad de hacerlo pueden variar sensiblemente si se los compara con el modo en que se practica normalmente la prueba en los procesos, debe recordarse que el derecho reconocido en el artículo 6.3.d del Convenio, tal como ha sido interpretado por el TEDH, no requiere de confrontación "cara a cara" ni exige que los interrogatorios se conduzcan de manera adversarial, mediante la técnica angloamericana de *direct & cross-examination.*[55] Otras medidas especiales de protección sí traen aparejadas restricciones al derecho, como sucede a menudo en el caso de testigos en riesgo o atemorizados: en general, las legislaciones domésticas prevén una serie de medidas que los tribunales pueden adoptar antes de autorizar la incomparecencia, tales como la reserva de la identidad del testigo, el uso de distorsionadores de voz, etc. Aquí entrará necesariamente en consideración un examen de proporcionalidad (sobre esto último, véase Dennis, 2011, pp. 345-357).

Hay un segundo modo en que puede ser entendido el carácter gradual de algunos supuestos considerados como buenas razones para la incomparecencia de un testigo. En el caso del testigo que no puede ser localizado —o, de modo similar, en el caso de residencia o viaje al extranjero— el TEDH requiere, con una fórmula que exige evaluación caso a caso, que se hubiesen hecho todos los esfuerzos razonables para dar con el testigo o para asegurar su concurrencia. En estos casos, siempre sería posible pensar en algún esfuerzo adicional que habría incrementado, en alguna medida, las chances de encontrar al testigo buscado. El TEDH, con buen tino, no exige que las autoridades agoten todas las diligencias teóricamente posibles para hallar a un testigo, con independencia de sus costos, de sus probabilidades de éxito o de la importancia de la declaración previa. Así, puede sostenerse

[55] Véanse, sobre estos aspectos, Trechsel (2005, pp. 309-312), Jackson y Summers (2012, pp. 334-335) y Rovatti (2020a, pp. 36-37).

que cuanto más decisiva parezca en principio la declaración —al momento de evaluar su admisibilidad— será razonable exigir mayores esfuerzos para ubicar al testigo, y viceversa. A su vez, la exigencia de mayores esfuerzos estará menos justificada cuanto más costosas sean esas medidas o cuanta menos probabilidad de éxito tengan.

Por último, hay otro factor importante que, a mi criterio, debería ingresar en consideración en este primer paso, y que vale en principio para todas las "buenas razones" del catálogo, especialmente cuando la legislación doméstica prevé algún mecanismo procesal destinado a asegurar la práctica contradictoria de la prueba antes del comienzo del juicio, cuando resulte previsible la futura imposibilidad o dificultad del testigo para comparecer. En ocasiones esa oportunidad no se presenta, en otras sí: puede que el testigo haya fallecido de modo imprevisto en un accidente de tránsito, pero puede ocurrir también que se encuentre muy enfermo y se le pronostique una expectativa de apenas unos meses de vida; puede que, sin aviso a las autoridades, un testigo se hubiera mudado a otro país y no sea posible localizarlo, pero también puede suceder que el testigo anuncie que viajará, o que se trate de un extranjero cuyo posible retorno a su país de origen sea evidente. Institutos como la llamada "prueba anticipada"[56] procuran prevenir, en lo posible, estas situaciones que, debido al inevitable paso del tiempo entre la investigación y el juicio, se presentan con cierta frecuencia. Desde luego, el anticipo de prueba no es la cura para todos los males, ya que no es posible prever que un testigo morirá en un accidente de tránsito o que desaparecerá sin dejar rastro.[57]

[56] El CNPP mexicano recepta el instituto en sus artículos 304, 305 y 306. La SCJN se ha ocupado de algunos aspectos del tema en la reciente Sentencia recaída al Amparo Directo 18/2019, Primera Sala, Ponente: Ana Margarita Ríos Farjat, 13 de enero de 2021. En el caso se discutía si el tribunal de juicio está o no facultado para revisar la decisión adoptada en etapas anteriores del proceso con respecto a la necesidad de desahogar una prueba en forma anticipada. La SCJN indica que el tribunal de juicio no se encuentra facultado para volver a examinar lo decidido en etapas previas acerca de la necesidad de desahogar de manera anticipada ciertas pruebas, algo que reputa una derivación necesaria del "principio de continuidad" del proceso, previsto en el primer párrafo del artículo 20 de la CPEUM. No obstante, aclara razonablemente que la prueba anticipada es una "prueba condicionada", lo que quiere decir que "sigue activa siempre y cuando las condiciones que la crearon estén vigentes al momento de la audiencia de juicio"; si, en contra de lo que se pronosticaba, el testigo está disponible, decae el fundamento del instituto y debe practicase en la audiencia de juicio la prueba que se anticipó, tal como prevé el artículo 306, segundo párrafo, del CNPP.

[57] En el mismo sentido, Spencer (2014, p. 74) indica que un mecanismo procesal de esas características no resuelve todos los problemas, pero ayuda a lidiar con el problema del testigo no disponible en ciertos

Ahora bien, en sistemas que prevén mecanismos procesales para el desahogo anticipado de la prueba,[58] puede que resulte necesario evaluar si las autoridades estatales son responsables, y en qué medida, de que se hubiera perdido la oportunidad de la defensa de interrogar al testigo de cargo en algún momento del procedimiento. Me parece que tampoco este interrogante debe ser visto como uno que pueda contestarse por "sí" o por "no". Haciendo a un lado los casos de abuso deliberado, entre la crasa desaprensión o temeridad y una ligera imprudencia hay ciertamente matices. En todo caso, la pregunta acerca de cómo proceder en estos supuestos es probablemente una de las más espinosas.[59] Aquí sólo me interesa destacar que se trata de una cuestión que, si se sigue el test elaborado por el TEDH, podría analizarse dentro de la pregunta por la existencia de "buenas razones".

3. La pregunta del millón: ¿cuándo un testimonio es "decisivo"?

Como se ha visto, en sus pronunciamientos más recientes, la SCJN ha hecho propia la "versión rígida" de la *sole or decisive rule* europea, aunque sin mayor evaluación de los puntos fuertes y débiles de ese test. Justamente por ello, me parece pertinente dedicar este subapartado al examen de algunos de los aspectos menos claros de la célebre regla, y a otros que, si bien no parecen difíciles de interpretar, se han prestado a confusión en el ejercicio de "traducción" entre órganos internacionales y tribunales domésticos. Asimismo, llamaré la atención sobre los problemas que condujeron a la "flexibilización" de la *sole or decisive rule* y, para ello, diré algo sobre el diálogo entre altas cortes que disparó ese cambio de criterio.

Un primer aspecto de la regla digno de análisis es que, según ésta, la existencia de una infracción del derecho de examinar a los testigos de cargo (artículos 6.1 y 6.3.d del CEDH) depende de la importancia —el carácter "decisivo" o "deter-

supuestos, y cita el caso *Dragic* [1996] 2 Cr App R 232, en el cual el acusado había sido reconocido por un testigo inmediatamente después del delito, pero ese testigo contrajo cáncer luego de declarar ante la policía, y estaba demasiado enfermo como para testificar en el juicio seis meses después. Véase también, con cita de otros ejemplos, Redmayne (2010, pp. 27-28).

[58] Es bueno tener en cuenta que no todas las legislaciones prevén esa posibilidad; para el caso de Inglaterra, por ejemplo, véase Spencer (2014, pp. 71-74).

[59] Véase *infra*, nota 89.

minante"— que se le atribuya a la declaración previa. De esta manera, el test del testimonio único o decisivo contradice la idea, repetida insistentemente en la jurisprudencia del TEDH, de que la valoración de la prueba compete a las autoridades nacionales y, por ende, no está entre sus funciones el pronunciarse acerca de si las declaraciones de testigos u otras pruebas fueron adecuadamente empleadas como evidencia.[60] Esa contradicción existe porque, evidentemente, para determinar si la declaración previa incorporada por lectura fue decisiva en la condena, el tribunal internacional no tiene otro método más que examinar todo el acervo probatorio del caso.[61] Y esto, podría decirse, vendría a alterar en cierta medida la naturaleza eminentemente *procedimental* de la garantía en favor de una mirada más *sustantiva*, al condicionar la violación del derecho a su incidencia en el resultado del proceso doméstico.

Se ha intentado justificar este carácter peculiar del test a partir de la relación estrecha de este derecho con la práctica probatoria. Trechsel (2005, pp. 294-295) se refiere a un carácter "relativo" de la garantía: el mero hecho de que al acusado no se le provea la oportunidad de interrogar a un testigo no puede por sí mismo llevar a la conclusión de que el proceso ha sido injusto, señala, incluso cuando el acusado hubiera sido condenado. Una regla absoluta de esa clase constituiría un obstáculo desproporcionado para la administración de justicia y abriría la puerta de par en par a los abusos. Hay ciertos derechos, como el de ser asistido por un abogado, cuya infracción afecta la justicia (*fairness*) del proceso con carácter general, independientemente de la cuestión sustantiva que hubiera estado bajo disputa, pero, en cambio, la oportunidad de examinar a los testigos adquiere relevancia a la luz de las específicas circunstancias de cada caso. Si existen numerosos elementos de prueba, sostiene, puede que la declaración no testeada sea de mínima relevancia; en contraste, si hay poca evidencia adicional, ese testimonio podría inclinar la balanza hacia la condena. Esto lo lleva a sostener que no es posible aplicar el

[60] Así, por ejemplo, TEDH, *Visser c. Países Bajos*, no. 26668/95, 14 de febrero de 2002, §43 y sus citas.
[61] Véanse, en este sentido, Trechsel (2005, pp. 294-295); Jackson y Summers (2012, p. 339). Es cierto, como indican estos dos últimos autores, que en ciertos casos el TEDH puede guiarse por lo señalado en las decisiones de los tribunales domésticos, donde suelen incluirse referencias a la importancia de las declaraciones empleadas para fundar la condena; no obstante, como reconocen, para asegurar el efecto útil del test, es evidente que la última palabra debe tenerla el propio TEDH: aún si los tribunales internos negaran el carácter "decisivo" de una prueba, el Tribunal de Estrasburgo bien podría sostener lo contrario.

artículo 6.3.d del Convenio sin tomar decisiones que al menos traen implícita una valoración acerca de si el peticionario debería o no haber sido absuelto; éste sería, en esencia, el problema que hace difícil la aplicación de la garantía.

Ésta es una extendida manera de ver el asunto, pero a mi ver no es la única, ni la más esclarecedora. Trechsel dice querer responder al interrogante acerca de si el proceso "como un todo" ha sido justo, pero esto no es necesariamente idéntico a preguntarse acerca de si ha existido una restricción indebida de unos de sus componentes; en otras palabras, una y otra cuestión no tienen por qué confundirse. Por hipótesis, podría aseverarse que ha habido una infracción específica —*e.g.* la autoridad no ha dado ninguna buena razón para incorporar la declaración previa— sin que ello implique afirmar también que la sentencia de condena es ilegítima, de la misma manera que uno puede equivocarse en alguno de los ingredientes de una receta sin que por ello el plato deba ir a parar a la basura. Habrá casos en los cuales el plato será igualmente sabroso, otros en los cuales será bastante aceptable, y otros donde será incomible, pero en todos estará claro que hubo un error en el procedimiento (no he seguido la receta). Lo que parece difícil de discutir, en todo caso, es que el test diseñado por el Tribunal de Estrasburgo refleja la tensión característica de la doctrina sobre *harmless error*, esa tensión que existe entre perseguir la aplicación estricta de las reglas de procedimiento y conservar aquellas sentencias en las cuales la infracción procedimental no hubiera impactado, o no pudiera potencialmente haber impactado, en la rectitud de las determinaciones de hecho.[62]

En segundo lugar, se ha señalado que otro aspecto problemático de la *sole or decisive rule* es la dificultad de hacerla operativa en los procesos con jurados, debido a la imposibilidad de calcular antes del juicio el peso que la declaración previa leída al jurado tendrá en la decisión y al hecho de que el veredicto no expresa

[62] Véase, en este sentido, Jackson y Summers (2012, p. 341), quienes indican que esto sugiere que para el TEDH no existe una contraposición entre la justicia procedimental (como valor externo) y la búsqueda de la verdad, puesto que la primera promueve el objetivo de alcanzar decisiones correctas. Para algunos comentarios sobre la doctrina de *harmless error,* con referencias al modo en que se ha configurado en Estados Unidos, véase Rovatti (2020b, pp. 253-265).

una motivación donde ello pueda examinarse después.[63] De modo más general, puede decirse que ha habido importantes confusiones a la hora de "traducir" el test con el fin de implementarlo de manera consistente en los procesos domésticos: vistas las cosas desde la perspectiva del procedimiento penal interno, ¿se trata de una regla de inadmisión de toda declaración previa no testeada que pudiera resultar "determinante" de la suerte del caso? ¿o la declaración puede ser admitida, si hay buenos motivos, y la *sole or decisive rule* se asemeja, más bien, a una regla de prueba tasada negativa?

Trechsel (2005, p. 293) piensa que, aunque no está expresado en el texto que la reconoce, el aspecto más importante de la garantía es la consecuencia de su incumplimiento. La pregunta central, a su juicio, es qué sucede si la defensa no ha tenido una oportunidad de examinar al testigo que ha hecho una declaración previa. Según indica, ésta es una pregunta fundamental en los procesos criminales domésticos y se refiere a la *admisibilidad* de la evidencia. A su vez, añade, la decisión que se tome sobre la incorporación o rechazo de una prueba tal probablemente determine el resultado del caso.

Esta manera de ver las cosas, en verdad, no se ajusta a la jurisprudencia del TEDH. Éste no ha sostenido que, para cumplir con el test, los tribunales de juicio de los Estados parte en el Convenio deban inadmitir o excluir toda declaración previa de un testigo no disponible que pudiera resultar "decisiva". Esto significaría optar por una aproximación a las cuestiones probatorias (un sistema de exclusiones, como es característico de las jurisdicciones de *common law*) en desmedro de otra (la propia de la tradición continental europea),[64] algo que resultaría contrario a la consabida idea de que las cuestiones de admisibilidad de la prueba

[63] Esta mayor dificultad que en principio plantea la aplicación de la *sole or decisive rule* en sistemas de jurado fue una de las razones que expuso la Suprema Corte del Reino Unido en el precedente *R. v. Horncastle* ([2009] UKSC 14, §§ 87 y ss.), del que diré algunas palabras luego. De todos modos, a la Gran Sala del TEDH no le convenció demasiado ese argumento: después de todo, la propia Sección 125 de la *Criminal Justice Act* (CJA) 2003, que exige al juez paralizar el proceso cuando la prueba *hearsay* ofrecida por la acusación pueda tornar "inseguro" el veredicto del jurado, presupone que los jueces pueden valorar la incidencia de un elemento de juicio en el caso como un todo. Véanse, sobre este punto, Redmayne (2012, pp. 870-871) y Spencer (2014, pp. 59-60).

[64] Para la comparación entre las dos tradiciones jurídicas, a propósito de las llamadas reglas intrínsecas de exclusión (como la *hearsay rule*), véanse Damaška (1997, pp. 30-33) y Ferrer Beltrán (2007, pp. 44-45, 85-86).

son, en principio, de exclusivo resorte de las autoridades domésticas, y no de competencia del tribunal internacional. Por eso, la *sole or decisive rule* impone en todo caso una obligación de resultado (Maffei, 2006, p. 71), no una de medios. En esta línea, y como se ha visto ya, el TEDH ha aclarado que la pregunta por la existencia de una buena razón para no convocar al testigo de cargo es una "preliminar", en sentido estrictamente temporal: incide en la cuestión de la admisibilidad de la declaración previa. En cambio, la cuestión del peso de esa declaración previa en el conjunto de las pruebas del caso no tiene por qué ser considerada, desde el punto de vista de un tribunal doméstico, a la hora de decidir sobre su admisibilidad. Por el contrario, es razonable que sea un asunto que las partes puedan discutir en sus alegatos y que el tribunal deba examinar cuidadosamente como parte del deber de motivar la decisión sobre la cuestión de hecho.[65]

Lo que ocurre, en fin, es que el tribunal de juicio y el tribunal internacional de derechos humanos miran el proceso desde lugares muy distintos. El primero se enfrenta a un proceso en curso en el cual la prueba todavía deberá practicarse, con un resultado que es, al menos en buena medida, incierto. Como es difícil pronosticar cuán "decisiva" ha de ser, en el conjunto de las pruebas, esa declaración previa, lo más sensato es, en este primer momento, hacerse de toda la información relevante que esté disponible[66] y dejar para después las tareas de valorar la

[65] Esto es perfectamente compatible con la regulación de los códigos de procedimiento de la tradición continental. En éstos, las excepciones a los principios de inmediación y contradicción usualmente previstas están basadas exclusivamente en la existencia de alguna razón atendible, sin ninguna consideración a la "decisividad" del testimonio en la futura sentencia. Sirvan como ejemplo: StPO §§250-251; LECrim española, arts. 448-449, 657, 730, 777, 781.1, 784.2 y 797. Para buenas referencias a la legislación y jurisprudencia alemana, francesa, española, neerlandesa, entre otras, pueden consultarse: Maffei (2006); Jackson y Summers (2012, pp. 332-334); Ho (2008, pp. 254-259); Youngs (1998, pp. 199-211); Delmas-Marty y Spencer (1995, pp. 616-620); Roxin (1979, pp. 393-403); Volk (1999, pp. 345-358); Pradel (1976, pp. 771-779) y Muerza Esparza (2016).

[66] Un criterio elemental de racionalidad epistemológica indica que, en principio, todo elemento de juicio relevante debería ser admitido (con más detalle, Ferrer Beltrán, 2007, pp. 41-45 y 68-90). Excluir de antemano piezas de evidencia porque podrían ser "decisivas" para la reconstrucción de los hechos no parece para nada sensato desde ese punto de vista. Podría tener sentido hacerlo si hubiese una evidencia *mejor*, pero se trata justamente de casos donde no es posible producir la declaración "en vivo" del testigo y someterla a los controles procedimentales habituales. En cambio, sí es razonable, desde el punto de vista del tribunal, intentar "compensar" a la defensa esa falta de una oportunidad adecuada de examinar al testigo no disponible. Esto puede hacerse de variadas maneras; se trata de las llamadas medidas de contrapeso o contrabalanceo, sobre las que volveré más adelante.

prueba practicada y de decidir si ésta es, o no, suficiente para una declaración de culpabilidad. En contraste, un tribunal de derechos humanos está en una posición más parecida a la de un tribunal de apelación: ambos intervienen *ex post facto* y observan un proceso que ha concluido.[67]

En tercer lugar, hay un aspecto de la *sole or decisive rule* que ha generado considerables perplejidades y que aparece ya en su mismísima formulación. En efecto, ¿qué quiere decir, en este contexto, que una pieza de evidencia sea "decisiva" o "determinante"? Responder a este interrogante no es una tarea sencilla. "Decisiva" podría ser toda pieza de evidencia, toda información que, en caso de ser hipotéticamente suprimida, hiciera menos probable que se arribe a una sentencia de condena. Hay quienes han pretendido interpretar de ese modo laxo la "decisividad" de una prueba. Trechsel es, de nuevo, un buen ejemplo. El autor propone a las cortes domésticas, como método seguro para evitar una violación del artículo 6.3.d del CEDH, no referirse en el fallo a la declaración que no ha podido controlar la defensa (2005, pp. 297-298).

Éste, sin embargo, no ha sido el modo en que el TEDH entendió el asunto, aunque ciertamente este aspecto de la regla ha sido históricamente de los más

[67] Pero hay una diferencia importante entre un tribunal de apelación y uno de derechos humanos. El proceso judicial doméstico responde a la pregunta acerca de si el acusado debe o no ser condenado. Por eso, cuando constata que se ha admitido erróneamente una prueba, un tribunal de apelación no tiene más remedio que emplear algún criterio que le permita determinar si la entidad de ese error justifica anular la sentencia y ordenar la reposición del procedimiento, o si, en cambio, el fallo debe ser confirmado a pesar del error. Un fallo de apelación que simplemente declarase: "el tribunal de juicio no debió incorporar la declaración del testigo A", sin pronunciarse sobre los efectos de ese error, sería un artefacto completamente inútil. La pregunta por los efectos del error constatado es tan importante como la pregunta acerca de si ha existido un error. En efecto, no es inusual que los tribunales revisores omitan pronunciarse acerca de si ha existido o no el error que una parte alega, con el argumento de que, aún si el error hubiese existido, el resultado habría sido el mismo. Se trata de un argumento de eficiencia, destinado a no sobrecargar a los tribunales revisores con el examen de cuestiones manifiestamente intrascendentes. En contraste, un tribunal de derechos humanos no decide sobre responsabilidades penales individuales, sino sobre la responsabilidad del Estado por una posible infracción de sus deberes de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el instrumento internacional en cuestión. Por ende, no tiene en principio un deber de pronunciarse acerca de los efectos en el proceso doméstico de los errores que, bajo la luz de los derechos reconocidos en el Convenio, detecte (en ciertos casos, no obstante, podría entrar en juego una reparación que incluyese reabrir o revisar el proceso judicial fenecido). En suma, que el criterio interpretativo del artículo 6.3.d empleado por el TEDH incorpore una dimensión sustantiva (la "decisividad" de la prueba no examinada) y, por tanto, exprese algo sobre la "seguridad" de la condena, es algo simplemente contingente.

oscuros.[68] A la falta de claridad en esta materia parece haber contribuido el hecho de que, en ocasiones, la cuestión de la *importancia* de una prueba se confundiera con la de su *confiabilidad*. Como se ha dicho, en verdad no hay ninguna conexión necesaria entre una cosa y la otra, la relación es puramente contingente (Dennis, 2010, p. 272). Así, una declaración no testeada puede ser crucial para sostener una acusación —en este sentido, "decisiva"— pero, sin embargo, puede haber al mismo tiempo pruebas concluyentes sobre su confiabilidad, o existir herramientas o mecanismos procesales distintos del interrogatorio que sirvan para estimar razonablemente bien su mayor o menor confiabilidad.

Ahora bien, si se entiende que la "decisividad" de la declaración depende sólo de su importancia, entonces la *sole or decisive rule* es pasible de otra crítica. En la medida en que la declaración previa resulte confiable, o que pueda evaluarse su confiabilidad por vías alternativas al contrainterrogatorio, la regla resultaría visiblemente sobreinclusiva, si se admite que la razón de ser del derecho de examinar a los testigos de cargo es la de permitir a la defensa testear la confiabilidad de la prueba y, con ello, evitar errores en la decisión sobre los hechos (particularmente, evitar falsos positivos).

Como se adelantó, estos aspectos problemáticos de la *sole or decisive rule* ocuparon un lugar destacado en la intensa polémica que se suscitó entre el Tribunal de Estrasburgo y la Suprema Corte del Reino Unido. La disputa entre las altas cortes, sobre la que mucho se ha escrito,[69] tuvo como primer episodio el pronunciamiento de la Cuarta Sala del TEDH, que encontró al Reino Unido responsable de infringir los derechos de dos peticionarios, al considerar que las condenas de uno y otro

[68] Jackson y Summers (2012, pp. 340-341, 365) critican precisamente esa falta de claridad del Tribunal de Estrasburgo. No obstante, examinando la jurisprudencia previa al pronunciamiento de la Gran Sala en *Al-Khawaja*, sugieren que una evidencia "decisiva", en este contexto, sería aquella que no encuentra corroboración en elementos de juicio independientes de la primera. Los autores derivan esta exigencia de que se trate de elementos de soporte "independientes" de que, en casos donde existía una confesión, evidencia física de cargo o la declaración de otros testigos, el TEDH no consideró que la declaración previa incorporada fuera "decisiva", mientras que la jurisprudencia fue mucho más vacilante en casos donde la declaración previa de la víctima aparecía respaldada por pruebas "indirectas", tales como informes expertos sobre la credibilidad de su relato, testimonios de familiares y la opinión de profesionales de la salud que la habían atendido.

[69] Véanse, por ejemplo, O´Brian (2011); Redmayne (2012); Spencer (2014, pp. 44-45, 55-62); Alcácer Guirao (2013); de Wilde (2013).

se habían basado decisivamente en declaraciones previas de testigos que aquellos no habían podido examinar en ninguna etapa del procedimiento.[70]

Poco tiempo después, en un grupo de casos que involucraba el mismo problema, la División Penal de la Corte de Apelaciones y la Suprema Corte del Reino Unido tendrían oportunidad de elaborar una muy argumentada respuesta, en dos precedentes en los cuales se explica y defiende la regulación de la *hearsay rule* en la *Criminal Justice Act* (CJA) de 2003, se revisa exhaustivamente la jurisprudencia europea sobre el artículo 6.3.d del Convenio e incluso se le sugieren al TEDH mejoras en la manera de interpretarlo.[71]

Como se ha señalado (Spencer, 2014, pp. 58-59), en *R. v. Horncastle* el argumento central era que la *sole or decisive rule*, tal como había sido aplicada en la jurisprudencia del TEDH, no era necesaria en ese país para garantizar los requerimientos del debido proceso (*fair trial*), ya que la razón de ser del derecho reconocido por el artículo 6.3.d del Convenio —y, en general, los riesgos asociados con la prueba *hearsay*— habían sido ampliamente considerados en el proceso de discusión que condujo a la sanción de la CJA 2003, donde se prevé un "elaborado código"[72] de medidas destinadas a asegurar que la admisión de una declaración previa, en casos de excepción, no conduzca a resultados injustos en perjuicio del acusado. La otra cara de la misma moneda era que cargarle a este esquema legislativo una prohibición inflexible como la que derivaba de la *sole or decisive rule* conduciría en ocasiones a la injustificada absolución de personas cuya culpabilidad podía probarse más allá de toda duda razonable. Tanto la Corte de Apelaciones como la Suprema Corte emplearon convincentes ejemplos para probar este punto. En palabras de este último tribunal:

> […] Habrá muchos casos en los que la declaración de un testigo que no puede ser llamado a declarar en juicio no será segura ni satisfactoria como base de una condena. Sin embargo, habrá algunos casos en los cuales sea posible demostrar la confiabilidad de la prueba en cuestión. La Corte de Apelaciones ha dado varios ejemplos.

[70] *Al-Khawaja y Tahery* (2009), §§36-37.
[71] *R. v. Horncastle* [2009] EWCA Crim 964; [2009] UKSC 14.
[72] Así, Lord Phillips, [2009] UKSC 14, §36.

> Solo daré uno, que es una variante de uno de los suyos. Una persona visita Londres y es testigo de un accidente de tránsito en el cual el conductor de un automóvil atropella a un ciclista, causándole la muerte, y huye del lugar. Este testigo memoriza el número de placa del automóvil y brinda una declaración a la policía en la que incluye no solo ese número, sino también la marca y el color del automóvil, así como el hecho de que el conductor era un hombre con barba. Luego, este testigo regresa a su propio país, donde muere también en un accidente de tránsito. La policía descubre que el automóvil registrado con el número que esa persona proporcionó es de la marca y el color informados, y que es propiedad de un hombre con barba. El propietario se niega a responder preguntas sobre su paradero en el momento del accidente. Parece difícil justificar una regla que excluya la condena del propietario del automóvil sobre la base de la declaración del testigo fallecido, pero ese es el efecto del test del testimonio único o decisivo.[73]

Mientras tanto, el gobierno del Reino Unido había requerido la intervención de la Gran Sala del TEDH en los casos *Al-Khawaja y Tahery*, cuya decisión se haría esperar. En este último episodio del diálogo,[74] y con una rotunda mayoría, el TEDH concedió el punto central sobre el que habían insistido los tribunales británicos,[75] buscó clarificar el modo en que debía entenderse el carácter "decisivo" de una prueba y estableció que, en lo sucesivo, la *sole or decisive rule* no debía ser interpretada como una regla inflexible, sino más bien como un principio. Este pronunciamiento significó un cambio de gran importancia en la jurisprudencia del TEDH. Spencer (2014, p. 55) lo explica en términos claros: antes de este caso, una condena basada única o "decisivamente" en la declaración previa de un testigo no disponible conduciría siempre a una infracción del derecho previsto en el artículo 6.3.d del Convenio; después de este caso, esa misma condena *podría* infringir ese derecho, pero no lo hará necesariamente. Eso dependerá, en todo caso, de la existencia de suficientes medidas de contrapeso.

---

[73] Lord Phillips, [2009] UKSC 14, §91.

[74] Luego del fallo de la Gran Sala del TEDH, la Corte de Apelaciones tuvo oportunidad de interpretar el saldo del diálogo entre el Tribunal de Estrasburgo y la Suprema Corte en *R v. Ibrahim* [2012] EWCA Crim 837, y en *R. v. Riat and others* [2012] EWCA Crim 1509. Véase Spencer (2014, pp. 62-68) para una síntesis de estos casos.

[75] Sin embargo, rechazó otros argumentos. Véanse, para mayor detalle, Spencer (2014, pp. 59-60) y Redmayne (2012).

En lo que respecta a la decisividad de una declaración previa, y en respuesta a las críticas, el TEDH aclaró, primero, que "decisivo" significa más que "relevante";[76] en otras palabras, que significa más que aquella evidencia sin la cual la probabilidad de una condena retrocedería y la de una absolución avanzaría, porque este sería un test que prácticamente toda prueba satisfaría.[77] En cambio,

> […] la palabra "decisiva" debería ser entendida estrictamente, como aquella prueba de una importancia tal que probablemente sea determinante del resultado del caso. Cuando la declaración previa de un testigo no examinado por la defensa está respaldada por otras pruebas que la corroboran [*corroborative evidence*], la evaluación acerca de si aquella es decisiva dependerá de la fuerza de la prueba de respaldo: cuanto más robusta sea ésta, menor será la probabilidad de que la declaración del testigo ausente deba ser tratada como decisiva.[78]

Que el TEDH incluyese esta definición resultó útil en dos sentidos. Por un lado, sirvió para descartar definitivamente aquellas interpretaciones demasiado laxas, como la antes vista de Trechsel, bajo las cuales cualquier prueba de cargo podría resultar "decisiva". Por el otro, sirvió para aclarar que los elementos de juicio que corroboran o respaldan a la declaración previa no necesariamente deben ser "independientes", como sugerían Jackson y Summers, apoyándose en cierta jurisprudencia anterior. Sin perjuicio de estos aspectos positivos, tiene razón Redmayne (2012, p. 870) cuando señala que la conexión entre las dos oraciones del párrafo transcripto es algo desconcertante. El problema es que, como señalaba más arriba, una prueba puede ser "determinante del resultado del caso" —en el sentido de ser un eslabón esencial en una cadena de argumentos probatorios— pero, al mismo tiempo, encontrarse bien corroborada. Por eso, si bien la segunda oración parece proveer una definición basada en la confiablidad de la prueba, esto resulta contra-

[76] Traduzco aquí *probative* como "relevante". Muy resumidamente, "una prueba es relevante si tenerla en cuenta cambia el estatus de justificación epistémica de esa proposición"; en contraste, "una prueba es irrelevante si incluirla en el conjunto de elementos de juicio no altera de ningún modo el estatus de justificación epistémica de esa proposición" (Dei Vecchi, 2020, p. 35; véase, asimismo, pp. 27-37). Sobre la noción de relevancia, Roberts y Zuckerman (2004, pp. 98-108); Ferrer Beltrán (2007, pp. 68-76).
[77] Este era un señalamiento que había hecho ya la División Penal de la Corte de Apelaciones en *R. v Horncastle*, tal como la Gran Sala del TEDH reconoce en *Al-Khawaja,* §§54 y 131.
[78] GS, *Al-Khawaja*, §131; luego reiterado en GS, *Schatschaschwili*, §123.

dicho por la primera oración, que insiste en que "decisivo" significa "probablemente determinante del resultado del caso".

De todos modos, debe observarse que esta disputa sobre la "decisividad" de una declaración previa perdió en buena medida la importancia que tenía, una vez que el TEDH reconoció que la influencia decisiva de la declaración previa en la sentencia de condena es una condición necesaria, pero no suficiente, para declarar que ha existido una infracción del debido proceso bajo los artículos 6.1 y 6.3.d del Convenio. Según el nuevo criterio, si se reputase "decisiva" a esa evidencia, sería necesario examinar, todavía, la presencia de suficientes medidas de contrapeso.

4. La válvula de escape: las llamadas "medidas de contrapeso"

Como vimos, el diálogo entre la Suprema Corte del Reino Unido y el TEDH hizo que la *sole or decisive rule* se convirtiera en un test de tres pasos. A la pregunta "preliminar" por la existencia de una buena razón para la incomparecencia del testigo y al interrogante sobre la "decisividad" de la declaración previa en la sentencia de condena, se añade una tercera cuestión. Esta última pregunta es la que le brinda flexibilidad al test y entra especialmente en consideración cuando se ha concluido que la declaración incorporada fue, en efecto, única o decisiva para sustentar la condena. La idea subyacente a la decisión tomada por la Gran Sala en *Al-Khawaja* fue abandonar una regla indiscriminada y considerar, de acuerdo con el modo tradicional de interpretar las cláusulas del Convenio, la "justicia del proceso como un todo". Así reconstruye la cuestión el TEDH:

> […] cuando una condena está basada única o decisivamente en la evidencia de un testigo ausente, el tribunal debe sujetar los procedimientos al más minucioso escrutinio. Dados los peligros de la admisión de tal evidencia, constituye un factor muy importante para ponderar en la balanza […] y uno que requeriría suficientes factores de contrapeso, incluida la existencia de fuertes salvaguardas procedimentales. La cuestión en cada caso es saber si hay factores de contrapeso suficientes, incluyendo medidas que permitan evaluar debidamente la fiabilidad de la evidencia.

> Esto permitiría que una condena se base en tal prueba sólo si es suficientemente confiable dada su importancia en el caso.[79]

Este párrafo pone en evidencia que para el TEDH el fundamento del derecho de examinar a los testigos de cargo es uno de tipo instrumental-epistémico o, con otras palabras, que este derecho es uno cuya razón de ser es la de contribuir a la rectitud de la decisión, poniendo en manos de la defensa un instrumento idóneo para testear la calidad de la evidencia y alertar al decisor sobre sus potenciales debilidades. Como he dicho en otro trabajo (Rovatti, 2020a, pp. 40-49), cuando la confiabilidad del testimonio —aun de uno "decisivo"— puede ser cuestionada o examinada por vías alternativas al interrogatorio de la defensa, el proceso y la condena resultante asegurarán aquel fundamento y, por ende, difícilmente puedan ser tildados de injustos.

Justamente por eso las llamadas medidas de contrapeso o contrabalanceo remiten al análisis del modo en que el juzgador se ha aproximado a la valoración de la declaración previa del testigo ausente, de la disponibilidad y fuerza probatoria de otra evidencia de cargo y de la existencia e idoneidad de medidas procesales que hubieran sido adoptadas para compensar la falta de una oportunidad de interrogar a uno o más testigos en el juicio. Entre tales medidas, el TEDH considera si la aproximación del tribunal a la evidencia no testeada ha sido cuidadosa y demuestra que se ha tenido en cuenta la potencial debilidad de la declaración; la motivación detallada del fallo sobre la confiabilidad de la declaración del testigo ausente; la existencia e importancia de otras pruebas que la defensa sí ha podido controvertir en el juicio y, especialmente, de prueba de corroboración; el modo en que ha sido registrada la declaración previa (por ejemplo, si lo ha sido en audio y video); si se ha dado al acusado la oportunidad de exponer su propia versión de los hechos y de poner en duda la credibilidad del testigo ausente, señalando cualquier incoherencia o contradicción con las declaraciones de otros testigos; o la posibilidad (cuando la identidad del testigo es conocida por la defensa) de que se adopten medidas de investigación destinadas a evaluar si el testigo puede tener ningún motivo para mentir o si pudo haberse equivocado.[80]

[79] GS, *Al-Khawaja*, §§146-147.
[80] GS, *Al-Khawaja*, §§147-165; GS, *Schatschaschwili,* §§107, 114-116, 125-131 y 145-160.

5. El orden de los factores... ¿altera el producto?

Algunos años después, en *Schatschaschwili,* el TEDH debió clarificar la relación entre los tres pasos del test. De acuerdo con el criterio de *Al-Khawaja* era claro que, cuando hay una buena razón para incorporar la declaración del testigo no disponible y esta prueba, a su vez, es decisiva para la condena, resulta obligado examinar si hubo suficientes medidas de contrapeso para compensar a la defensa, que permitan una apreciación correcta de la fiabilidad de la prueba. Sólo en caso afirmativo podría descartarse una violación del artículo 6.3.d del CEDH.

En cambio, no era tan claro qué pasaba si el TEDH llegaba a la conclusión de que en un cierto caso no habían existido buenas razones para la incomparecencia del testigo o si no se trataba de una prueba única o decisiva. En el primer caso, ¿la ausencia de buenas razones conducía automáticamente a una violación del derecho? En el segundo, ¿hacía falta examinar si se habían adoptado medidas de contrapeso?

Ya hemos visto que a la primera de estas preguntas el TEDH contestó negativamente. Si bien es un factor muy importante, la ausencia de una buena razón que justifique la incomparecencia del testigo de cargo no es, por sí misma, concluyente para afirmar que ha existido una violación del artículo 6.3.d del CEDH.[81] Aquí parece entrar en consideración la ya mencionada idea de *harmless error*, de la que el TEDH echa mano al vincular la garantía específica del apartado 3.d del artículo 6, con la noción más general de la justicia (*fairness*) del proceso "como un todo": si se constata una equivocación del tribunal doméstico al admitir la declaración, pero el peso de ésta en la condena no es demasiado importante, o bien existieron suficientes medidas de contrapeso, puede resultar exagerado decir que se han violado los derechos humanos del condenado.

En lo que respecta a la segunda pregunta, el TEDH indicó que debía examinarse la existencia de suficientes factores de contrapeso no sólo cuando la condena se basa

[81] GS, *Schatschaschwili*, §§111-113.

única o decisivamente en la declaración del testigo ausente. En casos donde sea difícil determinar si se alcanzó ese umbral de importancia, pero la declaración hubiera tenido un "peso significativo" y su admisión pudiera haber perjudicado a la defensa, también debe evaluarse la incidencia de medidas procesales destinadas a contrarrestar ese déficit. En definitiva, cuanto más importante sea la declaración previa en el conjunto del acervo probatorio, más intensos deberán ser los factores de contrapeso a fin de que el proceso "como un todo" se adecue a los requerimientos del debido proceso.[82]

Además de dar respuesta a estos interrogantes, el TEDH aclaró que si bien generalmente resultará apropiado examinar los tres pasos del test en el orden propuesto en *Al-Khawaja*, esto no necesariamente debe ocurrir en todos los casos. Ello es así porque, en ocasiones, uno de los pasos puede resultar concluyente por sí mismo para pronunciarse acerca de si se ha transgredido o no el derecho al debido proceso del condenado. Si, por ejemplo, resultase evidente que la declaración previa incorporada tuvo muy poco peso en la condena, y que esta decisión se sustenta independientemente en múltiples testimonios que la defensa sí pudo examinar en juicio, podría abordarse directamente el segundo paso, sin necesidad de examinar si ha existido o no una buena razón para la incomparecencia del testigo no disponible.[83]

Es interesante notar que todas estas aclaraciones son especialmente útiles para los tribunales domésticos de apelación o casación y aquellos encargados de revisar cuestiones constitucionales. Ello es así porque estos tribunales, en caso de constatar un error del tribunal encargado de decidir las cuestiones de admisibilidad, deberán expedirse necesariamente acerca de las consecuencias de ese error (¿corresponde anular el juicio y ordenar que se celebre uno nuevo? ¿el error ha sido inocuo y la sentencia puede ser confirmada?). Esta jurisprudencia del TEDH

[82] GS, *Schatschaschwili*, §§114-116.

[83] GS, *Schatschaschwili*, §118, con cita de *Nechto c. Rusia*, no. 24893/05, 24 de enero de 2012, §§119-125 y 126-127; *Mitkus c. Letonia*, no. 7259/03, 2 de octubre de 2012, §§101-102 y 106; *Gani c. España,* no. 61800/08, 19 de febrero de 2013, §§43-45; y *Şandru c. Rumania,* no. 33882/05, 15 de octubre de 2013, §§62-66, en todos los cuales el segundo paso —*i.e.* la pregunta acerca de si la declaración previa del testigo no disponible fue la prueba única o decisiva— fue examinado antes del primero —*i.e.* la pregunta sobre la concurrencia de una buena razón para la incomparecencia del testigo—.

representa, como se ve, una cierta guía en materia de *harmless error*, que los tribunales domésticos con funciones de revisión pueden aprovechar.

IV. ¿Una cuestión de principios?

Antes de que la Gran Sala del TEDH se pronunciase del modo en que lo hizo en *Al-Khawaja*, se discutía intensamente acerca de quién saldría airoso del contrapunto entre la Cuarta Sala de ese Tribunal y la Suprema Corte del Reino Unido. Jackson y Summers, por ejemplo, auguraban que la Gran Sala confirmaría el criterio que el gobierno británico discutía y se mantendría en la idea de que no hay modo de contrarrestar el empleo de evidencia decisiva no testeada que pueda garantizar suficientemente los derechos de la defensa (2012, p. 337). El tiempo, como se ha visto, diría lo contrario.

Un aspecto central en estas discusiones era la cuestión del fundamento del derecho cuyos alcances se disputaban. Los tribunales británicos asumían que el fundamento de la confrontación no podía ser otro más que el de proteger al acusado del riesgo de ser condenado equivocadamente a partir de testimonios mendaces o imprecisos.[84] Según se sostenía, en contraste, la posición del TEDH —la tradicional *sole or decisive rule*— parecía expresar (también) un valor no instrumental, una suerte de valor procesal simbólico, que podría apoyarse en fundamentos como el

[84] Lord Phillips, [2009] UKSC 14, §86. En ese parágrafo Lord Phillips expresa la opinión de la Corte en el sentido de que, si bien el TEDH no había expuesto en *Doorson* y su jurisprudencia ulterior cuál era el principio subyacente al *sole or decisive test*, una serie de razones indicaban que el Tribunal de Estrasburgo había establecido ese criterio sobre la premisa de que una condena basada única o decisivamente en la declaración de un testigo cuya identidad no ha sido revelada, o que no ha sido sometido a un contrainterrogatorio, o ambos, no sería "segura" (*i.e.* traería consigo, necesariamente, un riesgo muy alto de cometer un falso positivo). Entre aquellas razones estaban, según expuso Lord Phillips, que no hay nada intrínsecamente objetable o injusto en tener en consideración la declaración previa de un testigo cuando simplemente no es posible convocarlo para que declare en juicio; segundo, el énfasis general que, comprensiblemente, el TEDH concede a la fiabilidad de las pruebas; por último, que no es fácil identificar ninguna justificación alternativa convincente para el test de la prueba única o decisiva. Véase, asimismo, Jackson y Summers (2012, pp. 327-334). Según estos autores, la jurisprudencia de los tribunales ingleses parte de la base de que se debe asegurar a la defensa una oportunidad de contrainterrogar a los testigos, pero, si esto no es posible, otras medidas —como las previstas en la CJA 2003— bien podrían ser suficientes para garantizar que la evidencia es confiable y, en definitiva, que la condena no es "insegura". La confrontación, como se aprecia, se justifica en términos de confiabilidad de la prueba y se piensa como una herramienta, entre otras, que procura evitar el riesgo de que se arribe a una decisión equivocada.

respeto a la autonomía y dignidad del acusado o en las obligaciones morales de aquellos testigos que, con su declaración, acusan a otra persona (véanse Spencer, 2014, pp. 12 y 44-45; Dennis, 2011, pp. 348-349; Jackson y Summers, 2012, pp. 362 y ss.). Esa faceta no instrumental del derecho serviría, como podrá observarse, para intentar defender a la *sole or decisive rule* de críticas como las que le dirigía la Suprema Corte del Reino Unido. En efecto, si se independiza al derecho de su fundamento epistémico, entonces se puede seguir sosteniendo, sin problemas evidentes de consistencia, que una condena perfectamente "segura" en términos epistémicos es, no obstante, "injusta" por haber infringido en un grado no tolerable el derecho del acusado a confrontar a sus acusadores.[85] Spencer lo ha expresado de esta manera:

> Detrás de este choque —o, para ponerlo en términos más positivos, del "diálogo"— entre los tribunales ingleses y Estrasburgo, se esconde una cuestión filosófica sobre la naturaleza de la garantía contenida en el artículo 6(3)(d). ¿El derecho de confrontar a testigos de cargo es puramente instrumental o representa algún tipo de valor procesal superior [*higher procedural value*]? O, para decirlo de otro modo, ¿es solo una de las herramientas diseñadas para proteger a los inocentes de una condena, una que se puede dejar en la caja jurídica de herramientas cuando otros instrumentos pueden ser usados en su lugar para hacer el mismo trabajo? ¿O tiene el derecho de confrontación, por sí mismo, una importancia tal que constituye un ingrediente esencial del debido proceso, cuya ausencia significará inevitablemente

[85] No obstante, como indica agudamente Dennis, si se acepta una dimensión no epistémica del derecho de confrontación, basada en nociones tales como la idea de respeto a la dignidad del acusado como ciudadano, es necesario advertir que *todo* ciudadano (no sólo el acusado) puede invocar un derecho tal. Esto explica que el reclamo del acusado por un trato justo pueda entrar en conflicto con el mismo reclamo de víctimas y testigos, sin que desde esa perspectiva quepa priorizar la posición del primero sobre la de los segundos (Dennis, 2011, pp. 353-354, con buenos ejemplos sobre este último punto; en el mismo sentido, véase Rovatti, 2020a, p. 55). En contraposición, nótese que la dimensión epistémica del derecho —y, en general, de la noción de debido proceso— tiene, como señala también Dennis, un "contenido mínimo no negociable": si el procedimiento acarrea un riesgo cierto de conducir a un falso positivo, y no hay modo de compensarlo a través de medidas destinadas a asegurar la precisión del fallo, ese derecho habrá sido infringido. Y con respecto a la corrección fáctica de la decisión el acusado sí tiene un interés único y distintivo, que está por encima de los intereses de cualquier otra parte, pues es aquél quien será condenado y castigado si se lo encuentra culpable siendo inocente (2011, p. 352). También las víctimas y la sociedad toda tienen, por supuesto, un interés en la corrección fáctica del fallo, pero en la medida en que se considere moralmente más grave la condena de una persona inocente que la absolución de una culpable, la idea de Dennis sobre el interés "único y distintivo" del acusado puede compartirse.

> que se infrinjan los derechos que el Convenio garantiza a la persona condenada, independientemente de su culpabilidad o inocencia, como sucede (por ejemplo) con el requisito de un tribunal independiente? [2014, p. 45].

He sostenido en otro trabajo (Rovatti, 2020a) que hay buenas razones para ser escépticos acerca de que el derecho de confrontación pueda, en última instancia, encontrar un fundamento moral autónomo en razones distintas de las de evitar el riesgo de injusticia sustantiva.[86] Si, como ocurre con los niños de cierta edad, seguimos el camino que nos traza el preguntarnos por el porqué de tal "garantía mínima", me parece que la única respuesta convincente es que queremos evitar, como dice el proverbio, *que paguen justos por pecadores*. Las lecciones de la historia tienden a confirmar esta misma hipótesis: pareciera que, en un proceso tristemente célebre como el de Sir Walter Raleigh en 1603,[87] cualquiera puede terminar decapitado, con independencia absoluta de su culpabilidad o inocencia. Y es precisamente esta falta de consideración al riesgo de castigar al inocente lo que nos resulta intolerable.

En cambio, no me parece que añada demasiado, ni que ayude a esclarecer las cosas, decir que, como ciudadanos, tenemos derecho a que se nos trate como personas en lugar de como cosas, como sujetos y no como meros objetos del proceso, o a que se nos consulte en lugar de simplemente encargarse de uno (Tribe, 1978,

[86] Sobre las razones para ser escépticos acerca de fundamentos no-epistémicos como clave interpretativa del derecho de confrontación, remito a Rovatti (2020a, pp. 50-56) y, más ampliamente, a los trabajos de Stein (2005, pp. 31-33) y Alexander (1998).

[87] En la cultura jurídica del *common law*, el juicio de Sir Walter Raleigh a menudo se considera un ejemplo paradigmático de la posibilidad de abuso en un sistema sin confrontación. Raleigh fue acusado de traición, bajo la alegación de que había participado de un complot para poner a Arabella Estuardo en el trono, en lugar de Jacobo I. La acusación descansaba casi exclusivamente en una "confesión" escrita de Lord Cobham, otro supuesto conspirador que, en el curso del procedimiento ante el *Privy Council*, había nombrado a Raleigh como uno de los involucrados. Cobham no testificó en el juicio y, a pesar de los requerimientos de Raleigh y de que aquél estaba disponible, el tribunal se negó a ordenar que fuera llevado ante sí para declarar bajo juramento y someterse al interrogatorio del acusado. El argumento fue que si Cobham fuese convocado al juicio quizá se retractaría. Sobre la base de aquella "confesión" escrita Raleigh fue condenado como traidor y, quince años después, decapitado (véase Spencer, 2014, pp. 41-42; Redmayne, 2010, p. 16; para mayor detalle, Stephen, 1919). Para un análisis histórico de las características del sistema de administración de justicia criminal en la época en que nació, entre otras, la regla de exclusión de la prueba *hearsay*, véase Langbein (1996; 2003). Llaman la atención sobre la importancia de considerar las diferencias radicales entre los procedimientos propios de ese contexto histórico y los procesos judiciales actuales, Allen (2009) y Spencer (2014, pp. 2-4).

pp. 503-504; Massaro, 1988, p. 904; Scallen, 1992, pp. 626-627 y 641-643; Choo, 1996, pp. 37-42 y 2013, pp. 246-247; O´Brian, 2011, p. 113); o bien poner el foco en la obligación moral de una persona que nos acusa de presentarse públicamente y "dar la cara", en lugar de tirar la piedra y esconder la mano (en ese sentido, Clark, 2003), entre otras propuestas que procuran hallar algo intrínsecamente valioso en derechos procedimentales como el de confrontación.

En todo caso, como apunta con agudeza Dworkin (1985, p. 138), las afirmaciones de qué trato considera a la persona como persona son, a lo sumo, conclusiones de argumentos, no premisas. Según lo veo, creemos que se nos trata como personas y no como objetos de los que hay que ocuparse cuando se nos permite controlar la prueba, o cuando se nos permite ser oídos antes de que se tomen decisiones importantes sobre nosotros, *precisamente porque* esas han demostrado ser técnicas idóneas para evitar —o cuando menos disminuir— el riesgo de injusticia sustantiva. Hay, en última instancia, un derecho moral a no ser deliberadamente condenado cuando se sabe que uno es inocente, y hay también un derecho a que los procedimientos que se adoptan le asignen la importancia debida al riesgo de que aun siendo inocente una persona pueda ser encontrada culpable.[88] En fin, si

[88] Véase, con mayor detalle, la posición de Dworkin (1985, pp. 103-139). *Grosso modo*, para Dworkin la adopción o rechazo de cierto tipo de procedimientos está en función de la especial consideración debida al riesgo de *daño moral*. El *factor injusticia* de una pena o *daño moral* es una noción objetiva que supone que alguien sufre un daño especial cuando recibe un tratamiento injusto, sin importar si lo sabe o si le importa, pero no lo sufre si no recibe un tratamiento injusto, aunque así lo crea y le importe. Hay costo o daño moral no sólo cuando deliberadamente se condena al que se sabe inocente, sino también cuando se condena a alguien por error, siguiendo procedimientos generales, en cierta medida riesgosos, dispuestos de antemano, aunque el factor injusticia sea mayor en el primer caso que en el segundo. Los ciudadanos no tienen derecho a ser juzgados en los juicios más precisos posibles, cueste lo que cueste, ni a un determinado nivel de precisión (postulados extravagantes), pero tampoco es cierto que una persona imputada de un delito no tenga derecho a ningún grado de precisión (postulados nihilistas). En materia de procedimientos penales, Dworkin da cuenta de dos tipos de derechos "en sentido fuerte" (ajenos a un cálculo utilitarista estándar): por un lado, los ciudadanos tienen derecho a que estos procedimientos asignen la importancia debida al riesgo de daño moral; por el otro, tienen derecho a una ponderación coherente de la magnitud del daño moral. En lo que respecta a lo primero, por ejemplo, no le asignaría la importancia debida al riesgo de daño moral una comunidad que decidiera casos penales lanzando una moneda al aire, o no permitiera que el acusado estuviera presente en su juicio, o impidiera que tuviese un abogado defensor o que presentase pruebas si así lo considerase conveniente (1985, p. 123), pero esto no quiere decir que alguien tenga derecho a tal o cual arreglo procedimental específico, sino más bien que se tiene derecho a que se tome especialmente en cuenta el factor injusticia (p. 136). En relación con lo segundo, se parte de la base de que en casos difíciles el valor otorgado al riesgo de daño moral resulta objeto de debate y puede no haber consenso al respecto entre personas razonables

de lo que se trata es de prestar la atención debida al riesgo de injusticia sustantiva, entonces parece sensato —siguiendo la metáfora de Spencer— que se pueda acudir a la "caja de herramientas" en busca de reemplazos idóneos para el trabajo cuando la confrontación no está disponible.[89]

De cualquier modo, si no se compartiese este escepticismo y se considerase a la confrontación como algo valioso en sí mismo, ello no respondería aún a los interrogantes específicos acerca de las restricciones o limitaciones admisibles en

y sensatas. El segundo derecho, señala, tiene especial importancia práctica en escenarios como ese, pues permite que un ciudadano alegue, aun en supuestos donde la respuesta correcta al problema del daño moral es muy discutida, que tiene derecho a disponer de procedimientos compatibles con el valor que la comunidad asigna al daño moral de acuerdo con lo plasmado en sus leyes; se apela, así, a la justicia de respetar los compromisos asumidos (pp. 120, 123).

[89] Esto es claro cuando la confrontación no está disponible por motivos no imputables a las autoridades estatales (el fiscal ha hecho todo bien, pero el testigo muere en un accidente). Distinto sería si son las autoridades estatales las que esconden la herramienta (como en el juicio de Sir Walter Raleigh) o si lo que explica que una buena herramienta no pueda ser usada por el acusado y su defensa es una crasa desaprensión de esas mismas autoridades (era evidente que el testigo no estaría disponible para el juicio, pero el fiscal no requiere la práctica anticipada de esa prueba). Este último supuesto es ciertamente el que plantea mayores dificultades. A favor de la incorporación de la declaración previa está el hecho de que, por las mismas razones que concurren cuando la ausencia es imprevisible, esa declaración podría resultar en ciertos supuestos confiable y, a la vez, determinante del resultado del caso. En tales supuestos, que la absolución deba ser el "remedio" para la negligencia del fiscal puede parecer una solución excesiva si se contemplan en el balance los derechos de las víctimas a una decisión conforme a la evidencia y el interés de la sociedad, que abarca tanto el diligente desempeño de los funcionarios como el castigo de los criminales contra los que hay prueba suficiente de su culpabilidad. Si el objetivo es el de evitar futuras negligencias de esa índole, quizá otras medidas podrían ser tomadas, en lugar de una tan drástica como la inadmisión de esa evidencia (véase, en sentido similar, Ferrer Beltrán, 2007, p. 79). Otro modo de aproximarse al asunto es incorporar al análisis una perspectiva dinámica y considerar la diferencia conceptual entre honrar y promover un valor o un principio, planteada en el ámbito de la filosofía política por Petit (1989, p. 117), que Ferrer Beltrán (2007, pp. 73-74) ha usado para evaluar la justificación epistemológica de algunas reglas jurídicas que excepcionan el principio general de admisión de toda prueba relevante. Un valor o principio son honrados si se actúa de acuerdo con ellos en cada caso; es posible, sin embargo, promover ese valor o principio infringiéndolo en un caso concreto, si, pese a ello, se maximiza su aplicación en el futuro. El principio de la mejor evidencia disponible (que subyace a la *hearsay rule* en el ámbito del *common law*, tanto como a los principios de inmediación y contradictorio en la tradición continental) podría incorporar esta perspectiva dinámica y hacer aplicación fructífera de la señalada distinción. Incluso si, en el momento del juicio, no hay mejor prueba disponible que la declaración previa en cuya práctica la defensa no ha podido intervenir, aún podría considerarse apropiado inadmitir la declaración si cabía esperar que la acusación hiciese las cosas mejor, lo que ocurre cuando la futura ausencia del testigo era fácilmente previsible. Pues, a diferencia de lo que ocurre en casos donde la ausencia no se ha podido prever, aquí adquiere sensatez el argumento de que excluir la declaración obtenida al margen de las reglas del anticipo de prueba proporcionaría un incentivo para utilizar los mejores procedimientos previstos para investigar los crímenes (Redmayne, 2010, p. 27). En fin, creo que éstos son algunos de los aspectos que deberían tenerse en cuenta a la hora de dar respuesta a ese espinoso interrogante.

supuestos problemáticos como el de testigos ausentes, especialmente vulnerables o atemorizados, a menos que se elevase a la confrontación a la categoría de derecho absoluto, algo que, hasta donde sé, nadie ha sugerido seriamente.[90] Para ser consistentes, habría que preguntarse, por ejemplo, a partir de cuándo un determinado arreglo procedimental demuestra que se ha dejado de tratar al acusado como persona y se lo ha empezado a tratar como cosa, o en qué supuestos puede decirse que se lo trata como objeto y no como sujeto del proceso, o bajo qué condiciones puede sostenerse que el testigo de cargo infringe su obligación moral de dar la cara y hacerse cargo de la acusación dirigida al inculpado.

No me parece que las respuestas sean evidentes, ni creo que deban ser muy distintas a las que resultan de la mirada instrumental del derecho. Por poner un ejemplo, si la alegada víctima ha muerto, o está físicamente incapacitada para declarar, parece difícil sostener que quiera rehuir al interrogatorio de la defensa, de modo que el último fundamento moral según el cual una persona que acusa debe "dar la cara" no entraría en consideración. O bien: si la causa de la incomparecencia del testigo resulta imprevisible para las autoridades y estas, a su vez, procuran compensar procesalmente a la defensa la imposibilidad de interrogarlo, parece algo desmesurado afirmar que esas mismas autoridades dispensan al inculpado el trato de "cosa" o de "objeto" del procedimiento.

Comoquiera que sea, a partir de los pronunciamientos de la Gran Sala en *Al-Khawaja* y *Schatschaschwili* ha quedado en evidencia que para el TEDH el fundamento del derecho es uno de tipo instrumental-epistémico. Tener esto en cuenta tiene indudable importancia para aquellas altas cortes de justicia que pretendan seguir de manera consistente la guía del Tribunal de Estrasburgo.

V. Criterios que confrontan: balance de la jurisprudencia de la SCJN

Con lo expuesto hasta aquí estamos mejor equipados para evaluar la jurisprudencia de la SCJN reseñada en el apartado II. A eso dedicaré los próximos párrafos,

[90] Véanse, en el mismo sentido, Spencer (2014, pp. 12-13) y, con una propuesta de método para determinar la validez de excepciones y calificaciones a las distintas garantías integrantes del debido proceso, Dennis (2011).

a modo de conclusión, y con la expectativa de que las críticas contribuyan a esclarecer algunos puntos oscuros y sirvan como punto de partida para reflexionar sobre la consistencia entre los distintos criterios que se han ido perfilando en esta última década.

En primer término, vale la pena aclarar que la SCJN no ha abordado directa y explícitamente la cuestión de los fundamentos o principios subyacentes al derecho del acusado de interrogar a los testigos de cargo. No obstante, algunas pistas pueden obtenerse si se presta atención a aquellas ventajas que la Corte le ha atribuido a la inmediación y al contradictorio en la práctica de la prueba testifical. En los fallos que se han examinado se hace referencia, por ejemplo, a la necesidad de contrarrestar la "opacidad" de las declaraciones *ex parte* y exponer los posibles vicios de la prueba (AD 14/11), y de permitir al inculpado cuestionar la acusación "ante la misma persona que la hace y de cara al juez", ya que se acepta que "es más difícil mentir sobre una persona `en su cara´, que a sus espaldas" (ADR 3048/2014); se destaca que la inmediación del juzgador con la prueba, al tiempo que suprime intermediarios, le proporciona las "condiciones óptimas" para percibir los "componentes paralingüísticos" de la declaración, algo que le permitiría apreciar mejor la credibilidad de los testigos (ADR 243/2017 y ADR 2308/2016); entre otras afirmaciones similares. Algunos de esos argumentos contienen, cuando menos, un exceso de optimismo,[91] pero la cuestión ahora es simplemente destacar que esas ventajas —supuestas o reales— son, en todo caso, ventajas estrictamente epistémicas. En lo

[91] Por ejemplo, la idea de que "es más difícil mentir sobre una persona `en su cara´, que a sus espaldas" es una muy repetida, especialmente en la concepción estadounidense de la confrontación [véase *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012, (1988)]. Sin embargo, como señala Spencer (2014, p. 42), ese es un razonamiento "profundamente sospechoso": es más difícil mentir sobre una persona ante su presencia que a sus espaldas, pero también es más difícil decir la verdad, especialmente si esta no es agradable. En todo caso, la confrontación física, cara a cara, con la persona acusada, puede hacer más incómoda la declaración, pero no hace más probable, por sí misma, que el relato sea verdadero. Que la defensa pueda interrogar al testigo sí permite testear la confiabilidad de la declaración, pero esto no requiere de la presencia física, en el mismo lugar, del acusado y del testigo, ni mucho menos exige contacto visual entre ellos. Por otro lado, no pueden aceptarse sin reservas o calificaciones las referencias de la SCJN a que los "componentes paralingüísticos" de la declaración de un testigo resultan un indicador confiable acerca de si miente o dice la verdad. No puedo ocuparme del asunto con la amplitud que merecería, pero sobre las ventajas reales y supuestas de la inmediación puede consultarse, en este Manual, el capítulo a cargo de Javier Mariezcurrena; asimismo, los trabajos de Andrés Ibañez (2003; 2009, pp. 58-64), Roberts y Zuckerman (2004, pp. 218-222) y Saks y Spellman (2016, pp. 122-125).

que concierne a los fundamentos del derecho, por tanto, la jurisprudencia de la SCJN parece estar en línea con el criterio que, como se ha visto, asumió abiertamente la Suprema Corte del Reino Unido en *Horncastle* y, tiempo después, la Gran Sala del TEDH en *Al-Khawaja.*

En segundo lugar, puede afirmarse que en la interpretación del derecho los puntos de partida de la SCJN han sido similares a los empleados por el TEDH, y esto ha sido así incluso antes de que el Alto Tribunal comenzara a citar explícitamente la jurisprudencia de Estrasburgo. Normalmente, la prueba testifical debe desahogarse de conformidad con los principios de inmediación y contradicción, pero existen supuestos en los cuales es razonable incorporar la declaración previa de un testigo de cargo no disponible. En el criterio de la SCJN se han repetido dos advertencias muy importantes: por un lado, la carga de probar que concurre una buena razón compete al Ministerio Público, así como la de agotar los esfuerzos razonables destinados a ubicar un testigo; por el otro, al evaluar una alegación de esa clase, el tribunal debe considerar, entre los factores relevantes, si una conducta diligente del Ministerio Público podría haber asegurado la comparecencia del testigo o al menos la oportunidad de la defensa de examinar al testigo en la etapa investigativa (AD 14/11; ADR 4086/2015). En lo que respecta a los motivos admitidos como buenas razones, en ocasiones se ha empleado una fórmula abarcativa para dar cuenta de ese conjunto de casos, en otras se han utilizado ejemplos. Entre los casos abordados o mencionados por la Corte se encuentran la muerte del testigo, la incapacidad física o psíquica y la imposibilidad de localizarlo, cuando se han hecho esfuerzos razonables.

En tercer lugar, hemos visto que a partir del ADR 3048/2014 la SCJN hizo propia la *sole or decisive rule* europea y, con ello, incorporó la cuestión de la decisividad de la declaración del testigo no disponible, así como las dificultades que ese test trae consigo. Tres aclaraciones valen la pena. Primero, la Corte ha utilizado lo que podríamos llamar la versión "rígida" de esa regla, lo que —a decir verdad— no refleja adecuadamente el criterio interpretativo más flexible que, hace ya casi una década, sostiene el Tribunal de Estrasburgo. No es claro si esta diferencia ha obedecido a una deliberada toma de posición en favor de la estrictez o inflexibilidad de la regla, pues la Corte no ha hecho ninguna mención específica a este respecto.

Segundo, la SCJN parecer haber interpretado la señalada regla del testimonio único o decisivo como una regla de inadmisión o exclusión; sin embargo, como se ha visto, ello no se sigue de la jurisprudencia del TEDH y, además, plantea ciertas dificultades de implementación para los tribunales de juicio, al exigirles una evaluación anticipada del posible carácter dirimente o no de la evidencia. Por último, aunque la SCJN todavía no se ha hecho eco del test de tres pasos elaborado por el TEDH a partir de *Al-Khawaja* (2011), es interesante observar que en el ADR 4086/2015 sí se hace referencia al deber de los tribunales de adoptar "diligencias alternativas" al interrogatorio de la defensa cuando un testigo de cargo no está disponible. Esas "diligencias alternativas", entre las cuales la SCJN menciona a los "careos supletorios", deberían ayudar a compensar a la defensa el déficit de confrontación y permitir que el juzgador examine la confiabilidad de la declaración previa en el contexto de las pruebas del caso. De esta manera, aunque la SCJN no haya empleado todavía la expresión "medidas de contrapeso", la idea sí está presente en alguno de sus precedentes y puede ser recuperada en próximos pronunciamientos.

En cuarto lugar, y para cerrar este balance, merecen una consideración especial dos precedentes que se apartan notablemente de la línea jurisprudencial hasta aquí examinada. Como hemos visto, en el ADR 243/2017 la SCJN declaró la inconstitucionalidad de una disposición procesal estatal que autorizaba la incorporación por lectura de declaraciones previas cuando el testigo no había podido ser localizado, mientras que en el ADR 2308/2016 declaró la inconstitucionalidad del supuesto algo impreciso previsto en una disposición que admitía la incorporación de las "declaraciones de testigos, víctimas, peritos o coimputados, cuando por la gravedad de los hechos delictuosos, se advierta la negativa de aquéllos".

En mi opinión, estas decisiones resultan desconcertantes, sobre todo si se las pone en relación con la sentencia dictada poco tiempo después en el ADR 2929/2018, donde se retoma la jurisprudencia del TEDH como guía y se afirma que muerte del testigo es una "buena razón", ya que "se trata de una contingencia insuperable material y jurídicamente". En este último caso, cabe recordar, la SCJN no sólo no dice abandonar la línea de los ADR 243/2017 y 2308/2016, ni aporta en la sentencia alguna aclaración o matiz, sino que reproduce entre los fundamentos del

fallo la posición adoptada en esos precedentes. De esto se podría colegir que la diferencia relevante radica en la índole del motivo que impide la comparecencia del testigo a juicio: la muerte del testigo sería una excepción aceptable, pero no la imposibilidad de localizarlo o el temor de un niño a declarar en casos de delitos graves (como parecía ser el caso en el ADR 2308/2016). Sin embargo, la SCJN no lo aclara expresamente, ni explica por qué la imposibilidad de localizar a un testigo o el temor de un testigo menor de edad no serían también "buenas razones", al menos bajo ciertas circunstancias.[92]

Considero que hay varias razones que, como señalaba, hacen difícil de comprender este aspecto de la jurisprudencia de la SCJN. Primero, porque una vez que se admite la existencia de excepciones plausibles al derecho de examinar a los testigos de cargo, no parece haber ninguna justificación para incluir dentro de ese universo al caso del testigo que ha muerto, pero no al del que no puede ser localizado, o —bajo ciertas condiciones— al de aquel que está demasiado atemorizado para declarar en casos de delitos graves.[93] Segundo, porque la SCJN, tanto antes como

[92] En el ADR 2308/2016 sí existe una referencia concreta al supuesto declarado inconstitucional, pero se trata de un párrafo algo nebuloso. La SCJN indica que no obsta para declarar la inconstitucionalidad del supuesto que se analizaba "la circunstancia de que el testigo de quien no se obtuvo su comparecencia en la etapa del juicio oral se trate de un menor de edad", pues "tal situación no llega al extremo de configurar una excepción para el cumplimiento de los principios constitucionales [de inmediación y contradicción] que deben regir en el nuevo sistema procesal penal". En el criterio de la Corte, esto es así "porque en la práctica judicial cuando interviene un menor de edad, la autoridad jurisdiccional debe dictar las medidas necesarias para garantizar su protección en observancia al interés superior que le asiste y los derechos que les son inherentes, de ahí que no es dable considerar que ante el supuesto de testigos menores de edad se justifique la incorporación a la audiencia oral, mediante lectura, de sus declaraciones que obran en diligencias anteriores". El argumento no es del todo claro, pero podría interpretarse en el sentido de que, en un caso como ese —la negativa del padre del testigo menor de edad, amparada, según el supuesto normativo, en la "gravedad de los hechos delictuosos"— resultaba necesario evaluar si habría sido posible restringir en menor medida el derecho del acusado. Si existían alternativas igualmente idóneas para proteger al testigo, pero que restringiesen en menor medida el derecho del acusado, entonces el argumento de la SCJN podría interpretarse como uno que cuestionaba la *proporcionalidad* de la restricción. Esto sería coherente con la jurisprudencia del TEDH según la cual, en casos como este, la admisión de la declaración previa en lugar del testimonio en juicio debe ser una medida de último recurso. Antes de autorizar la incomparecencia de un testigo atemorizado, el tribunal debería explicar por qué alternativas como la reserva de identidad u otras medidas especiales resultarían inapropiadas o impracticables (GS, *Al-Khawaja,* §125). Vale la pena agregar que para sostener una posición como esta no hacía falta declarar la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada, pues habría bastado con interpretarla *conforme a* la Constitución.

[93] Así, por ejemplo, cuando se han agotado todas las medidas razonables para localizar a un testigo cuyo paradero se ignora, su incomparecencia al juicio es tan "insuperable material y jurídicamente" como la

después de los dos fallos comentados, usó a la jurisprudencia del TEDH como guía interpretativa y este Tribunal ha admitido, como vimos, que ambos supuestos constituyen "buenas razones" para apartarse de lo que normalmente exige el artículo 6.3.d del Convenio Europeo. Y tercero, porque —como se ha visto— incluso antes de acudir al test europeo esa misma había sido la posición de la SCJN al considerar, en varias oportunidades, el caso del testigo a quien no es posible localizar.[94]

Un último punto es digno de mención. Más allá de las inconsistencias relevadas, lo resuelto en los ADR 243/2017 y 2308/2016 fue presentado por la SCJN como una consecuencia necesaria del "cambio de paradigma" iniciado con la instauración del "Nuevo Sistema de Justicia Penal", de tendencia acusatoria, a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional aprobada en 2008. Esto condice con lo que la SCJN había adelantado en el ADR 3048/2014, al señalar que "en un sistema genuinamente adversarial, hacia el cual el Constituyente impone dirigirnos, resultaría necesario replantearnos el alcance de la excepción al derecho de confrontación basada en la imposibilidad de localizar testigos".

Las sentencias dictadas en los ADR 243/2017 y 2308/2016 expresan una marcada preocupación por corregir cualquier tendencia distorsiva del sistema de enjuiciamiento acusatorio. La SCJN se posiciona a sí misma como una pieza clave en la implementación del modelo introducido con la reforma constitucional.

del caso del testigo que ha muerto. A su vez, esta "desaparición" del testigo puede resultar tan imprevisible como su muerte repentina.

[94] En el AD 14/11 la SCJN había examinado cuidadosamente si el Ministerio Público y el juez habían hecho suficientes esfuerzos para dar con el paradero del testigo. Esta posición, repetida también en el ADR 4086/2015, es la correcta y condice con el criterio del TEDH. Según este, en tales casos se requiere que el tribunal doméstico haya hecho todos los esfuerzos razonables para asegurar la asistencia del testigo, pues de lo contrario la ausencia es imputable a las autoridades nacionales (*Gabrielyan c. Armenia*, no. 8088/05, 10 de abril de 2012, §78; *Tseber c. República Checa*, no. 46203/08, 22 de noviembre de 2012, §48; *Kostecki c. Polonia*, no. 14932/09, 4 de junio de 2013, §§65-66). Aunque el TEDH no brinda una lista de medidas que los tribunales domésticos deberían adoptar para que pueda decirse que han hecho "todos los esfuerzos razonables", sí indica que se debe haber procurado activamente su comparecencia, con ayuda de las autoridades nacionales, como la policía (*Prăjină c. Rumania*, no. 5592/05, 7 de enero de 2014, §47), y, como regla, requerido asistencia internacional en caso de que el testigo resida en el extranjero y un mecanismo de esa índole existiera (*Gabrielyan*, §83; *Fafrowicz*, §56; GS, *Schatschaschwili*, §§120-122).

Campea el temor de que, al admitir excepciones a los principios de inmediación y contradicción, se esté validando de algún modo una práctica de juicios deslucidos, de audiencias donde tan sólo se reproduzca la información reunida en la etapa anterior, unilateralmente, por el Ministerio Público.[95] Transpira de las sentencias de la SCJN un espíritu reformador, una retórica que invita a distanciarse para siempre del *ancien régime*. Quizá sea esto lo que explique la reacción desmesurada de la Corte en tales precedentes, que pronto debió corregir, con buen tino, en el ya citado ADR 2929/2018.[96]

[95] De ahí también el énfasis puesto en la distinción entre "datos de prueba" (recabados en la etapa de investigación) y verdaderas "pruebas" (las practicadas en el juicio), que encuentra apoyo en el texto del artículo 20, apartado B, fracción III, reformado, y en el CNPP. Me parece que la insistencia de la SCJN en esa distinción cumple una función eminentemente didáctica y debe ser entendida como parte de esa retórica de distanciamiento de los vicios atribuidos al modelo de enjuiciamiento anterior. Ahora bien, ninguna duda cabe de que esa estipulación terminológica, por sí misma, no ayuda demasiado cuando se discuten asuntos como el abordado en este trabajo: la pregunta acerca de los alcances del derecho de examinar a los testigos de cargo no se responde con la nuda afirmación de que la declaración previa de un testigo no disponible no es una genuina "prueba" y, por tanto, no puede ser empleada para sustentar la sentencia. En rigor de verdad, una afirmación como esa no es un argumento, sino una estratagema para blindar la posición asumida mediante el empleo de una definición estipulativa. Para que se entienda el punto, pongo otro ejemplo. Podríamos ponernos de acuerdo en no llamar "prueba" a cualquier elemento de juicio obtenido de forma inapropiada por las autoridades (la denominada "prueba ilícita"). Podríamos llamarlos "datos ilícitamente obtenidos", "datos mal habidos" o inventarle algún otro nombre. Quizá el propósito que nos guíe sea el de subrayar que esa información, obtenida en violación de derechos fundamentales, no debería ser empleada en una decisión judicial en perjuicio de aquel cuyos derechos se han transgredido. Ahora bien, supongamos que estamos discutiendo acerca de los alcances que debería tener la llamada regla de exclusión de la prueba ilícita (véase, sobre el punto, el trabajo de Alan Limardo en este Manual). Si, en ese contexto, nuestro interlocutor nos dijese "el asunto es sencillo, jamás debería admitirse porque no se trata de verdadera prueba, sino de `datos mal habidos´", pensaríamos que no ha entendido la discusión o que nos está tomando el pelo. Para despejar esa duda podríamos replicar socarronamente: "tiene usted razón, hablemos entonces de la admisibilidad de esos `datos mal habidos´". Si una sonrisa se dibujase en el rostro de nuestro interlocutor, sabríamos que se trata de una broma. Si, en cambio, él insistiera en que sólo tiene sentido hablar de la admisibilidad de verdaderas "pruebas" y no de la admisibilidad de "datos mal habidos", entonces sabríamos que no ha comprendido bien los términos de la discusión o que no está dispuesto a entrar en ella: en lugar de argumentar a favor de su postura, esta persona habría clausurado toda posibilidad de debate. No es inusual, aunque sí lamentable, que discusiones sobre asuntos de enorme relevancia queden trabadas en estos términos. Sobre seudo-disputas originadas en equívocos verbales, empleo ideológico del lenguaje y definiciones estipulativas y retóricas o persuasivas, pueden consultarse Carrió (1968, pp. 68 y ss.); Guibourg, Ghigliani y Guarinoni (2004, pp. 60-63 y 76-80).

[96] Las sentencias dictadas en los ADR 243/2017 y 2308/2016 parecían inaugurar una etapa donde se elevaría a la confrontación a la categoría de derecho absoluto. Esto, sin embargo, quedaría pronto desmentido en la sentencia dictada en el ADR 2929/2018, que admite una excepción bajo el nuevo esquema constitucional.

La preocupación y el objetivo de la SCJN pueden compartirse, pero es más difícil coincidir en la relación de medios a fines: simplemente no es cierto que admitir declaraciones previas cuando hay buenas razones para hacerlo pueda corroer la implementación de un sistema acusatorio de justicia penal.

Es necesario considerar, en primer término, que la interpretación de los alcances de un derecho como el reconocido en el artículo 6.3.d del CEDH o en el artículo 8.2.f de la CADH no debería depender de las características del sistema de enjuiciamiento que haya adoptado un Estado parte.[97] Estos instrumentos de derechos humanos tienen como fin el aseguramiento de un conjunto de garantías procedimentales mínimas, pero no pretenden homogeneizar completamente el modo en que en los distintos países se llevan adelante los procesos criminales.

En segundo lugar, a diferencia de lo que parece presuponer la SCJN en los ADR 243/2017 y 2308/2016, no hay una conexión "natural" entre sistema acusatorio e inadmisión de las declaraciones previas de testigos no disponibles. En la cuna del *adversary system* y en tantos otros países que son herederos de esa tradición jurídica el supuesto de testigos no disponibles constituye una razonable excepción a la *rule against hearsay.*[98] Basta con echar una mirada al enriquecedor diálogo que, en esta materia, tuvo lugar entre la Suprema Corte del Reino Unido y

[97] Esto es algo que la SCJN advierte en el ADR 2929/2018. En efecto, cuando la Corte retoma allí el criterio del ADR 3048/2014, lo hace con la aclaración de que, si bien ese fallo se dictó "en el contexto del sistema penal tradicional o mixto", esto no era relevante en la medida en que "el respeto al derecho de confrontación no es una exigencia exclusivamente aplicable a un sistema oral o adversarial", sino más bien "una exigencia básica de cualquier sistema en el que opere el principio de presunción de inocencia y el deber de ofrecer al inculpado los medios para preparar su defensa". Este razonamiento, desde luego, es inobjetable, pero se lleva bastante mal con la única idea que pareciera explicar el muy restrictivo y novedoso criterio de los ADR 243/17 y 2308/16, *i.e.* el "cambio de paradigma" introducido por el "Nuevo Sistema de Justicia Penal".

[98] Véanse Varela (2016) y Rovatti (2020a). En el plano legislativo pueden consultarse, a modo de ejemplo, las *Federal Rules of Evidence* (FRE) norteamericanas, reglas 804 y 807, o la CJA 2003 inglesa, parte 11, capítulo 2, secciones 114, 116, 121 y 124-126. En *Al-Khawaja* (§§42-87), además de reseñar la CJA 2003 y la jurisprudencia inglesa, la Gran Sala del TEDH presenta valiosas referencias de derecho comparado sobre Escocia, Irlanda, Australia, Canadá, Hong Kong, Nueva Zelanda, Sudáfrica y Estados Unidos. Antes, en *R. v Horncastle*, la Suprema Corte del Reino Unido había analizado comparativamente otras jurisdicciones de *common law*: [2009] UKSC 14, §41 y Anexo I, preparado por Lord Mance. Jackson y Summers, con cita de la regulación en Inglaterra y Gales (en particular, de la sección 116 de la CJA 2003), señalan justamente que "una excepción importante a la *rule against hearsay* se refiere a los testigos no disponibles" (2012, p. 329).

el TEDH para comprender que lo "acusatorio" no quita lo sensato. Por eso, la idea de que un "sistema genuinamente adversarial" impone una respuesta como la adoptada en los ADR 243/2017 y 2308/2016 es simplemente un mito.

Por último, si en nombre del "nuevo sistema" los tribunales deben andar a ciegas —al vedárseles el conocimiento de piezas de evidencia que pueden resultar determinantes del resultado del caso— incluso cuando nada pueda reprochársele a las autoridades estatales, y debido a ello se llega a soluciones notablemente equivocadas, esto seguramente no será una buena propaganda para la reforma.

Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, R. (2013), "La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, núm. 4/2013, pp. 1-15.

ALEXANDER, L. (1998), "Are Procedural Rights Derivative Substantive Rights?", *Law and Philosophy,* vol. 17, pp. 19-42.

ALLEN, R. J. (2009), "From the Enlightenment to Crawford to Holmes", *Seton Hall Law Review,* vol. 39 (1), pp. 1-16.

ANDERSON, T., SCHUM, D. y TWINING W. (1991), *Analysis of Evidence,* 2a. ed., New York, Cambridge University Press, 2005.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2003), "Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)", *Jueces para la Democracia*, núm. 46, pp. 57-66.

_____, (2009), *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi.

CARRIÓ, G. R. (1968), *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

CHOO, A. L. (1996), *Hearsay and confrontation in criminal trials*, Oxford, Clarendon Press.

_____, (2005), *Evidence*, 4a. ed., New York, Oxford University Press, 2015.

_____, (2013), "Criminal Hearsay in England and Wales: Pragmatism, Comparativism, and Human Rights", *Canadian Criminal Law Review*, núm. 17, pp. 227-252.

CLARK, S. J. (2003), "An Accuser-Obligation Approach to the Confrontation Clause", *Nebraska Law Review,* vol. 81 (3), pp. 1258- 1286.

DAMAŠKA, M. R. (1992), "Of Hearsay and Its Analogues", *Minnesota Law Review*, vol. 76, pp. 425-458.

_____, (1997), *Evidence Law Adrift*, New Haven-Londres, Yale University Press. Citado por la trad. de J. Picó i Junoy, *El derecho probatorio a la deriva*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.

DEI VECCHI, D. (2020), "Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión", *Pensar la prueba*, núm. 1, pp. 27-54.

DELMAS-MARTY, M. y SPENCER, J. R. (eds.) (1995), *Procédures pénales d´Europe*, París, Presses Universitaires de France. Citado por la ed. en inglés, *European Criminal Procedures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

DENNIS, I. (2010), "The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human Rights", *Criminal Law Review,* vol. 4, pp. 255-274.

_____, (2011), "The Human Rights Act and the Law of Criminal Evidence: Ten Years On", *Sydney Law Review*, vol. 33, pp. 333-357.

DWORKIN, R. (1985), *A Matter of Principle,* Cambridge, Harvard University Press. Citado por la trad. de V. d. l. A. Boschiroli, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012.

FERRER BELTRÁN, J. (2007), *La valoración racional de la prueba*, Buenos Aires, Marcial Pons.

FERRUA, P. (2008), "Contradictorio y verdad en el proceso penal", trad. de A. Filippi y M. F. López Puleio, en Gianformaggio, L. (ed.), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Bogotá, Temis, pp. 218-257.

FRIEDMAN, R. D. (1998), "Thoughts from Across the Water on Hearsay and Confrontation", *Criminal Law Review*, pp. 697-709.

_____, (2002), "The Conundrum of Children, Confrontation, and Hearsay", *Law and Contemporary Problems*, vol. 65, pp. 243-255.

_____, (2005), "Grappling with the Meaning of `Testimonial´", *Brooklyn Law Review,* vol. 71 (1), pp. 241-280.

GARCÍA RAMÍREZ, S. (2014), "La unificación legislativa en el enjuiciamiento y la ejecución penal: la reforma constitucional de 2013. Concentración y dispersión", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, pp. 297-314.

GUIBOURG, R., GHIGLIANI, A. y GUARINONI, R. (2004), *Introducción al conocimiento científico*, 3a. ed., Buenos Aires, Eudeba.

HO, H. L. (2008), *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, Oxford, Oxford University Press.

JACKSON, J. D. y SUMMERS, S. J. (2012), *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, New York, Cambridge University Press.

LANGBEIN, J. H. (1996), "The Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources", *Columbia Law Review*, vol. 96, pp. 1168-1202.

_____, (2003), *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press.

MAFFEI, S. (2006), *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, Groningen, Europa Law Publishing.

MARSHALL, P. D. (2011), "A Comparative Analysis of the Right to Appeal", *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, pp. 1-46.

MASSARO, T. M. (1988), "The Dignity Value of Face-to-Face Confrontations", *University of Florida Law Review*, vol. 40 (5), pp. 863-918.

MUERZA ESPARZA, J. J. (2016), "Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal", *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 39, pp. 1-22.

NANCE, D. A. (1988), "The Best Evidence Principle", *Iowa Law Review,* vol. 73, pp. 227-297.

_____, (2004), "Rethinking Confrontation After Crawford", *International Commentary on Evidence*, vol. 2 (1), pp. 1-17.

O´BRIAN, W. E. (2005), "The Right of Confrontation: US and European Perspectives", *The Law Quarterly Review,* vol. 121 (3), pp. 481-510.

_____, (2011), "Confrontation: the defiance of the English courts", *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 15, pp. 93-116.

PARK, R. C. (2007), "Is Confrontation the Bottom Line?", *Regent University Law Review*, vol. 19, pp. 459-467.

PETTIT, P. (1989), "Consequentialism and Respect for Persons", *Ethics*, vol. 100 (1), pp. 116-126.

PRADEL, J. (1976), *Procédure pénale*, 17a. ed., París, Éditions Cujas, 2013.

REDMAYNE, M. (2010), "Confronting Confrontation", *Law, Society and Economy Working Papers*, 10/2010, pp. 1-30.

_____, (2012), "Hearsay and Human Rights: *Al-Khawaja* in the Grand Chamber", *The Modern Law Review*, vol. 75 (5), pp. 865-893.

ROBERTS, P. y ZUCKERMAN, A. (2004), *Criminal Evidence*, Oxford, Oxford University Press.

ROVATTI, P. (2020a), "Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos", *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 1, pp. 31-66.

_____, (2020b), "Reseña de *Condenas erróneas en los Estados Unidos. Análisis de la cuestión desde el ámbito recursivo del sistema de justicia penal*, de E. Matías Díaz", *En Letra: Derecho Penal*, año VI, núm.10, pp. 248-266.

ROXIN, C. (1979), *Strafverfahrensrecht*, 15a. ed., Múnich, Beck. Citado por la trad. de G. E. Córdoba y D. R. Pastor de la 25a. ed. alemana, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2000.

SAKS, M. J. y SPELLMAN, B. A. (2016), *The Psychological Foundations of Evidence Law*, New York, New York University Press.

SALMÓN, E. y BLANCO, C. (2012), *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SCALLEN, E. A. (1992), "Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: Toward a Three-Dimensional Confrontation Clause", *Minnesota Law Review,* vol. 76, pp. 623-654.

SPENCER, J. R. (2014), *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings,* 2a. ed., Oxford, Hart Publishing.

SPOTTSWOOD, M. (2018), "Truth, Lies, and the Confrontation Clause", *University of Colorado Law Review*, vol. 89, pp. 565-611.

STEIN, A. (1996), "The Refoundation of Evidence Law", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 9 (2), pp. 279-342.

_____, (2005), *Foundations of Evidence Law*, Oxford-New York, Oxford University Press.

STEPHEN, H. L. (1919), "The Trial of Sir Walter Raleigh: A Lecture Delivered in Connection with the Raleigh Tercentenary Commemoration", *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 2, pp. 172-187.

TRECHSEL, S. (2005), *Human Rights in Criminal Proceedings,* Oxford, Oxford University Press.

TRIBE, L. H. (1978), *American Constitucional Law*, New York, Foundation Press.

VARELA, A. (2016), "Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba `hearsay´ en el derecho anglosajón", *El debido proceso penal*, núm. 2, pp. 179-218.

VOGLER, R. y HUBER, B. (eds.) (2008), *Criminal Procedure in Europe*, Berlin, Duncker & Humblot.

VOLK, K. (1999), *Grundkurs StPO*, 7a. ed., Munich, Beck, 2010. Citado por la trad. de A. Nanzer, N. T. Núñez, D. R. Pastor y E. Sarrabayrouse, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

WILDE, B. de (2013), "A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases", *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 7 (2), pp. 157-182.

YOUNGS, R. (1998), *English, French and German Comparative Law*, 3a. ed., New York, Routledge, 2014.

Capítulo V

Acceso a la justicia, violencia de género y desigualdades invisibles al proceso penal

Marcela Paz Araya Novoa*

* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídica y Sociales por la Universidad de Concepción (Chile), Magister en Derecho Procesal Penal por la UACH (Chile) y Doctora en Derecho por la Universidad de Girona (España). Profesora de la carrera de Derecho de la UACH, sede Puerto Montt y jueza de garantía en la misma ciudad.

Acceso a la justicia, violencia de género y desigualdades invisibles al proceso penal. I. Introducción; II. Valoración probatoria, estereotipos de género y derecho de acceso a la justicia. Una tríada impensada; III. La investigación de los delitos de violencia machista. Expresión inicial de discriminación hacia las mujeres; IV. La valoración probatoria y las paradojas en el juzgamiento de los delitos de género; V. El rol de la perspectiva de género y la motivación suficiente en la derrota de los estereotipos; VI. A modo de conclusión.

I. Introducción

Paradójicamente, frente a la violencia machista, esto es, aquella que tiene lugar contra las mujeres por el hecho de serlo o que les afecta en forma desproporcionada, al acudir las víctimas a los sistemas jurídicos en busca de protección de sus derechos, sesgos y estereotipos de género se yerguen como principal barrera para que les sean reconocidos y restablecidos.

En estas reflexiones busco plantear un acercamiento a la institución probatoria en los sistemas de libertad de prueba y esclarecer lo que los estereotipos de género significan como manifestación del pacto hegemónico masculino y su vinculación reticular con el acceso a la justicia. Seguidamente, intentaré poner en evidencia cómo estas preconcepciones están presentes en las actividades de investigar y de valorar la prueba desahogada en la audiencia de juicio oral, lo que conduce a mantener el estatus de inferioridad e invisibilización de las mujeres que son víctimas del patriarcado al cometerse delitos en su contra, y luego revictimizadas por un sistema de justicia permeado por el aludido pacto, que desoye sus apremiantes llamadas de auxilio o las atiende mal y tarde.

Visto lo anterior, cuatro son los objetivos centrales de este trabajo. En primer lugar (apartado II), presentaré de manera general un análisis de lo que son y cómo

operan los estereotipos de género y su vinculación con el derecho de acceso a la justicia, situando el estudio en un sistema racional de valoración probatoria. En segundo lugar (apartado III), describiré cómo los sesgos de género operan en las investigaciones de los delitos de violencia contra la mujer y analizaré su impacto en ciertas garantías que le son reconocidas. En tercer lugar (apartado IV), efectuaré un análisis similar respecto de la fase de valoración en sentido estricto, dando cuenta de las paradojas que exhiben los delitos estudiados. Finalmente (apartado V), propondré la utilización de la perspectiva de género y de la motivación completa de la decisión judicial como herramientas para luchar contra las preconcepciones machistas en las indagaciones y juzgamiento de los delitos de género.

Para ilustrar mis postulados, utilizaré pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, Corte IDH) y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante, SCJN), que grafican la intromisión en el razonamiento probatorio de sesgos y estereotipos, la integración de la perspectiva de género para identificarlos y desactivarlos, y contribuir con ello al reconocimiento y preservación de los derechos fundamentales de las mujeres.

II. Valoración probatoria, estereotipos de género y derecho de acceso a la justicia: una tríada impensada

¿Qué vínculo existe entre la valoración probatoria en un sistema de libertad de prueba, los estereotipos de género y el derecho de acceso a la justicia? En una primera mirada es posible responder con aplomo que ¡ninguno! No obstante, en este acápite me propongo poner de relieve la fuerte interrelación que existe entre estos elementos (sistema o método, el primero; categorización, los segundos y derecho fundamental, el último) y cómo ello repercute en la vida y experiencia de las mujeres, manteniendo la discriminación que les ha afectado y generando, eventualmente, violencia patriarcal en su contra, propiciándola o impidiendo evitar sus efectos.

1. La libre valoración racional

Es imposible avanzar en el análisis sin dejar en claro que éste se enmarca en un modelo racionalista de valoración probatoria, que rige en la casi totalidad de los sistemas procesales penales de nuestra cultura jurídica iberoamericana. Tal modelo levanta como fin estructural del proceso y de la prueba la búsqueda de la verdad sobre lo ocurrido, aunque se admite que éste es un ideal regulativo no siempre alcanzable. La decisión judicial sobre los hechos probados se desenvuelve inevitablemente en contextos de incertidumbre, lo que implica que, en la determinación que el juez de los hechos adopte existirá siempre margen para equivocaciones, por lo que se debe aprender a convivir con ellas y tratar de minimizarlas.

Se sostiene certeramente que toda decisión judicial está compuesta por dos premisas, la fáctica y la normativa, de modo que la decisión está internamente justificada si la norma individual que es el resultado decisivo (*i.e.* la decisión producto) se sigue deductivamente de la conjunción de una premisa mayor normativa y una premisa menor fáctica (Dei Vecchi, 2018, p. 712). Pero la justificación interna sólo proporciona criterios de corrección formal, que se desentienden de cuestiones materiales, lo que obliga a preguntarse qué impone la justificación externa.

La premisa normativa carece de valor de verdad, pues las normas sólo son válidas o inválidas. En cambio, de la premisa fáctica es dable predicar su verdad o falsedad, "pues se trata de un enunciado expresivo de una proposición empírica" (Dei Vecchi, 2018, p. 714). La justificación externa de cada una obedecerá a fundamentos de distinta índole; tratándose de la justificación de la premisa fáctica, dependerá de la solidez o robustez epistémica de las razones en favor de determinado enunciado o proposición sobre los hechos del caso.

Así, tratándose de una proposición fáctica sobre los hechos enjuiciados, tal como "Juan dio muerte a María", su justificación externa será tributaria de la solidez y suficiencia de las razones epistémicas presentes en la cadena del razonamiento. Por tanto, para dotar de aceptabilidad a dicha conclusión es indispensable que haya

sorteado con éxito los criterios de suficiencia probatoria, que pueden estar definidos al amparo de los sistemas de prueba legal, libre convicción o valoración racional.

Este último modelo, lejos de identificar la decisión de tener por probados los hechos con estados mentales, como ocurre con la íntima convicción, o de recurrir a reglas que predeterminan el peso de las pruebas y su suficiencia, como es el caso de la prueba tasada, conminan al juez a decidir con irrestricto apego a los criterios de la epistemología general.

Es un rasgo de los sistemas de tradición racionalista, dentro de los cuales se puede clasificar la sana crítica racional o libre valoración racional, su aspiración a configurar un conjunto de elementos de juicio relevantes, esto es, que confirme o refute las hipótesis sobre los hechos del caso, el que deberá ser lo más rico y completo posible. Como se ha señalado, "[a] los efectos de la decisión jurídica, el conjunto de elementos de juicio que podrá y deberá ser tomado en consideración está formado únicamente por las pruebas aportadas y admitidas al proceso" y "cuanto más abundante sea el conjunto de elementos de juicio disponible, mayor será la probabilidad de determinar la verdad de lo ocurrido" (Ferrer Beltrán, 2010, pp. 5-6).

En este sistema, el razonamiento probatorio se modela a partir de inferencias que permitirán al juez obtener conclusiones probatorias epistémicamente fiables, y esta "mediación", que se denomina enlace o conexión y se despliega entre los elementos de juicio y la hipótesis a probar, puede tener un carácter empírico, normativo o conceptual (González Lagier, 2018, p. 16). Tratándose del primer tipo de inferencias, el enlace es una generalización empírica que correlaciona hechos como los descritos en las premisas con los hechos descritos en la conclusión, a partir de la observación de una asociación pasada entre ambos tipos de hechos (González Lagier, 2018, p. 17), normalmente a través de las llamadas máximas de la experiencia, o por medio de conocimientos científicos.

2. Estereotipos y sesgos de género, principal fuente de discriminación

Si la racionalidad y sus criterios son los que dotan de contenido al sistema valorativo al que me he referido, ¿por qué se producen situaciones como aquellas en

las que se argumenta, por ejemplo, que la mayor cercanía entre la víctima y el acusado autoriza a inferir que existió consentimiento para mantener relaciones sexuales, en el caso de una violación? O bien: ¿por qué frente a denuncias de familiares de mujeres desaparecidas no se realizan investigaciones oportunas que permitan recoger prueba de cargo, especialmente de naturaleza biológica, a efectos de su conservación, bajo argumentos que remiten a la conducta previa de la mujer o a su forma de vestir? ¿Por qué se limitan las líneas de investigación en función de supuestos comportamientos de las víctimas y no se exploran todas las hipótesis posibles, procurando acopiar evidencia que luego se transformará potencialmente en prueba relevante?

Son los estereotipos, sesgos o prejuicios[1] de género los que provocan las situaciones incluidas en estos interrogantes, gobernadas por la irracionalidad, lo cual conduce inevitablemente a preguntarse qué son los estereotipos[2] y cómo impactan en la vida de las mujeres y el ejercicio de sus derechos. En este orden de ideas, podemos aceptar como una premisa válida que los sesgos, prejuicios y estereotipos son el resultado de la categorización que efectúa la mente humana a fin de simplificar y organizar la vida, entendiéndose por "categorización" el proceso de ordenar el ambiente por medio de categorías, agrupando personas, objetos o eventos como similares o equivalentes unos a otros (Cardoso Onofre de Alencar, 2015, p. 28). Siguiendo a Cook y Cusack, a su vez, es posible afirmar que:

> Estereotipo es una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (*v.g.* mujeres, lesbianas, adolescentes). Según esta definición, los estereotipos presumen que todas las personas miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares (*v.g.* los adolescentes son irresponsables) o tienen roles específicos (*v.g.* las mujeres son cuidadoras por naturaleza) […] Todas las dimensiones de la personalidad que hacen que

[1] Existen diferencias conceptuales entre estereotipos, prejuicios y sesgos cuyo tratamiento con más precisión excede los márgenes temáticos y de extensión del presente trabajo, por lo que serán aquí referidos indistintamente. Para el estudio de este tópico, véase Arena ("Responsabilidad por sesgos implícitos y decisión judicial", p. 8).

[2] Según se ha sostenido, "[e]n términos amplios, los estereotipos son una forma de categorización social que facilita nuestras interacciones cotidianas con otras personas" (SCJN, 2020, p. 43).

> una persona sea única serán, por lo tanto, filtradas a través del lente de dicha visión generalizada o preconcepción sobre el grupo con el cual se le identifica [Cook y Cusack, 2010, p. 11].

El *sexo*, como parámetro para crear categorías, distingue entre hombres y mujeres. En cambio, el *género* se refiere a las características que se atribuyen a las personas de uno u otro sexo —características estas de origen social, educativo, cultural, etc.— y se podría definir como la construcción sociocultural de esa diferencia. Los atributos de género son, entonces, femeninos o masculinos, y esa construcción (el género) no es inocente ni neutral, sino que obedece a unos determinados intereses estructurales (Ricoy, 2015, p. 463). Así, se consideran como atributos femeninos la delicadeza en el comportamiento, la inclinación por el cuidado, por las tareas domésticas y manuales, la menor capacidad de abstracción, lo concreto. En tanto, como masculino, la brusquedad, la violencia, la competitividad, una mayor capacidad de abstracción, lo universal. Las características, atributos y espacios asociados a lo masculino han sido históricamente valorados como positivos y superiores, mientras que el mundo femenino y sus atributos han sido devaluados, invisibilizados y relegados a esferas menos significativas de la sociedad. Pesquisando dichas asimetrías, la SCJN ha indicado, por ejemplo, que:

> El caso que nos ocupa implica efectivamente una discriminación en razón de género, toda vez que, a pesar de haber realizado tareas domésticas durante todo su matrimonio, a la Sra. A. le es negado el beneficio de acceder a una pensión alimenticia para tener un nivel digno de vida, pues tuvo también un empleo remunerado fuera del hogar […] Es decir, la resolución parte del hecho de que, por ser mujer, la Sra. A. estaba obligada a realizar tareas domésticas y de cuidado en doble jornada, esto es, además de tener un empleo remunerado.[3]

Las diferencias de género y las ideologías relacionadas con el género son aprendidas y reproducidas en el proceso de socialización y conforman el imaginario social acerca de qué es, qué debe hacer y cómo debe comportarse un hombre y

[3] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1754/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 14 de octubre de 2015, párrs. 129 y 130.

una mujer (Cardoso Onofre de Alencar, 2015, p. 33). Los prejuicios de género pueden ser descriptivos o prescriptivos. Los primeros se refieren a las creencias acerca de cómo son hombres y mujeres en relación con los constructos sociales elaborados en torno a la diferenciación sexual. Los segundos son aquellos que se construyen en torno a las características que son deseadas o apropiadas para ambos sexos en una sociedad determinada o, como dice Vázquez, constitutivos de ciertos modelos (2019, p. 214).

La elaboración de estereotipos prescriptivos (y especialmente los de género) es un medio de control social, pues la persona que se aparta de sus contornos es sancionada socialmente. En el caso de las mujeres, esos estereotipos son un reflejo de la subordinación histórica que padecen como del refuerzo y justificación de las asimetrías de poder. En esta línea de ideas, la SCJN ha señalado que "[e]n cierto modo, a la madre se le exige una adecuación a estereotipos prescriptivos que inexorablemente tiene efectos negativos en su proyecto de vida y que, además, produce un impacto personal en el ámbito personal, económico, laboral y/o social".[4] En fin, los sesgos y estereotipos de género no son inocuos; por el contrario, son generadores de discriminación y violencia.[5]

Tal como acertadamente señala Zúñiga (2020, p. 235), las fórmulas jurídicas de igualdad se han multiplicado y diversificado en las últimas décadas. Tanto en instrumentos internacionales, como en las constituciones de los Estados, leyes y declaraciones de derechos, encontramos referencias expresas al principio de igualdad, prohibiciones de discriminación por razón de sexo, mandatos de realización de la igualdad material entre hombres y mujeres e incluso cláusulas que reputan "sospechosas" de ser discriminatorias a las diferenciaciones que perjudican a las mujeres. Sin embargo, la desigualdad de género permanece relativamente constante.[6]

[4] Sentencia recaída al Amparo en Revisión 910/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de agosto de 2017, párr. 131.
[5] Aunque no todos los sesgos y estereotipos son negativos; véase, al respecto, Cook y Cusack (2010, p. 14).
[6] Entre las estadísticas que exhiben esa desigualdad, llama la atención que, según estimaciones de la Organización Mundial de la Salud (2021), una de cada tres (30%) mujeres en el mundo ha sufrido

Es posible aventurar que a ello contribuye el hecho de que las normas, praxis e instituciones jurídicas no son neutras aun cuando tengan vocación de neutralidad, pues están creadas principalmente por hombres[7] y, por tanto, impregnadas de sesgos androcéntricos y heteropatriarcales. Asimismo, su interpretación y aplicación práctica están eclipsadas por estereotipos de género que encorsetan o pretenden encorsetar el desarrollo vital de las mujeres a fin de mantener su *inferiorización* e *invisibilización* y, como la otra cara de la misma moneda, la hegemonía masculina.

Deviene así natural la pregunta acerca de cuál es el papel de los estereotipos de género en el fenómeno de discriminación contra la mujer, ante la cual se ha señalado, con certero énfasis, que "el primer mecanismo ideológico, burdo pero eficaz, a través del que se reproduce y refuerza la desigualdad por género es el estereotipo" (Zúñiga, 2020, p. 240).

En lo reflexionado cobra crucial relevancia lo expuesto en el artículo 5(a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)[8] que establece la obligación de los Estados parte de modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con el fin de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias basadas en la idea de inferioridad y superioridad entre los sexos y en funciones estereotipadas entre hombres y mujeres. De esta disposición fluye con aplastante claridad que, para la Convención, los estereotipos son la principal fuente de discriminación por género y, por tanto, el principal objeto de su misión igualitarista.

violencia física y/o sexual de su pareja o violencia sexual por terceros en algún momento de su vida. La mayor parte de las veces el agresor es la pareja. En todo el mundo, casi un tercio (27%) de las mujeres de 15 a 49 años que han estado en una relación informan haber sufrido algún tipo de violencia física y/o sexual por su pareja.

[7] El hombre paradigmático, "ser humano neutral y universal", que —en realidad— es el hombre blanco, heterosexual, no indígena, sin discapacidad, de una determinada clase social, etc.

[8] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Según se ha sostenido, la CEDAW, "que es hasta hoy en sus sucesivas reinterpretaciones `el´ instrumento sobre los derechos humanos de las mujeres, impone obligaciones de igualdad material a los estados y a la sociedad toda y brinda un marco conceptual" (Pinto, 2016, p. 54).

Sobre el punto, ya en 1992 el Comité CEDAW,[9] mediante la Recomendación General núm. 19, expresó que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente su capacidad de gozar de derechos y libertades fundamentales en pie de igualdad con el hombre. Igualmente, señaló que en el artículo 1º de la Convención se define la discriminación contra la mujer incluyendo, en este concepto amplio, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada.

En el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esta materia está regulada en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer,[10] la cual establece en su artículo 1º un concepto muy amplio de lo que se entiende por violencia, señalando por tal "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cauce muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado", lo que debe ser leído en conexión con lo prescrito en los artículos 3º y 6º que señalan que el derecho a vivir una vida libre de violencia incluye el "derecho a ser libre de toda forma de discriminación" y "a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación".

3. Derecho de acceso a la justicia de las mujeres. Un derecho de amplios contornos y en expansión

Del acceso a la justicia se han dicho muchas cosas: que "es un derecho humano como el derecho a la educación, a la salud, al trabajo" y que obstaculizarlo "es violatorio de los derechos humanos" (Birgin y Gherardi, 2008, p. 1); que incluye, en una mirada amplia, "procesos y resultados" y que se trata de un derecho "bisagra" (Heim, 2016, p. 40); que constituye "un verdadero derecho al Derecho" (Cançado Trindade, 2012, p. 297); que se trata de un derecho que actúa como

[9] El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención por los Estados parte.
[10] Adoptada en Brasil en 1994 por la Organización de Estados Americanos, y conocida como Convención de Belem do Pará.

"puente entre el derecho material y el derecho procesal" (Vargas, 2019, p. 251) y que "es un derecho que efectiviza otros derechos" (Ramírez Huaroto, 2019, p. 98). Este crisol de conceptualizaciones permite sostener que se trata de un derecho en evolución, que se está reescribiendo día a día.[11]

Es necesario dejar asentado, para hablar de un concepto común en torno al derecho de acceso a la justicia, que éste pivota sobre dos nociones que le son inherentes. La primera, "el acceso a la justicia se vindica como un derecho humano de primer orden", de modo que garantizar su ejercicio "constituye un componente esencial del derecho a la igualdad y, por tanto, es un elemento central de la legitimidad de los procesos y las instituciones democráticas" (Heim, 2016, p. 47). La segunda, que hablar de acceso a la justicia presupone la existencia de desequilibrios y asimetrías en la distribución del poder público y privado y de desigualdades sociales en la distribución de los recursos. Así,

> [p]odría decirse que la noción misma de acceso a la justicia supone como contrapartida el reconocimiento implícito de ciertos impedimentos, barreras, distorsiones o discrecionalidades, que posicionan a determinados individuos o sectores de la población de manera desigual en lo que se refiere a la tutela efectiva de sus derechos, situación que atenta, o al menos relativiza, el principio de igualdad ante la ley, pilar fundamental del Estado de derecho.[12]

Es posible caracterizar al derecho de acceso a la justicia como un derecho amplio. Se ha señalado que este derecho puede ser abordado desde dos aristas: en la primera, *más formal*, suele ser reducido a exigencias adjetivas o a una serie de requisitos que rodean a la actividad procesal y que deberían ser cumplidos para que pueda decirse que el justiciable tiene acceso a la justicia. Desde una perspectiva más amplia y de particular relevancia en el mundo del siglo XXI, implica que los individuos, comunidades y pueblos reclamen sus derechos, en sentido *material*, para que se haga verdaderamente justicia (Cançado Trindade, 2012, p. 913).

[11] Ramírez Huaroto indica que el de acceso a la justicia "es un derecho que carece de `fisonomía clara´, pues no hay consenso académico ni jurisprudencial en torno a su ámbito de protección y las consecuentes obligaciones de los Estados en la materia" (2019, p. 98).
[12] Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, 2010, citado por Heim (2016, p. 39).

El derecho es articulado principalmente por el desarrollo que la Corte IDH ha elaborado a partir de la interpretación armónica y complementaria de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, CADH). De esta manera —se señala— "hay un acceso a la justicia cuando, además de un debido proceso (artículo 8 de la CADH), existe una tutela judicial efectiva y un derecho al recurso (artículo 25 de la CADH)" (Bernales, 2019, p. 253).

Pese a que el acceso a la justicia se ha considerado como un derecho de carácter *pluridimensional*, por razones de extensión y a fin de conectarlo con el objetivo de este trabajo, me centraré en tres aspectos.[13] La *dimensión preprocesal* del derecho puede ser caracterizada como la igual posibilidad de todas las personas para acceder a las instancias de defensa de los derechos y se extiende a todos los procesos, tanto aquellos que pueden concretarse en vías judiciales o administrativas, como aquellos que lo hacen por medios alternativos de resolución de conflictos (mediación, conciliación extrajudicial). Abarca también el conjunto de políticas públicas desarrolladas a los efectos de concientizar a las personas sobre sus derechos (Heim, 2016, p. 43), lo que implica el conocimiento que deben tener de los mecanismos que "abran la puerta" de los tribunales u otros entes encargados de acoger sus demandas, denuncias o requerimientos para poner en movimiento la justicia de manera efectiva y oportuna. En segundo lugar, la *dimensión procesal* es aquella que transitan las personas en la búsqueda de que una institución del sistema emita un pronunciamiento con carácter sustantivo de justicia en tiempo adecuado. Esta dimensión, podríamos decir, se corresponde con la concepción clásica y procesalista de este derecho. La *dimensión de ejecución*, finalmente, apunta al cumplimiento del pronunciamiento emitido previamente.

La garantía fundamental de acceso a la justicia es particularmente crucial para personas que se encuentran en posiciones sociales de vulnerabilidad —como las mujeres—[14] y constituye la forma de encauzar el control sobre el accionar político

[13] Sigo en este punto a Ramírez Huaroto (2019, pp. 98-99).
[14] Las mujeres se encuentran "en inferioridad de condiciones en términos de legitimación, poder y acceso a los recursos, se encuentran también más desprotegidas en el momento de requerir asistencia legal para asegurar la vigencia de sus derechos" (Birgin y Gherardi, 2008, p. 6).

y administrativo y sobre el comportamiento de aquellos con mayor poder en la sociedad. A pesar de lo dicho, se advierte una paradoja en la materia concernida, que consiste en que la posibilidad de acceder a la justicia y de utilizar las instituciones legales se encuentra distribuida de manera desigual (Ramírez Huaroto, 2019, p. 100).

Heim (2016, p. 105) se refiere a lo que denominada la *cuestión de las mujeres en el ámbito jurídico* con objeto de poner en evidencia implicaciones de género de las reglas y prácticas que son presentadas normalmente como neutrales y objetivas, y agrega que el derecho ha fallado en lo que respecta a tener en cuenta las experiencias y valores que parecen ser más típicamente de mujeres que de hombres. Normalmente se afirma que las instituciones jurídicas, tanto las de derecho sustantivo como las adjetivas, son *asépticas,* en circunstancias en las cuales ello —categóricamente— no es así y, por tanto, los mecanismos tradicionales de acceso a la justicia tampoco son neutrales y han sido construidos por hombres desde un punto de vista androcéntrico, lo que amerita ser resignificado y perfilado con anteojos de género.

En esta línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en un importante informe del año 2007 que su labor y la de la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres ha revelado que "las mujeres víctimas de violencia frecuentemente no obtienen un acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos al denunciar los hechos sufridos, permaneciendo la gran mayoría de estos incidentes en la impunidad, y por consiguiente quedando sus derechos desprotegidos".[15]

III. La investigación de los delitos de violencia machista. Expresión inicial de discriminación hacia las mujeres

La institución probatoria se desarrolla de modo análogo a una representación teatral:[16] se despliega en varios actos en los que participan diversos actores y que

[15] Comisión IDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 2.
[16] Véanse, por ejemplo, Accatino (2014, pp. 20-21) y Ferrer Beltrán (2007, p. 41).

pueden diferenciarse como objeto de análisis. En efecto, perpetrado un delito se activa (o debería activarse) la intervención estatal cuando el hecho es puesto en conocimiento de los entes encargados de su investigación, los cuales deben procurar la protección de la víctima y recoger las evidencias que van a servir para corroborar las diversas hipótesis sobre los hechos acaecidos. Esta actividad puede perfectamente ser asimilada al *primer acto* de una obra teatral y su impacto desde el punto de vista epistémico en la justificación de la premisa fáctica es indiscutible.

En el derecho continental, en los sistemas que han abrazado la libertad probatoria, la estrategia mayoritaria para lograr el acierto de la decisión desde el punto de vista epistémico implica la admisión de toda prueba potencialmente relevante, conjuntamente con la utilización de criterios cognoscitivos para su apreciación (Bayón Mohino, 2010, pp. 10-11). Los autores están de acuerdo en que, en este primer momento, cuando se trata de decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso, el criterio fundamental es la *relevancia.* Ésta puede ser conceptualizada como un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que puede sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos (Taruffo, 2008, p. 38).

Si el proceso procura la búsqueda de la verdad, siendo éste un fin estructural, deberá propenderse al acopio de la mayor cantidad de *pruebas relevantes*; por tanto, el principio general es que cualquier elemento de juicio relevante para la adopción de una decisión debería ser admitido como prueba en él. El desarrollo del proceso judicial mediante la proposición y práctica de las pruebas debe permitir conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso y, conforme a la teoría racionalista de la prueba, el conjunto de elementos de juicio *debe ser lo más rico posible, en términos de calidad, cantidad y variedad*, concretando así el principio epistemológico que reza que cuanto más abundante sea la prueba, mayor posibilidad existe de acercarnos a la verdad o de acierto en la decisión. Lo anterior "[e]s un corolario del reino de la epistemología en el proceso buscado por Bentham, del método `natural´ de la prueba" (Ferrer Beltrán, 2010, p. 5).

Señalé al comienzo que los estereotipos constituyen la forma más burda, pero eficaz, de reproducir la desigualdad por género, siendo posible advertir su presencia desde las tempranas actividades desplegadas por los órganos encargados de la investigación de los delitos. Esto, como veremos, repercute en la posibilidad de formar un conjunto rico y variado de elementos de juicio e impide honrar el principio expuesto.

1. La actividad probatoria en sus etapas embrionarias y el derecho de acceso a la justicia

Quiero detenerme en esta parte, fundamentalmente en la fase preprocesal del derecho de acceso a la justicia, que implica efectivamente contar, en la praxis, con vías institucionales para dar cabida a los problemas de relevancia jurídica; por ejemplo, al momento en que una mujer denuncia un delito cometido en su contra.

Así, partiendo del reconocimiento de la discriminación por género presente en el acceso a la justicia, y en concordancia con la evolución doctrinaria de este derecho, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que "[e]l derecho de acceso a la justicia es pluridimensional" y que engloba "la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia".[17]

Entre los casos que ha conocido la Corte IDH son numerosos los que pueden ilustrar la discriminación contra las mujeres y, por ende, la afectación de los derechos y garantías bajo análisis. El más paradigmático es probablemente el *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, pero existen otros muchos[18] que pueden ser escuetamente resumidos como supuestos en los cuales los Estados

[17] CEDAW, *Recomendación general núm. 33*, CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015, párr. 1.
[18] Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C Nº 205; *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C Nº 277; *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C Nº 307; *Caso López Soto y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C Nº 362; *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C Nº 339.

infringieron su deber de investigar, fruto de una inacción directamente atribuible a la interferencia de estereotipos de género que motivaron la actitud negligente de los agentes de persecución penal.

Frente a las denuncias, la policía y/o fiscales señalaron a los familiares de las víctimas, por ejemplo, que andaban de "voladas" o que se habían ido con el novio, y aludieron a su forma de vestir o a su comportamiento social. Esto inhibió la posibilidad de actuar con celeridad y eficazmente, transformando sus preconcepciones de la "víctima ideal" en una barrera infranqueable para el acceso a la justicia y afectándose —entre otros— los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la CADH. En el imaginario de estos policías y fiscales, al parecer, sólo las mujeres decentes, dignas, púdicas y vírgenes, podrían ser sujeto pasivo de los ilícitos denunciados.

La Corte IDH resolvió que la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos.[19]

Los casos aludidos son una demostración incontrovertible de la interrelación que existe entre el derecho de acceso a la justicia y el de vivir una vida libre de violencia, cuya afectación en muchos casos es un reflejo de la falta de reconocimiento o la omisión de hacer efectivo el primero. Como se ha sostenido,

> [e]l acceso a la justicia representa paradigmáticamente uno de los mayores obstáculos documentados para gozar del derecho a una vida libre de violencia […] No se trata de sancionar leyes y marcos normativos para garantizar derechos, sino de establecer los mecanismos eficaces para que los derechos no continúen siendo permanentemente vulnerados [Gherardi, 2016, p. 51].

[19] Corte IDH, *Gutiérrez Hernández y otros*, párr. 170.

En este sentido, lo resuelto por la Corte IDH representa un señalamiento categórico de la implicación que se viene analizando: las referidas omisiones investigativas y la falta de seguimiento de líneas lógicas de investigación fueron una consecuencia directa de una práctica común de las autoridades, asentada sobre una valoración estereotipada de las víctimas, que comprometió la objetividad de los órganos investigativos y redundó en una privación del derecho de acceso a la justicia de las mujeres afectadas y sus familiares.[20]

En síntesis, esta inacción por parte de las autoridades estatales encargadas de las investigaciones, redundó en la obtención de escasa prueba de cargo, de deficiente calidad, en la alteración del sitio del suceso en algunos casos y la no apertura de líneas pertinentes de investigación; es decir, produjo el acopio de elementos de juicio, pobres y de baja calidad epistémica, lo que implica contar con un subconjunto de prueba incriminatoria a rendir en el juicio oral bastante menguado.

2. La investigación de los delitos de violencia contra la mujer y el derecho a la prueba

A mi juicio, la actividad que consiste en indagar acerca de la posible comisión de un delito y en el consiguiente acopio de evidencias se vincula estrechamente con el derecho a la prueba, el que según Picó i Junoy (2009, pp. 110-119) exhibe un triple contenido escalonado, a saber: el derecho *a la admisión de la prueba*; el derecho *a la práctica de la prueba* y el derecho *a la valoración de la prueba practicada*. Este mismo autor lo define como "aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso" (2009, p. 103). Está consagrado como tal en la Constitución Española, que en su artículo 24 literalmente expresa que reconoce a todo aquel que es parte en un proceso el derecho "a utilizar los medios pertinentes para su defensa", y también reconocido en el artículo 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos.[21] En otros casos,

[20] Véase, en este sentido, Corte IDH, *Gutiérrez Hernández y otros,* párrs. 174-177.
[21] Esta disposición reconoce que todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: "d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio

aunque no se formula constitucionalmente en forma expresa un derecho a la prueba, la jurisprudencia constitucional y la doctrina lo han derivado también del derecho a la defensa.

La primera arista del derecho a la prueba se concreta en la necesidad de admitir toda aquella que, propuesta por alguna de las partes, respete las reglas jurídicas de admisibilidad; la segunda, que es consecuencia de la primera, implica poder exigir la práctica de toda prueba que haya sido admitida; la última, reflejo también de las anteriores, consiste en poder exigir la valoración judicial de la prueba que haya sido admitida y practicada, pues en caso contrario se le estaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia (Picó i Junoy, 2009, p. 112).

El asunto que aquí analizaré se vincula con la primera y segunda aristas del derecho a la prueba, pero tiene repercusiones ineludibles en la tercera. Las dificultades probatorias a las que se enfrenta el juzgamiento de los delitos de violencia contra la mujer, por sus rasgos estructurales, normalmente se traducen en escasa prueba de cargo, muchas veces limitada a la declaración de la víctima —en espacios de sumisión, sin espectadores, etc.—.[22] En este escenario, la posibilidad de acopiar evidencia y, en particular, de contexto, resulta de gran importancia: lo óptimo será desplegar esfuerzos a fin de obtener la mayor cantidad de datos probatorios y extraer el máximo rendimiento de ellos, con el objetivo de colmar los criterios que imponen los test de control epistemológico de las conclusiones probatorias, así como la satisfacción del elevado y exigente estándar de prueba penal necesario para entender derrotada la presunción de inocencia, por el que los países han democráticamente optado. De ese modo se torna operativo el primer elemento del derecho a la prueba y, con ello, será posible satisfacer también los otros dos.

de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra". Como puede verse, este específico derecho está limitado a la prueba testimonial y al ámbito penal. Una norma muy similar encontramos en el artículo 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.2.f de la CADH.

[22] Acerca de estas características, véase Araya Novoa (2020, p. 39).

Sobre estas dificultades se ha pronunciado la SCJN en la sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3186/2016.[23] En palabras del Alto Tribunal:

> […] la complejidad que implica la valoración probatoria por parte de las personas juzgadoras en casos en los que se ha ejercido violencia sexual contra la mujer […] radica en la naturaleza de la comisión de este tipo de actos, los cuales son, generalmente, perpetrados de manera oculta, situación que dificulta la existencia de testigos o de otro tipo de evidencias.

Por otro lado, si bien se ha señalado que el derecho a la prueba "despliega toda su virtualidad" en la etapa de juicio oral (Picó i Junoy, 2009, p. 104), lo cierto es que el diseño institucional de los procesos de ordinario instituye una etapa previa, en la cual el fiscal o juez instructor deben acopiar prueba de cargo, que se obtendrá en mérito de las investigaciones que dirijan. Si esta primera fase se ve eclipsada por los estereotipos de género, que operan como una barrera para abrir líneas lógicas de investigación,[24] muy difícilmente podrá reunirse prueba suficiente, variada y de calidad, que sea admitida en la etapa procesal que el sistema hubiera previsto, y luego practicada y valorada en sede de juicio oral.

Esta forma sesgada de investigar representa una barrera que obstaculiza el acceso a la justicia de las mujeres, lo cual implica situarlas nuevamente en una posición desaventajada en relación con un litigante o víctima varón (ya que las investigaciones que a su respecto se verifican, de ordinario, no están cruzadas por sesgos o estereotipos castradores). La actividad de recolección de evidencias, interferida por sesgos de género, tendrá un reflejo al momento de conformar el acervo de elementos de juicio, que será luego valorado y en base al cual se decidirá si la prueba reunida es suficiente para tener por probados los hechos. Se observa, en fin, que tales sesgos no son inocuos; por el contrario, son generadores de discriminación y violencia contra la mujer, y le impiden el pleno goce del derecho de acceso a la justicia en su concepción amplia.

---

[23] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3186/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossio Díaz, 1° de marzo de 2017, párr. 56.
[24] Véase, en este sentido, Corte IDH, *Velásquez Paiz y otros*, párrs. 169 y ss.

IV. La valoración probatoria y las paradojas en el juzgamiento de los delitos de género

La valoración en sentido estricto y la aplicación del estándar probatorio —actividades que corresponden al segundo y tercer acto de esa obra teatral a la que puede asimilarse la institución probatoria— se verifican una vez desahogada la prueba en la audiencia de juicio oral. Es precisamente de las actividades de investigación, proposición y práctica de la prueba, que han tenido lugar previamente, de las que se nutre la valoración de los elementos de juicio y la posterior toma de una decisión sobre los hechos probados. Por ende, es el turno de adentrarme en estas fases.

1. La valoración *stricto sensu* y la hora de decidir

El razonamiento probatorio en este segundo momento se vuelca a la epistemología y a la racionalidad que, sin perjuicio de estar presentes también en el primer y tercer momento de la actividad probatoria, aquí lo están con prescindencia de reglas jurídicas que determinen *ex ante* un resultado sobre el peso y suficiencia de los elementos de juicio. La falta de regulación jurídica en este segundo momento constituye una fuerte tentación para que —cerrada la puerta— ingrese por la ventana el subjetivismo y se entienda como un momento ausente de toda regla, aun de las de naturaleza cognoscitiva, en el que campee a su antojo el decisionismo del adjudicador. Esto debe ser desechado de plano y, en contraste, la valoración de la prueba ha de concebirse como una actividad racional o cognoscitiva, que consiste en optar por la hipótesis dotada de un grado de probabilidad suficiente entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos.

Los cánones generales de racionalidad epistémica —reglas de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos— operan haciendo posible el razonamiento probatorio inferencial, debiendo descartarse los modelos matemáticos o estadísticos (Ferrer Beltrán, 2021, pp. 88 y ss.), por lo que el método de la *inferencia inductiva* o corroboración de hipótesis es el que de mejor manera se adecua al razonamiento en materia de prueba judicial, ya que no cuantifica ni calcula numéricamente la probabilidad y emplea el lenguaje de la plausibilidad.

En ese esquema, la justificación de una proposición fáctica que describe un evento que no es directamente observable se basa en la constatación directa de hechos que, dados nuestros conocimientos, tendrían que haberse producido si esa proposición fuere verdadera. En el modelo de la inferencia inductiva se asume hipotéticamente la ocurrencia de un hecho, para derivar, recurriendo a los conocimientos científicos y a nuestra experiencia previa del mundo, ciertos eventos que deberían haber tenido lugar (las evidencias), si es que ese hecho (a probar) efectivamente hubiese ocurrido, de modo que la constatación de estos eventos corrobora o atribuye probabilidad inductiva a la hipótesis de que el hecho a probar sucedió (véase Accatino, 2010, p. 127). No obstante, la hipótesis que ha resultado corroborada es una explicación posible, pero no hay garantía de que se trate de la única explicación plausible sobre los hechos.

A. Auténticas máximas de la experiencia o ¿gato por liebre?

Las generalizaciones empíricas configuran la base o estructura molecular del razonamiento probatorio inferencial en el sistema de libre valoración y sus dos tipos —máximas de experiencia y conocimientos científicos— cumplen el mismo papel: son regularidades que conectan los elementos de prueba existentes con una hipótesis sobre los hechos, de modo que permiten pasar del dato conocido (las evidencias) al dato desconocido (el hecho por probar).

En el caso de las máximas de la experiencia, su fundamento no corresponde a una ley de carácter universal, sino que reflejan regularidades empíricas que establecen relaciones de probabilidad; es decir, conforme a nuestra experiencia pasada, si las pruebas son verdaderas, es probable que también lo sea la hipótesis.

En materia de delitos de violencia de género, resulta especialmente relevante el razonamiento probatorio del que he dado cuenta,[25] pues la persecución penal

[25] Se podría señalar que también se pueden infiltrar en el razonamiento del juez sesgos de raza, de clase, de etnias, entre otros. Reconozco que ello es posible y, en esa medida, pueden aplicarse a estos supuestos las afirmaciones aquí vertidas. Creo que no se debe olvidar, de todos modos, que las mujeres no

se enfrenta a dificultades estructurales que le son inherentes, pero —además— a la existencia de sesgos heteropatriarcales y machistas que impregnan todo ámbito de la sociedad, sin que el proceso judicial sea una excepción. En este sentido, "[s]ería una ingenuidad pensar que la práctica jurídica puede estar al margen de la influencia de estas creencias nocivas. Los legisladores, los intérpretes del derecho y sus aplicadores absorben esos estereotipos normalizados y aceptados socialmente" (Gimeno Presa, 2020, p. 33). Por tal motivo, resulta fundamental la elección correcta de las máximas de la experiencia de las que se va a servir el razonamiento inferencial, tanto en la valoración individual de los elementos de juicio, como en la conjunta.

Así, debe asumirse con mucho rigor el empleo de generalizaciones empíricas depuradas y descartar aquellas que encubran meros prejuicios, arquetipos o preconcepciones sobre el rol ideal de la mujer en la sociedad, tal como lo señala la Corte IDH en casos como los antes examinados, con respecto a la etapa de conformación del conjunto de elementos de juicio. Del mismo modo, al momento de valorar las pruebas, los escurridizos sesgos de género hallan rendijas por donde colarse, y permanecer camuflados en la estructura del razonamiento probatorio, a veces como premisas de la inferencia, otras en reemplazo de éstas. Sirva para graficar lo que aquí quiero poner de manifiesto el siguiente razonamiento de la Corte Superior de Justicia de Ica, Perú, que fue empleado —entre otros— para absolver al inculpado de una acusación por violación sexual:

> […] result[a] extraño que la supuesta personalidad que presenta la misma (tímida) no guarde relación con la prenda íntima que utilizó el día de los hechos, pues por las *máximas de la experiencia* este tipo de atuendo interior femenino [ropa íntima de encaje rojo] suele usarse en ocasiones especiales para momentos de inti-

constituyen un grupo minoritario (representan más de la mitad de la población mundial), sin embargo, comparten con muchas minorías su situación de vulnerabilidad, lo que redunda en que la forma más extendida de discriminación y violencia sea precisamente la que se despliega contra las mujeres, y justifica un tratamiento preferente del asunto, que dé cuenta de las particularidades y experiencias propias de éstas. Para poner apenas un ejemplo, según datos de ONU Mujeres una de cada tres mujeres ha sufrido alguna forma de violencia a lo largo de su vida. Véanse esta y otras cifras preocupantes en: «https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures».

> midad, por lo que lleva a inferir que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado.[26]

Si se escarba un poco más profundo, puede advertirse que muchos prejuicios se presentan como máximas de la experiencia, pero no poseen un fundamento empírico sólido. Encubren, así, estereotipos de género, tal como ocurre cuando se señala que la tardanza de la mujer en hacer la denuncia socava su credibilidad o torna inverosímil lo denunciado, o cuando se dice que la víctima que se retracta de su denuncia no es fiable, sin tomar en consideración la posición de sometimiento en la que muchas veces se encuentra la afectada respecto del agresor, o las implicaciones que se derivan del fenómeno llamado la "rueda de poder y de control".[27] Estas máximas prejuiciosas, por ejemplo, no consideran en lo más mínimo que la decisión de denunciar, "[p]recisa neutralizar o minimizar sentimientos tan poderosos, como lo reflejan las encuestas de victimización, como el temor a represalias, la vergüenza por lo sucedido, el riesgo de la estigmatización familiar y social, la culpa por lo sufrido, el miedo a someterse a un escrutinio público o el temor a no ser creídas" (Subijana, 2018, p. 34).

La utilización de las máximas de experiencia en la argumentación probatoria es riesgosa, pero insoslayable. Por eso mismo es necesario una medida de control de esta actividad, la que consiste fundamentalmente en exigir que los jueces saquen a la superficie —refloten— las máximas con las que justifican su decisión, a fin de que pueda discutirse su eventual arbitrariedad o la consistencia y solidez de su basamento empírico, erradicando aquellas que sean producto de estereotipos de género o que encubran concepciones discriminatorias. En efecto, constituye una obligación ineludible de los tribunales el dejar de lado los estereotipos machistas en materia de establecimiento de la premisa fáctica. Así, se ha señalado que:

---

[26] Corte Superior de Justicia de Ica (Perú), Expte. 002822-2019-1401-JR-PE-0, 8 de octubre de 2020, énfasis agregado.

[27] Tal como señala Sordi, "[l]a rueda de Duluth o rueda de control […] pone de manifiesto que la violencia es parte de un patrón de comportamiento que incluye la intimidación, los privilegios, el aislamiento emocional y el abuso económico" (2018, p. 25).

> La judicatura debe abstenerse de estereotipar con base en el género en sus razonamientos y prácticas. Ni los jueces ni las juezas son inmunes a los prejuicios, pues pueden imponer generalizaciones sobre las mujeres que no necesariamente se relacionan con las habilidades, necesidades o circunstancias particulares de éstas […] los mitos y estereotipos son una forma de prejuicio porque ellos afectan la capacidad individual del juez o de la jueza de evaluar los hechos de un caso particular con una mente abierta [Cook y Cusack, 2010, p. 103].

B. La (in)credibilidad del testimonio de la víctima

Uno de los mayores retos que enfrenta el juzgamiento de los delitos de violencia contra las mujeres es el de la determinación de la confiabilidad y suficiencia de la declaración de la persona afectada, en razón de las deficiencias probatorias ya advertidas.

Dentro de un esquema racionalista de la prueba, la valoración de las llamadas pruebas personales —en especial, la testimonial—requiere de dos enjuiciamientos: el primero es el relativo a la credibilidad del testigo, que se dirige a saber si lo declarado por él es realmente lo que conoce, si pudieron existir errores de percepción o de memoria, si se observa ánimo ganancial, entre otras circunstancias; el segundo, en cambio, está enfocado a calibrar la calidad informativa de los datos transmitidos, es decir, su correspondencia con la realidad empírica. De esta manera se afirma que las fases de la valoración aludidas "[s]e necesitan recíprocamente, no hay valoración conjunta racional si previamente no se ha tomado en cuenta el valor de los distintos elementos que forman el conjunto, como tampoco se puede otorgar una fiabilidad definitiva a cada fuente de prueba con independencia de la atribuida a las demás" (Igartua Salaverría, 2003, p. 254).

La mente humana no funciona como una grabadora que permite almacenar y reproducir los recuerdos con absoluta fidelidad, de modo que la práctica de la prueba testimonial está expuesta a que se produzcan errores en la trasmisión de la información que proporciona el testigo a través de su declaración. Por esta razón, es perfectamente posible que el testigo no sea mendaz en su declaración y actúe de buena fe, pero aun así proporcione al tribunal información de mala calidad o

derechamente falsa, por haber incurrido en errores en la apreciación o percepción de los sucesos sobre los que depone.[28]

Lo traído a colación no puede, sin embargo, llevarnos a descartar o asignarle *ex ante* un valor probatorio disminuido a la declaración de la víctima, sea en el juzgamiento de los delitos en general, sea particularmente en los de naturaleza patriarcal. En lugar de esta reminiscencia de las tasas legales de prueba, la declaración de la víctima debe ser valorada de acuerdo con los criterios cognoscitivistas, en sus dos niveles: tanto individualmente como en conjunto con los demás elementos de juicio que formen el acervo probatorio.

Sin embargo, en los casos de delitos de violencia por razones de género el testimonio de la mujer —la información que vierte con su declaración— tiende a ser minusvalorado, lo que no ocurre, de ordinario, con el "hombre paradigmático" al que ya me referido. En efecto, constituye expresión de la desigual distribución de poder entre hombres y mujeres la atribución a éstas de una serie de características o rasgos infravalorados en la sociedad. Así, para poner un ejemplo llamativo, la "irracionalidad" —o su expresión superlativa, la "histeria"—[29] es una característica que tiende a atribuirse exclusiva o mayoritariamente a las mujeres. Se produce de este modo, y cabe destacarlo, la llamada *injusticia epistémica* que denuncia Fricker (2017), esto es, en una reconstrucción gruesa, la absurda paradoja que sufre la mujer víctima de violencia patriarcal, a quien —por un lado— no se le cree cuando denuncia delitos, pero —por el otro— tampoco se la atiende cuando desiste o abandona la denuncia (a fin, por ejemplo, de buscar vías distintas de la punitiva, que suelen legislarse para delitos de baja intensidad), con el señalamiento genérico de que su decisión no es autónoma porque obra bajo presión del agresor o de un tercero.

[28] Véase, en este sentido, de Paula Ramos (2019, pp. 84-85). El autor señala que el testimonio puede ser falso al menos en dos formas: mediante mentiras o mediante errores sinceros.

[29] El *Diccionario de la Real Academia Española* define "histeria" como "enfermedad nerviosa crónica caracterizada por una gran variedad de síntomas, principalmente funcionales, y a veces por ataques convulsivos". Y, en su segunda acepción, como "estado pasajero de excitación nerviosa producido a consecuencia de una situación anómala". Se indica, asimismo, que proviene "[d]el fr. *hystérie*, y este del gr. ὑστέρα *hystéra* `útero´". *Diccionario RAE*, 23a. ed., «https://dle.rae.es/».

Se trata, como decía, de una manifestación prístina del concepto de *injusticia epistémica* desarrollado por Fricker, que —según explica la autora— procura "explorar la injusticia testimonial como una injusticia específicamente epistémica, como un tipo de injusticia según la cual alguien resulta agraviado específicamente en su capacidad como sujeto de conocimiento" o que denomina "déficit de credibilidad prejuicioso identitario" (2017, pp. 22 y 45). En esta línea,

> [m]uchos de los estereotipos de los grupos históricamente desfavorecidos, como las mujeres, los negros o la gente de clase trabajadora, implican de diverso modo una asociación con algún atributo inversamente relacionado con la competencia, la sinceridad o ambos rasgos: exceso de emotividad, falta de lógica, inferior inteligencia, inferioridad evolutiva, incontinencia, falta de "educación", falta de determinación moral, ambición desmedida, etcétera [Fricker, 2017, p. 65].

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Supremo español hace décadas elaboró algunas pautas generales con objeto de examinar la fiabilidad de la declaración de testigos —entre ellos, la víctima— que han sido seguidas en cierta medida por la SCJN. Entre estas guías, puede ponerse el acento en aquella según la cual debe evaluarse especialmente el apoyo o respaldo que ciertos datos objetivos puedan brindar al testimonio.[30] Con ello se está diciendo que, además de la declaración de la víctima, deben concurrir otros elementos de juicio que tiendan a corroborarla. Éstos pueden consistir en testimonios "periféricos", esto es, aquellos que no recaen tanto sobre lo que dijo la afectada sino más bien sobre elementos contextuales observados por el testigo como, por ejemplo, el estado de la vivienda o lugar donde habrían ocurrido los hechos, el estado de conmoción en el que pudiera encontrarse la víctima, vestigios del delito en sus ropas, etcétera. Se trata de elementos que podrían reforzar el testimonio de la víctima y ser empleados como prueba de cargo en ciertas circunstancias (Martin Diz, 2018, p. 51).

[30] Los otros dos criterios son la ausencia de incredibilidad subjetiva y la persistencia en la incriminación. Véase, por ejemplo, la STS 238/2011, de 21 de marzo de 2011. Como señalaba, estos criterios o guías también fueron recogidos en la Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3186/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossio, 1º de marzo de 2017.

Las pautas o criterios orientativos elaborados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se utilizan, en una primera aproximación, para determinar la *credibilidad* de la declaración de la víctima en los casos de testimonio singular. No obstante, ellas sirven también para calibrar su *suficiencia incriminatoria*, en términos de virtualidad para derrotar la presunción de inocencia. En este último sentido, como vimos, el Tribunal Supremo ha exigido "el suplementario apoyo de datos objetivos", o bien "corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria". Esto sugiere que —para ese Tribunal— la declaración de la mujer, si estuviera desprovista de todo elemento de apoyo, no sería suficiente para estimar colmado el estándar de prueba aplicable en materia penal.

Señalé al inicio que cuanto más rico y completo sea el conjunto de pruebas, más probabilidades habrá de acierto en la decisión (más fácil será excluir posibles errores epistémicos en la declaración de hechos probados). En los delitos de violencia patriarcal, como contrapartida, la escasez de prueba incriminatoria que pueda integrar ese conjunto —sea como producto de las particularidades que le son inherentes, sea por la interferencia negativa de estereotipos de género— minimizará las posibilidades de obtener una condena en contra del agresor.

Es por ello que se ha planteado la posibilidad de operar con estándares de prueba diferenciados, menos exigentes, para esta clase de delitos. Ello implica, sin embargo, asumir ciertos costos como distribuir el riesgo de error de manera tal que puedan producirse un número mayor de condenas injustas. El punto de equilibrio entre los riesgos de falsas absoluciones y falsas condenas debe ser decidido por la sociedad toda, pues comprende cuestiones éticas, políticas y jurídicas.[31]

2. Afectación de derechos en el momento de la valoración de la prueba

La utilización de generalizaciones empíricas que no son tales, o que cuentan con débil sustento empírico, y los problemas que se producen al tiempo de valorar la

[31] Se trata de un muy interesante y espinoso tema que, por razones de espacio, no podré abordar aquí. Para profundizarlo, véase Ferrer Beltrán (2020; 2021).

declaración de la víctima en los delitos estudiados, provocan la afectación de garantías fundamentales de la mujer. De ese modo, se reproduce la discriminación de la que se pretende abdicar en un sistema racional de juzgamiento penal, que se inscribe —en lo tocante a la premisa fáctica— en la llamada tradición racional de la prueba. Pretendo presentar, en lo sucesivo, cómo se produce dicha afectación.

A. El derecho a la valoración (racional) como parte del derecho a la prueba

Como adelanté, el derecho a la prueba se deja ver como un derecho fundamental, en tanto se configura "como el poder jurídico que tiene la parte de exigir una determinada conducta del órgano jurisdiccional, en concreto, que se le admitan, practiquen y valoren las pruebas necesarias para lograr la convicción judicial acerca de lo discutido en el proceso" (Picó i Junoy, 2009, p. 109). Pues bien, el tercer aspecto de ese derecho consiste justamente en que la prueba admitida y practicada, sea valorada por el juez de los hechos. Si, en cambio, éste no valorase o no tomase en consideración los resultados probatorios, convertiría al derecho en una garantía meramente formal y vacía (Taruffo, 2008, p. 56).

En este orden de ideas, además, la valoración probatoria que satisface el contenido de este derecho no es ni puede ser cualquier valoración. En un sistema que concibe al proceso como una empresa epistémica —o, dicho de otra manera, como una actividad férreamente comprometida con la verdad— la valoración probatoria debe conformarse al modelo cognoscitivista. Así lo señala Ferrer Beltrán (2018, pp. 16 y ss.), al subrayar que el tercer elemento definitorio de esta garantía es justamente el derecho a la valoración *racional* de la prueba.

No es posible avanzar en este camino sin reflexionar acerca de la forma en la que operan los estereotipos de género en esta fase. En mi opinión, el empleo de esta clase de estereotipos representa un obstáculo que impide o dificulta que la mujer víctima haga efectivo su derecho subjetivo a que la prueba acopiada durante la investigación (exhaustiva y completa) y desahogada en la audiencia de juicio, sea valorada racionalmente. Dicho de otro modo, una valoración probatoria que se

articule —conscientemente o no— en estereotipos heteropatriarcales será precisamente lo opuesto de una valoración racional.

Cabe, complementariamente, otra reflexión a este respecto. La tradición racional de la prueba pretende expulsar del razonamiento probatorio del juez todo elemento que se sustente en su íntimo convencimiento. Sin embargo, cuando se incorporan en la argumentación sobre la *quaestio facti* generalizaciones sin sustento epistémico, construidas únicamente sobre arquetipos o preconcepciones, lo que se produce —veladamente— es un retorno a ese subjetivismo que la tradición racional busca exorcizar. Así, cuando se reemplaza el enlace necesario para el juicio de inferencia con estereotipos —que no permiten el tránsito racional entre el elemento de juicio y la conclusión— acaba dándose un *salto al vacío,*[32] que es producto de una preconcepción machista de la sociedad.

Como señalé, el método de la inferencia inductiva, en el que se modula la sana crítica, no está regulado por normas positivas, sino que posee anclaje en los criterios de racionalidad epistemológica. Considero, por tanto, que las críticas que se formulan respecto de la falta de neutralidad de las *reglas legales*, contaminadas desde su origen por el *pacto patriarcal,*[33] deben ser aplicadas también a aquellas *prácticas* lesivas de derechos,[34] tales como la utilización en decisiones judiciales de inferencias que reconocen como premisas meros estereotipos de género.

La Corte IDH ha señalado, en esta línea, que "la influencia de los patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una *descalificación de la credibilidad de la víctima* y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos".[35] Por ello, "una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la *valoración de la prueba*

[32] Tomo la expresión de Igartua Salaverría (2003, p. 150).
[33] Tomo la expresión de Amorós (1992, pp. 111-135).
[34] Tal como señalan Cook y Cusack, "[c]uando se determina que las leyes, políticas o prácticas que encarnan un estereotipo de género son lesivas, los Estados parte deben abstenerse de implementarlas o modificarlas apropiadamente" (2010, p. 101).
[35] Corte IDH, *Gutiérrez Hernández y otros,* párr. 170, énfasis añadido.

que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas".[36] En suma, resulta necesaria "una *adecuada apreciación y selección de la prueba* a fin de neutralizar la posibilidad de que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad".[37]

B. Afectación del derecho de acceso a la justicia como producto de una valoración irracional de la prueba

Señalé que esta garantía, en su concepción amplia, incluye tanto procesos como resultados, por lo que debe tenerse especialmente en cuenta que una valoración estereotipada (irracional) de la prueba conculca gravemente el derecho de acceso a la justicia de la mujer.

En efecto, la desigualdad estructural que permea la actividad probatoria en todas sus fases y, en especial, en la valoración en sentido estricto, repercute en la posibilidad de que las mujeres accedan a la justicia en pie de igualdad. El Tribunal de San José ha señalado, en esta línea, que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios encargados de las investigaciones, pues influyen en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia y evaluar la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Esa distorsión puede dar lugar a "decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos", lo cual deriva en la revictimización de las denunciantes y la denegación de justicia.[38]

Se produce así una doble conculcación a los derechos de las mujeres víctimas de violencia patriarcal: en primer lugar, son afectadas por delitos que obedecen a una lógica estructural de discriminación e *inferiorización*, ya que se trata de violencia ejercida contra ellas por el solo hecho de ser mujeres, o que las afecta en forma desproporcionada. En segundo lugar, al buscar amparo en el sistema de administración de justicia, se enfrentan a un juzgamiento plagado de estereoti-

[36] Corte IDH, *López Soto y otros*, párr. 238, énfasis añadido.
[37] Corte IDH, *Caso Espinoza González vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C Nº 295, párr. 278, énfasis añadido.
[38] Corte IDH, *López Soto y otros*, párr. 236.

pos de género y concepciones idealizadas de la víctima que ellas, en la mayoría de los casos, no satisfacen.

Esta valoración preconcebida de los elementos de juicio —y, especialmente, de su testimonio— es también una manifestación de la discriminación estructural y, como he señalado, conculca los derechos de las mujeres de vivir una vida libre de violencia y de acceder a la justicia y obtener tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad y no discriminación.

V. El rol de la perspectiva de género y la motivación suficiente en la derrota de los estereotipos

Frente a la reproducción de sesgos y estereotipos resulta imprescindible integrar la perspectiva de género en las etapas tempranas de la investigación —*i.e.* durante el acopio de los elementos de juicio que se rendirán en la audiencia de juicio oral— con el objetivo de contar con elementos de incriminación variados y de alta calidad epistémica. Este compromiso debe renovarse cuando el juez de los hechos valore, con arreglo a los cánones de la epistemología, ese conjunto de pruebas practicadas en su presencia.

Pero ¿qué se entiende por perspectiva de género? El concepto de género no constituye en esta década una novedad, pues ha sido difundido por los movimientos feministas a partir de los años sesenta y, en tal cometido, se ha procurado distinguir cuidadosamente el "género" del "sexo". Este último término es utilizado para referirse a lo biológico-natural, mientras que el primero es usado como expresión de roles históricamente asignados a hombres y mujeres, con base en características sociales, espaciales y temporales, que pueden modificarse y deconstruirse.

Los estudios de género nos han mostrado que no se puede analizar ni entender ningún fenómeno social si no se hace desde esta particular perspectiva, lo cual implica que se "debe reconceptualizar aquello que se está analizando" (Facio, 2002, p. 86). Como fenómeno y construcción social, el derecho está dominado por hombres y, por cierto, teñido de sesgos androcéntricos. En este contexto, aunque las críticas feministas son variadas, coinciden en erigirse en un método para analizar

el derecho, develar su pretendida neutralidad y objetividad y, asimismo, en la finalidad de fundamentar un derecho más igualitario. Método, crítica y objetivos son sus elementos transversales (Ramírez Ortiz, 2019, p. 37; Emmenegger, 2001, pp. 8 y ss.).

En busca de precisar el alcance del concepto desde el ámbito de la judicatura, se ha señalado que

> [j]uzgar con perspectiva de género puede definirse como una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género [Poyatos i Matas, 2019, p. 8].

Lo anterior no constituye tan sólo una sugerencia o recomendación, sino que es imperativo para todos los órganos del Estado, incluidos —obvia y principalmente— los que ejercen jurisdicción. Así lo ha reconocido enfáticamente la SCJN al señalar que en toda controversia jurisdiccional "se impone el deber a los jueces mexicanos, inclusive de manera oficiosa, de impartir justicia con base en una perspectiva de género".[39] Pues bien, detectar estereotipos y desactivarlos es una de las principales aristas de esta herramienta conceptual de interpretación que representa la perspectiva de género.

Se ha señalado que la concepción racional de la prueba resulta en gran medida convergente con la mirada de género (Gama, 2020, p. 290), pues —como vimos— una valoración probatoria que se sustente en meros prejuicios y arquetipos machistas importa abrir la puerta al subjetivismo propio de la concepción persuasiva. A mi ver, es cierto que la mirada racionalista de la prueba y la perspectiva de género tienen un importante punto en común: el razonamiento desplegado a fin de reconstruir los hechos del caso sólo admite como soporte generalizaciones

[39] Sentencia recaída al Expediente Varios 1396/2011, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, 11 de mayo de 2015.

con sustento cognoscitivo sólido, lo cual significa desterrar meros pareceres, impresiones, prejuicios y sesgos. No obstante, hay un punto de divergencia no menor, que se aprecia en la crítica que las epistemologías feministas formulan a la concepción racional de la prueba y, específicamente, a la pretendida neutralidad de sus métodos y presupuestos.

Así, una cierta corriente del feminismo considera que las circunstancias contextuales deben interactuar con los principios universales; de este modo, podemos incorporar como información relevante en el análisis de un caso la historia de vida de cada persona, sus relaciones, y las causas y consecuencias de sus decisiones, sin por ello apartarnos del deber de resolver los casos conforme a principios de tipo universal (Faerman, 2020, pp. 57-58). Debido a lo anterior, Larrauri (2008, pp. 35-36) señala que el aporte de la *Feminist Jurisprudence* aplicada al derecho penal implica desvelar que la perspectiva "objetiva" es sinónimo en numerosas ocasiones de "subjetivomasculina" y que es necesario tomar en consideración no sólo el acto, sino el contexto en el que se produce.

Es aquí donde radica el aporte de la perspectiva concernida, pues se "plantea la necesidad de tener en cuenta y privilegiar el contexto del sujeto epistémico, la idea de un conocimiento socialmente situado y un punto de vista feminista que tome en cuenta las experiencias de las mujeres como punto de partida" (Gama, 2020, p. 291). Dicho de otro modo, se trata de que el juez de los hechos y los litigantes abandonen sesgos y estereotipos de género y, en cambio, consideren cuidadosamente las características de la mujer que en el caso concreto se presenten, tales como ser migrante, anciana, con discapacidad, dependencia emocional y/o económica del agresor, etcétera. De esta manera, la perspectiva de género puede cumplir un rol heurístico y epistémico (Ramírez Ortiz, 2020, pp. 228 y ss.).

El primero de esos roles incide fundamentalmente en la actividad que deben desplegar los agentes encargados de indagar las denuncias de delitos de género. Incorporar la perspectiva de género significa desprenderse de los estereotipos que, como vendaje, nublan su visión de lo probablemente acontecido y les impiden pensar en hipótesis o líneas de investigación razonables a la luz de las circunstancias específicas de la víctima y de las primeras informaciones recibidas. Tener en cuenta el

contexto en el cual se inserta el posible hecho delictivo y las particularidades de la violencia de género contribuye a la formación de un acervo probatorio rico y completo, lo que a su vez incrementa las posibilidades de obtener una decisión condenatoria en caso de que corresponda.

La función epistémica de la perspectiva de género se deja ver con mayor rendimiento a la hora de valorar la prueba: la utilización de generalizaciones empíricas robustas, sin interferencias de sesgos ni de prejuicios discriminatorios, permite enlazar con mayor probabilidad de acierto los datos probatorios y las conclusiones. En concreto, la perspectiva de género llama la atención sobre la necesidad de desterrar del razonamiento probatorio todo aquello que no pueda ser colado por el tamiz de la racionalidad, abandonar descuentos *ex ante* en la credibilidad de la mujer y evitar juzgar su experiencia con el prototipo de la víctima ideal. Este enfoque, en fin, no sólo opera a la hora de develar la pretendida neutralidad de ciertas reglas jurídicas, sino también para poner en evidencia y transformar prácticas, instituciones y asunciones que son producto del patriarcado y que adquieren protagonismo en la argumentación probatoria.

En este orden de ideas, y desde el prisma de la labor que desarrolla el juez al momento de delinear la premisa fáctica, es imprescindible que éste satisfaga las exigencias de motivación que la tradición racional de la prueba requiere. Motivar la *quaestio facti* significa exponer una justificación que orbita en torno a los elementos de prueba rendidos contradictoriamente en el juicio; importa, por tanto, excluir el puro decisionismo y pensar en la decisión judicial como un acto racional, inteligible para las partes y para terceros.

Esto nos lleva a preguntarnos qué se entiende por una motivación completa. Siguiendo a Igartua Salaverría, es posible responder que la decisión judicial sobre los hechos debe explicitar en su fundamentación, irreductiblemente, de *qué* prueba se trata, *cuál* es su contenido y *cómo* se conecta con el hecho por probar (2003, p. 150). No cumplirá este estándar, por ejemplo, una fundamentación que no dé cuenta de las máximas de experiencia discutidas en el proceso y, por ende, no permita reconstruir el modo en que el tribunal ha transitado desde los elementos de juicio hacia las conclusiones sobre los hechos probados, ni aquella

que recurra a argumentos entimemáticos, que son aquellos en cuya estructura falta incorporar una premisa que permanece tácita.[40] Complementariamente,

> [j]uzgar con perspectiva de género exige que los órganos judiciales, desde el punto de vista de la motivación de la sentencia, formulen argumentos en los que las premisas no expresen estereotipos discriminatorios. También los conmina a identificar los estereotipos presentes en los discursos argumentativos de otros agentes que hayan intervenido en el proceso, incluyendo las argumentaciones contenidas en las sentencias de instancias inferiores [Gimeno Presa, 2020, p. 149].[41]

La motivación, así entendida, será un vehículo adecuado para que la perspectiva de género transite el proceso judicial, lo que permitirá un doble control. Por un lado, el juez de los hechos debe practicar un autoescrutinio, a fin de identificar y desactivar sesgos o prejuicios machistas que pudieran pasar desapercibidos de no mediar estas altas exigencias de fundamentación, debido a que se encuentran muchas veces "normalizados" en el discurso y las prácticas. Por el otro, la motivación con perspectiva de género servirá para detectar, nombrar y erradicar del razonamiento probatorio estereotipos heteronormados y androcéntricos que sean invocados por los litigantes, a veces expresamente, otras disfrazados de máximas

[40] Normalmente las razones que no se explicitan se entienden conocidas y compartidas por todos los interlocutores, lo cual no necesariamente merece una crítica, "pues resulta prácticamente imposible explicar con precisión todos los pasos y componentes de nuestros argumentos […] y en nuestra vida diaria solemos enunciar las garantías que nos permiten dar el paso de los datos a la conclusión cuando somos desafiados a hacerlo" (Limardo, 2021, p. 149). Sin embargo, considero que el empleo de razonamientos entimemáticos debe ser motivo de preocupación cuando la supuesta generalización empírica, que permanece oculta, puede constituir un estereotipo o sesgo de género, en cuyo caso su explicitación me parece ineludible. A este respecto, Limardo señala como criterio de utilización de generalizaciones que el juez debería expresarlas en la mayor medida posible, especialmente cuando hubiera existido contradicción entre las partes, directa o indirectamente, sobre alguna o algunas de ellas, o cuando un decisor epistémicamente responsable estimase que poseen una importancia particular.

[41] En línea con lo señalado, la SCJN ha identificado estereotipos contenidos en las argumentaciones de las partes. En un caso de feminicidio, por ejemplo, el Alto Tribunal contesta al planteo de la defensa en estos términos: "[…] no existe ninguna proporcionalidad en expresar esas emociones apretándole el cuello y obstruyéndole las vías respiratorias con una toalla y una almohada hasta matarla por asfixia. De manera que la explicación aportada por [el acusado] y su defensa para su comportamiento no resulta apta para actualizar, en el caso, la atenuante de `emoción violenta´ que se examina". Sentencia recaída al Amparo Directo 29/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 12 de junio de 2019, párr. 145.

de la experiencia que no son tales y, en verdad, encubren una visión *maqueteada* de la sociedad.

VI. A modo de conclusión

Los países de nuestra cultura jurídica iberoamericana han hecho grandes esfuerzos en busca de implementar procesos penales modernos, de corte acusatorio y en los cuales la prueba que se rinda a fin de acreditar las diversas hipótesis en conflicto sea valorada conforme a criterios de racionalidad epistemológica. Esos esfuerzos serán en buena medida estériles si no se provee a las personas —y, especialmente a aquellas pertenecientes a grupos o colectivos desaventajados, como ocurre con las mujeres— de mecanismos e información adecuados para acceder a tales procesos, en condiciones de igualdad, para hacer efectivos sus derechos.

Resulta fundamental para hacer carne el derecho de acceso a la justicia de las mujeres que policías y fiscales lleven adelante investigaciones que tengan en miras las características y particularidades de la mujer concreta que solicita su auxilio, y que jueces y juezas identifiquen y expulsen del razonamiento probatorio sesgos y estereotipos que, al activarse, perpetúan la discriminación y la violencia de género. Buenos aliados en la tarea de valorar la prueba son la perspectiva de género, una de cuyas finalidades es nombrar y desactivar estereotipos patriarcales, y la motivación completa, que permite hacer una fiscalización de los argumentos de los intervinientes y de los propios, a la luz de cánones intersubjetivos que minimizan la posibilidad de errores en la decisión.

Se trata de herramientas cuya utilización permitirá hacer efectivos los mandatos de igualdad contenidos en las constituciones políticas y en los tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, el respeto de los derechos a la prueba y de acceso a la justicia, cuyos alcances e interrelaciones he intentado precisar, es un paso decisivo hacia la efectivización del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de toda forma de violencia.

Bibliografía

ACCATINO, D. (2014), "Atomismo y holismo en la justificación probatoria", *Isonomía,* vol. 40, abril, pp. 17-59.

_____, (2010), "El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad", en Accatino, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Legal Publishing, pp. 119-143.

AMORÓS, C. (2019), *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias… para las luchas de las mujeres*, 5a. ed., Madrid, Ediciones Cátedra.

ARAYA NOVOA, M. (2020), "Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal", *Revista de Estudios de la Justicia,* vol. 32, pp. 35-69.

ARENA, F. (borrador), "Responsabilidad por sesgos implícitos y decisión judicial". Disponible en: «https://www.academia.edu/42262698/Responsabilidad_por_sesgos_impl%C3%ADcitos_y_decisión_judicia» [consultado el 22 de mayo de 2021].

BAYON MOHINO, J. C. (2010), "Epistemología, moral y prueba de los hechos: Hacia un enfoque no Benthamiano", *Revista Jurídica Mario Alario D´ Filippo*, vol. 2, núm. 4, pp. 6-30.

BERNALES, G. (2019), *Acceso a la justicia y debido proceso*, Oporto, Juruá.

BIRGIN, H. y GHERARDI, N. (2008), "El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres", en Etchegoyen, A. (ed.), *Mujer y acceso a la justicia*, Buenos Aires, El Mono Armado.

CARDOSO ONOFRE de ALENCAR, E. (2015), "Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 9, pp. 26-48.

CANÇADO TRINDADE, A. (2012), *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión,* Santiago, Librotecnia.

COOK, R. y CUSACK, S. (2010), *Estereotipos de género. Perspectivas trasnacionales,* trad. A. Parra, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press.

DE PAULA RAMOS, V. (2019), *La prueba testifical*, Madrid, Marcial Pons.

DEI VECCHI, D. (2018), "La apelación por errores en la valoración de la prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales", *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, vol. 51, núm. 153, pp. 711-738.

EMMENEGGER, S. (2001), "Perspectiva de género en derecho", en Hurtado Pozo, J. (dir.), *Derecho penal y discriminación de la mujer. Anuario de Derecho penal 1999-2000*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 37-47.

FAERMAN, R. (2020), "Atención al contexto en casos de violencia de género: las decisiones de las mujeres en estos escenarios", en Bergallo, P. y Álvarez Medina, S. (coords.), *Violencias contra las mujeres. Relaciones en contexto*, Buenos Aires, Didot, pp. 53-82.

FACIO, A. (2002), "Con los lentes del género se ve otra justicia", *El otro derecho*, núm. 28, pp. 86-102.

FERRER BELTRÁN, J. (2021), *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons.

_____, (2020), "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea", en Ferrer Beltrán, J. y Vázquez, C. (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*, Madrid, Marcial Pons, pp. 435-464.

_____, (2018), *Prueba y racionalidad en las decisiones judiciales*, Santiago, Prolibros.

_____, (2010), "La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana", en Accatino, D. (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago, Legal Publishing, pp. 3-19.

_____, (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

FRICKER, M. (2017), *Injusticia epistémica*, trad. R. García, Barcelona, Heder.

GAMA, R. (2020), "Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico", en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 1, pp. 285-298.

GHERARDI, N. (2016), "Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar", *Serie Asuntos de género,* núm. 141, Santiago, CEPAL.

GIMENO PRESA, M. C. (2020), *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?,* Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi.

GONZALEZ LAGIER, D. (2018), "Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba", en Benfeld, J. y Larroucau, J. (eds.), *La sana crítica bajo sospecha*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 15-32.

HEIM, D. (2016), *Mujeres y acceso a la justicia*. Buenos Aires, Didot.

IGARTUA SALAVERRÍA, J. (2003), *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LARRAURI, E. (2008), *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Buenos Aires, B de F.

LIMARDO, A. (2021), "Repensando las máximas de experiencia", *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 2, pp. 115-153.

MARTIN DIZ, F. (2018), "Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género", *Ius et Praxis*, año 24, núm. 3, pp. 19-66.

OMS (2021), "Violencia contra la mujer", nota de prensa de 8 de marzo de 2021. Disponible en: «https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women».

PICÓ i JUNOY, J. (2009), "El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras", *Justicia: revista de derecho procesal,* núm. 1-2, pp. 101-155.

PINTO, M. (2016), "Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos", *Pensar en derecho*, año 5, núm. 9, pp. 49-72.

POYATOS i MATAS, G. (2019), "Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa", *iQual: revista de género e igualdad*, núm. 2, pp. 1-21.

RAMÍREZ HUAROTO, B. (2019), "Acceso a la justicia como derecho en clave de género: intersecciones entre los estándares internacionales y el rol de la justicia constitucional en Casos de violencia contra las mujeres en Perú y Colombia", *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 15, núm. 1, pp. 97-111.

RAMÍREZ ORTIZ, J. L. (2020), "El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género", *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm.1, pp. 201-246.

_____, (2019), *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

RICOY, R. (2015), "Teorías jurídicas feministas", *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 1, México, UNAM, pp. 459-499.

SCJN (2020), *Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: «https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion/para-juzgar-con-perspectiva-de-genero».

SORDI, B. (2018), *Violencia contra la mujer. Prevención*, Buenos Aires, B de F.

SUBIJANA, I. (2018), "La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer", *Juezas y Jueces para la Democracia*, boletín núm. 10, pp. 27-39.

TARUFFO, M. (2008), *La prueba*, trad. J. Ferrer Beltrán. y L. Manríquez, Madrid, Marcial Pons.

VARGAS, M. (2019), "¿De qué hablamos cuando hablamos de acceso a la justicia? Un intento por iluminar el debate", en Larrocau Torres, J. y Machado Martins, P. (coords.), *Estudios de derecho procesal*, Santiago, DER Ediciones, pp. 233-256.

VÁZQUEZ, C. (2019), "Técnica legislativa del femicidio y sus problemas probatorios", *DOXA*, núm. 42, pp. 193-219.

ZÚÑIGA, Y. (2020), "Igualdad de género en la nueva Constitución", en Muñoz León, F. y Ponce de León, V. (coords.), *Conceptos para una nueva Constitución*, Santiago, DER Ediciones, pp. 233-254.

Capítulo VI

Dignidad de la persona, responsabilidad subjetiva y prueba de los estados mentales

Daniel González Lagier*

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante (España). Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante.

Dignidad de la persona, responsabilidad subjetiva y prueba de los estados mentales. I. Dignidad, estados mentales y prueba; II. Ocho argumentos contra las tesis subjetivistas; III. La teoría subyacente a la atribución de intenciones; IV. Apuntes para un modelo de prueba de la intención; V. El fundamento empírico del Principio de Racionalidad Mínima.

I. Dignidad, estados mentales y prueba

1. Dignidad y estados mentales

La dignidad especial que le atribuimos al ser humano descansa —al menos, en buena parte— en la creencia de que éste posee ciertas características mentales que lo diferencian de otros seres que, o bien no las tienen, o las tienen en un grado significativamente distinto. En palabras de Carlos Moya: "[l]a diferencia entre las actitudes que adoptamos ante diferentes tipos de seres se encuentra estrechamente relacionada con la posesión y la riqueza de la vida mental que atribuimos a tales seres" (2006, p. 17). Para el derecho penal, por ejemplo, somos —a diferencia de los animales o de las máquinas— culpables y responsables de nuestras acciones en la medida en que éstas sean causadas por deseos y creencias respecto del mundo sobre los que tenemos cierto control. El Derecho, por tanto, presupone una concepción de los seres humanos que se cimenta sobre la atribución a los mismos de estados o fenómenos mentales y su conexión con sus acciones.

En el mismo sentido, Carlos Nino ha señalado que una de las (muchas) dimensiones del principio de dignidad de la persona es que su voluntad debe ser tenida en cuenta, que sus decisiones e intenciones deben ser el fundamento de sus obligaciones y, particularmente en el derecho penal, de su responsabilidad (1989,

pp. 267 y ss.). Respetar la dignidad del sujeto acusado exige que la sanción penal que se le impone deba tener en cuenta el aspecto interno o psicológico de su acción, esto es, sus intenciones, deseos, creencias, emociones.[1] Llamaré a este tipo de hechos "estados mentales".

Son estados mentales, usando la elegante enumeración de Richard Wollheim:

> las percepciones, tales como oír un coro de maitines o ver una constelación de estrellas; las sensaciones, como el dolor, los picores, las punzadas de hambre o sed; los sueños y los ensueños; los momentos de desesperación, aburrimiento o lujuria; los momentos de inspiración; las evocaciones; las imágenes fantaseadas y las melodías oídas en la cabeza; y los pensamientos, tanto los pensamientos que pensamos, como los que se cuelan en nuestra cabeza sin invitación [2006, p. 24].

Una clasificación menos lírica, pero algo más sistemática, podría distinguir entre voliciones (como los deseos y las intenciones), cogniciones (creencias, conocimientos), percepciones y sensaciones, estados afectivos (emociones, estados de ánimo) y actos mentales (planear, deliberar, decidir, etcétera). Pese a su diversidad, este tipo de hechos se diferencia de los fenómenos o hechos físicos en la posesión de ciertas propiedades peculiares (aunque no todos los estados mentales tienen todas estas propiedades): consciencia, *qualia*, contenido mental o intencionalidad, subjetividad ontológica y causalidad mental (Moya, 2006, capítulo I; Searle, 2001b, pp. 19 y ss.).

La **consciencia** es un rasgo de muchos estados mentales que ya fue señalado por Descartes (para quien precisamente era el rasgo definitorio de lo mental). Podemos entenderla como una especie de conocimiento "de lo que sucede dentro de nosotros" (García Carpintero, 1995, p. 46), no fundado en la evidencia empírica acerca de rasgos del mundo externo: si me pellizco el brazo, experimento dolor y por ello sé que el brazo me duele, y lo sé con independencia de que me vea a mí mismo sacudirlo o gritar; si deseo un vaso de cerveza, sé que lo deseo, sin

[1] Dejando de lado la anomalía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de difícil encaje en el principio de culpabilidad. En todo caso, se mantiene que, si se responsabiliza a las personas físicas, se deben tener en cuenta sus intenciones y otros estados mentales que inciden en su responsabilidad.

necesidad de esperar a ver si me levantaré e iré a la nevera; y si estoy preocupado, sé —porque lo siento— que lo estoy (esta sería una consciencia de primer nivel; cuando soy consciente de mí mismo como experimentando un dolor o deseando una cerveza o preocupado tengo una consciencia de segundo grado o autoconsciencia). Ahora bien, hay cierta diferencia cualitativa en cómo experimento mi dolor, mi deseo o mi preocupación. Decimos entonces que estos estados mentales se corresponden con diferentes sensaciones internas o *qualia*. Los *qualia* son la manera peculiar como cada estado mental emerge a mi consciencia. La consciencia y los *qualia* establecen una fuerte asimetría entre la manera como conocemos nuestros estados mentales y la manera como conocemos los de los demás; este último conocimiento sí requiere una inferencia a partir de la observación de la conducta del otro.

Otra característica de muchos estados mentales consiste en poseer un **contenido mental**, esto es, en su capacidad de versar o ser sobre objetos y estados de cosas del mundo (que, además, no tienen por qué existir en realidad, sino que pueden ser imaginarios) distintos de ellos mismos (Searle, 1992, p. 18). La creencia de que mañana lloverá se refiere a un contenido ("mañana lloverá"). Dado un estado mental con contenido, podemos distinguir entre su contenido y su modo psicológico (Searle, 1992, p. 21): "creo que mañana lloverá" y "deseo que llueva mañana" son dos estados mentales que se diferencian por su modo psicológico, pero no por su contenido.[2]

Otra característica propia de los estados mentales es su **modo subjetivo de existencia**. Mis dolores, temores, odios, deseos y creencias son exclusivamente míos. En opinión de John Searle se trata no sólo de una subjetividad epistemológica (la consciencia), sino también ontológica: "[c]onsideremos, por ejemplo, el enunciado `tengo dolor de espalda´. Tal enunciado es completamente objetivo en el sentido de que lo convierte en verdadero la existencia de un hecho real y no

[2] A esta característica de la mente de versar sobre algo se le llama normalmente "intencionalidad", pero no debe confundirse la intencionalidad como característica general de los estados mentales con el estado mental concreto que llamamos "intención". Para evitar la confusión, usaré la expresión "contenido mental", menos frecuente en la filosofía de la mente.

depende de las actitudes de los observadores. Sin embargo, el fenómeno mismo, el dolor real mismo, tiene un modo subjetivo de existencia" (1992, p. 106).

A todas estas propiedades hay que añadir el hecho de que los estados mentales interactúan con estados físicos, esto es, lo que los filósofos de la mente llaman **causalidad mental**. Los estados mentales parecen causar hechos externos, físicos; por ejemplo, nuestras emociones, creencias y deseos causan nuestro comportamiento. Mi miedo a que un perro me muerda causa que salga corriendo y mi deseo de saciar la sed, junto con las creencias adecuadas, causa que vaya a la nevera por una cerveza. Pero para que se hable de causalidad mental el efecto debe producirse precisamente en virtud del contenido mental. Una manera de explicar que los estados mentales causan hechos físicos consiste en afirmar que tienen un componente o sustrato físico (neuronal) y atribuir su poder causal a ese sustrato. Por ejemplo, el miedo a que el perro me muerda causa mi conducta porque se corresponde con ciertos cambios neurofisiológicos que disparan señales eléctricas que estimulan los músculos. Sin embargo, la relación entre esos estados neuronales y la conducta no sería un caso de causalidad mental, porque en esta explicación el contenido de la emoción (el miedo al perro, la creencia de que ese perro pone en riesgo mi integridad física) no desempeña ningún papel. Supongamos una soprano que hace estallar un vaso cantando el aria *Il dolce suono* de Donizetti. El aria posee un significado ("*Il dolce suono mi colpi di sua voce! Ah, quella voce m´e qui nel cor discesa!...*"), pero no es el significado, sino las vibraciones provocadas por la voz de la soprano, las que rompen la copa (con total independencia de su significado), por lo que éste no sería un caso de causalidad mental. El desafío que plantea la causalidad mental es explicar que nuestras razones para actuar tienen influencia, o producen una diferencia, en la probabilidad de que actuemos de una u otra manera que varía según su contenido.

Tomemos como ejemplo las intenciones. Las intenciones tienen todas estas propiedades: la consciencia de la intención consiste en la experiencia de conocimiento o certeza, no basada en evidencia empírica externa, que tenemos cuando pretendemos hacer algo; si se trata de la intención de hacer algo en un futuro próximo o lejano, la certeza de que —a menos de que algo me lo impida o cambie de opinión— efectivamente lo haré; si se trata de la intención en el momento de actuar,

el conocimiento del tipo de acción que estoy realizando (Hampshire y Hart, 1958, pp. 1 y ss.). El contenido mental de la intención consiste en las acciones u objetivos que procuro realizar o alcanzar. La subjetividad ontológica consiste en el carácter privado y particular de las intenciones (hay cierto sentido en que otro sujeto y yo no podemos compartir la misma intención, aunque tengamos intenciones de hacer lo mismo, porque mi intención es sólo mía). Por último, la intención tiene alguna relación (en virtud de su contenido) con mi conducta física, ejerce algún control sobre ella.

2. La alternativa "objetivismo" vs. "subjetivismo" en la prueba de los estados mentales

Los estados mentales plantean problemas desde un punto de vista ontológico y desde un punto de vista epistemológico. Desde el punto de vista ontológico, resulta difícil conciliar la perspectiva materialista del mundo, que parece avalar la ciencia, con hechos que presentan propiedades "tan extrañas" como el significado, los *qualia* o la causalidad mental. Esto, junto con los avances en neurociencia que sugieren una correlación entre los estados mentales y la actividad neuronal, ha propiciado el surgimiento de un *materialismo eliminacionista* que niega la existencia de estados mentales o de sus propiedades (considerando que, cuando hablamos de intenciones, creencias, etc., es sólo "una forma de hablar", sin referirse a nada real). Desde el punto de vista epistemológico, se plantea el problema de conocer (o probar) los estados mentales de los demás, puesto que una de las consecuencias de su carácter subjetivo es, como hemos visto, que no son directamente accesibles al observador, que sólo puede percibir la conducta externa del sujeto.

Ante estas dificultades, son numerosos los juristas que proponen una "objetivización" o "normativización" de los estados mentales por la vía de establecer criterios públicos y socialmente compartidos, esto es, normas y convenciones, para determinar las intenciones, creencias, emociones, etc., del sujeto. Por ejemplo, para el juez Holmes, el Derecho, a la hora de determinar un castigo, no considera —ni necesita considerar— lo que al acusado pretendía de hecho, sino que le imputa la intención que un "hombre ordinario" con un "conocimiento ordinario" habría tenido de haber actuado como hizo el acusado (citado por Hart, 1973, p. 38).

Muchos juristas —e, incluso, nuestros tribunales, que han calificado en ocasiones la prueba de los hechos psicológicos de "juicios de valor"—[3] han asumido que los estados mentales relevantes para la adscripción de responsabilidad jurídica son, en realidad, algún tipo de ficción y deben entenderse como hechos normativos cuya prueba no consiste en la determinación de algún hecho empírico, sino en una atribución o adscripción a partir de criterios fijados normativamente (González Lagier, 2004).

La tendencia del derecho penal ha sido la normativización de conceptos como los de culpabilidad o dolo, vaciándolos de su contenido empírico (muchas veces, estipulando una fundamentación de la sanción penal distinta del reproche). En palabras de Hruschka (citado por Ragués i Vallès, 1999, p. 299):

> No "existen" hechos dolosos como tales, es decir, en el mismo sentido en que "existen" hechos externos. "Existen" en tan escasa medida como "existe" la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad. Nos parecerá aún más sencillo si pensamos en que ningún científico natural, en tanto que tal, daría con estas cosas […] Como todo lo espiritual, tampoco el dolo se determina y prueba, sino que se imputa. El juicio que emitimos al decir que alguien ha actuado dolosamente no es un juicio descriptivo, sino adscriptivo.

Desde esta perspectiva, un juicio que atribuye una intención a un sujeto no es un juicio del que pueda decirse que es verdadero o falso, sino el resultado de una decisión tomada a partir de la aplicación de ciertos criterios normativos (del tipo de "si la herida se causó en un punto vital, se presume la intención de matar", o "si la cantidad de droga poseída es superior a x gramos, se presume la intención de traficar con ella"). Lo que importa a la hora de aplicar una sanción penal es un conjunto de propiedades externas de la acción realizada, pero no los estados mentales del agente.[4] Si esto es así, el principio de dignidad de la persona parece quedar gravemente afectado.

---

[3] Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo español (STS) de 2 de febrero de 1988. Para una exposición y crítica de esta jurisprudencia puede verse Andrés Ibáñez (1992, pp. 226 y ss.).

[4] El dilema entre objetivismo (criterios objetivos de imputación) y subjetivismo (criterios de descubrimiento) en la prueba de los hechos psicológicos es una manifestación del dilema general entre

Surgen entonces dos maneras de ver a los estados mentales y a su prueba. Para la concepción "objetivista" o "normativista": (a) los estados mentales, al menos desde el punto de vista jurídico, no son un tipo de hecho en el mismo sentido que los hechos físicos (la muerte de una persona, un terremoto o el descarrilamiento de un tren), sino hechos institucionales o ficciones normativas; (b) la prueba de los estados mentales no es una operación dirigida a "descubrir" ninguna realidad, sino a imputarla de acuerdo con ciertos criterios que pretenden asegurar valores distintos de la verdad como correspondencia con la realidad; (c) los juicios del tipo "A tenía la intención de hacer B" o "A estaba en una situación de miedo insuperable" no son juicios descriptivos que puedan ser verdaderos o falsos (carecen de "condiciones de verdad"), sino adscriptivos. Por el contrario, para la concepción "subjetivista": (a) los estados mentales son hechos realmente existentes, no ficciones jurídicas; (b) la prueba de los estados mentales es "descubrimiento", no imputación normativa (esto es, se realiza guiada por "condiciones de verdad"); (c) los juicios que atribuyen estados mentales a un sujeto son juicios descriptivos, verdaderos o falsos, y no adscriptivos.[5]

En este trabajo voy a defender que los argumentos con los que el objetivismo sostiene su postura y critica al subjetivismo no son correctos ni suficientes para optar por esa concepción (y lesionar el principio de dignidad). No me referiré, sin embargo, a todos los hechos psicológicos en general, sino que centraré el tema en la prueba de la intención (que es el estado mental con el que se ha planteado normalmente esta cuestión). Defenderé la tesis de que, a pesar de las peculiaridades de los estados mentales, la prueba de la intención es fundamentalmente —como la prueba de los hechos externos— una cuestión de descubrimiento, que no hay argumentos válidos para pensar lo contrario y que, por tanto, los enunciados que atribuyen intenciones son verdaderos o falsos.

Para ello, en primer lugar discutiré algunos de los argumentos que suelen oponerse a la consideración subjetiva de los estados mentales y esbozaré las críticas

objetivismo y subjetivismo en la construcción de los conceptos penales que se plantea en el derecho penal. Sobre esto, véase Nino (1999) y Torres (2014).

[5] Salvo en el sentido trivial de que correlacionan una propiedad con un agente, esto es, en el mismo sentido en que decir "Pedro es rubio" atribuye —descriptivamente— una propiedad a un sujeto.

que puede dirigirse contra ellos (apartado II). Después propondré que el mejor instrumento con el que contamos para inferir la intención de un agente a partir de su conducta externa consiste en lo que llamaré el Principio de Racionalidad Mínima (apartados III y IV). Sugeriré, por último, que este principio no es un criterio de imputación, sino una herramienta de descubrimiento, cuyo fundamento se encuentra en que su aplicación nos ha dado hasta ahora, cotidianamente, a todos nosotros —como agentes que acomodamos nuestras acciones a las predicciones acerca de cómo van a actuar los demás—, resultados suficientemente satisfactorios a la hora de descubrir cuáles son las intenciones de otros (apartado V).

II. Ocho argumentos contra las tesis subjetivistas

Los siguientes son algunos de los argumentos que se han esgrimido en contra de las teorías subjetivistas o descriptivistas de la prueba de la intención o del dolo, y algunas de las objeciones que creo que se les puede hacer:

1) *El argumento de la prueba indirecta*. Algunas dudas acerca de la validez de la prueba como descubrimiento de los hechos internos tienen que ver con dudas más generales acerca de la aceptabilidad de cualquier prueba indirecta o de indicios. En efecto, está bastante extendida la tesis de que la prueba de indicios, al no versar directamente sobre los hechos enjuiciados, sino sobre unos hechos distintos (los indicios) a partir de los cuales se pueden inferir los hechos enjuiciados, permite un grado menor de certidumbre acerca de si éstos realmente ocurrieron.[6] El argumento contra el carácter cognoscitivo de la prueba del dolo vendría a decir que éste sólo puede probarse por medio de una prueba de indicios y que

[6] "La prueba directa es aquella en que la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado; la prueba indirecta o indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar" (Miranda Estrampes, 1997). Sobre la prueba de indicios como "mal menor" que debe someterse a especiales controles, pueden verse, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) 175/1985, de 17 de diciembre y la STC 133/1995, de 25 de septiembre. También, pero en sentido crítico, Belloch Julbé (1992).

ésta no es realmente una prueba válida, al menos en el sentido de que con ella no se descubre o comprueba ninguna realidad.

Sin embargo, la superioridad de la prueba directa sobre la indirecta no puede tener carácter general: por ejemplo, una prueba directa basada en testigos que presenciaron el hecho enjuiciado (por lo que, de creerles, éste "surge de modo directo e inmediato"), pero que son en realidad poco creíbles, puede tener una solidez menor que una prueba de indicios basada en una muestra de ADN (que exige, para pasar al hecho enjuiciado, de un mayor razonamiento). Esto es así porque, en mi opinión, también en la prueba directa —y no sólo en la indirecta, como se sostiene en ocasiones— se requiere realizar una inferencia (hay que pasar, por ejemplo, del hecho "Ticio dice que vio a Cayo matar a Sempronio" al hecho "Cayo mató a Sempronio", lo que exige valorar la credibilidad del testigo, la posibilidad de errores, etc.).[7] Esa inferencia debe valorarse de acuerdo con ciertos criterios de racionalidad epistemológica (que los filósofos han estudiado desde hace tiempo, y que coinciden con los que jurisprudencialmente se han venido estableciendo para la prueba de indicios): la cantidad de hechos probatorios, su diversidad, su pertinencia, su fiabilidad, el carácter más o menos fundado de las máximas que actúan de enlace entre el hecho probado y el hecho a probar, la coherencia de la conclusión, etc., y si se trata de una inferencia con un único "eslabón" o se trata más bien de un encadenamiento de inferencias.[8] Es verdad que, cuantas más inferencias, y permaneciendo igual el resto de los criterios, menos sólida es la argumentación en su conjunto, y esto es lo que tiene la prueba directa a su favor. Pero éste es sólo un criterio que hay que contrapesar con los demás. Por tanto, me parece equivocada la tesis de que la prueba de indicios es siempre

[7] A mi juicio, tiene razón Belloch Julbé cuando afirma que "no existen diferencias cualitativas entre la estructura de la prueba indiciaria y la estructura de las convencionalmente denominadas `pruebas directas´. Piénsese en el ejemplo de un testigo que afirma haber presenciado cómo el acusado realizaba el correspondiente hecho delictivo. Tal testimonio, según las normas al uso, deberá calificarse de `prueba directa´ en cuanto recae sobre el epicentro de la eventual pretensión acusatoria y no sobre hechos periféricos íntimamente conectados con la dinámica comisiva. Pues bien, incluso en tal caso, podría hablarse de un hecho-base (un testigo que afirma haber presenciado los hechos), un proceso deductivo [léase, inferencial; no necesariamente será una deducción] (no tiene el testigo razones o motivos para mentir, y además estaba plenamente capacitado para `percibir´ esa realidad que ahora transmite) y una conclusión lógica (debe ser verdad lo que el testigo narra que presenció)" (1992, pp. 42-43).

[8] Para un análisis de estos criterios, véase González Lagier (2003).

menos sólida que la prueba directa, por lo que no puede fundamentarse aquí el carácter adscriptivo —y no cognoscitivo— de la prueba de la intención (salvo que se quiera extender a todos los casos de prueba, incluso de hechos externos).

2) *El argumento de la inexistencia de la intención*. Un segundo argumento —ya específico— contra las teorías cognoscitivistas de la prueba de la intención consiste en negar la existencia de estados mentales. Por ejemplo, ya hemos visto que Hruschka señala que "[n]o `existen´ hechos dolosos como tales, es decir, en el mismo sentido en que `existen´ hechos externos. `Existen´ en tan escasa medida como `existe´ la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad" (citado por Ragués i Vallès, 1999, p. 299). Los argumentos de este tipo suelen fundarse en un materialismo eliminacionista que pone en duda la existencia de los estados mentales debido a las dificultades para "encajarlos" en la concepción científica estándar del mundo, de firmes bases materialistas. Al tratar de dar una explicación de las entidades mentales en términos físicos, esto es, de procesos cerebrales o del sistema nervioso, estas teorías sostienen que creer en estados mentales es algo así como una superstición que hay que erradicar, que es como creer que existe —por usar la expresión de Gilbert Ryle— un fantasma detrás de cada máquina sólo porque no sabemos cómo funciona.

Ahora bien, este tipo de concepciones se enfrenta a varios problemas. Seguramente el más importante es que choca con el sentido común, porque todos sentimos o experimentamos pensamientos, dolores, cosquillas, percepciones visuales, creencias, deseos, emociones y un amplio conjunto de cosas que estas teorías no pueden explicar y que, en realidad, están negando que realmente sintamos (puesto que "sentir" es un hecho mental). Obsérvese que este argumento del sentido común no pretende oponerse a una explicación materialista de los estados mentales, pero sí se opone a la idea de que todo lo que éstos son —y todo lo que tenemos que saber sobre ellos— se reduce a procesos cerebrales, sin que tengan otra dimensión. Además, las explicaciones intencionales y en términos de estados mentales de la conducta humana son centrales tanto en psicología como en las ciencias sociales, pero estas disciplinas serían imposibles si el materialismo eliminacionista tuviera razón.

3) *El argumento de la falta de regularidad entre la conducta externa y los elementos subjetivos*. Un tercer argumento discurre como sigue: tratar de inferir los elementos subjetivos de la acción a partir de la conducta observable del individuo exige la existencia de regularidades bien establecidas que correlacionen la conducta externa con las entidades mentales (de otra forma, los criterios y presunciones que podamos establecer y las máximas de experiencia que podamos usar para enlazar la conducta externa con la intención no serían fiables). Sin embargo, estas regularidades no existen: un mismo estado mental puede corresponderse con un amplio abanico de acciones distintas (o con ninguna). Por ejemplo, agitar el brazo puede ser una manera de saludar, de amenazar, de pedir auxilio, de dar una señal, etc. A lo sumo, tenemos generalizaciones probabilísticas, pero éstas son insuficientes para alcanzar una certeza adecuada.[9] Ahora bien, el argumento sería válido si estas generalizaciones acerca de la correlación entre conducta externa y estados mentales fueran nuestro único criterio para inferir la intención, pero —como trataré de mostrar más adelante— la prueba de la intención no sólo descansa en estas generalizaciones, sino también en la presunción de racionalidad del agente. Lo que nos permite atribuir una intención a un agente no es sólo el hecho de que la clase de conducta que realizó es típica de cierta intención, sino el hecho de que esa conducta era racionalmente adecuada a la situación a la que el agente se enfrentaba, porque —como veremos— actuar intencionalmente consiste en actuar de manera —al menos mínimamente— racional.

4) *El argumento de la proyección de nuestros estados mentales*. Otro argumento es el siguiente: cuando atribuimos a una persona una determinada intención o un determinado conocimiento, en realidad estamos proyectando lo que creemos que nosotros hubiéramos querido o sabido en esas circunstancias. Estamos, por tanto, extrapolando nuestros potenciales estados mentales. Hacemos atribuciones intencionales a partir de nuestra propia evaluación de la situación, y esto siempre conlleva la posibilidad de error, debido a peculiaridades desconocidas del agente (Ragués i Vallès, 1999, p. 252). En mi opinión este argumento debe ser tenido seriamente en cuenta como una advertencia, pero no tiene por qué llevar a negar la posibilidad de averiguar las intenciones de otros. Señala un peligro, pero

[9] Puede encontrarse un argumento de este tipo en Ragués i Vallès (1999, pp. 248 y ss.).

evitable: nos lleva a tratar de saber todo lo posible sobre el otro agente y a razonar no en función de nuestra evaluación de la situación, sino de la evaluación que creemos que el agente hubiera hecho. Lo que hay que hacer es usar criterios adaptados al caso y al sujeto particular. Por decirlo con palabras que George Fletcher usa para un supuesto semejante: nuestros criterios no deben ser subjetivos, sino individualizados (1997, p. 182).

5) *El argumento de la imposibilidad de comprobación*. Otras veces el argumento viene a decir que el conocimiento de los hechos psicológicos es imposible porque, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los hechos, éstos no son comprobables una vez que se ha realizado la atribución. Sólo contamos con los criterios de atribución y no poseemos otro criterio de verificación. Me parece que este argumento es susceptible de dos objeciones. La primera es que sostener que un hecho sólo puede ser conocido si puede ser verificado directamente es una concepción ya superada de los hechos y de la epistemología; muchos de los hechos aceptados por los científicos (por ejemplo, la existencia de ciertas partículas que se supone que componen el universo) no son verificables empíricamente de una forma directa, sino deducibles a partir de otros hechos y ciertas teorías. La segunda objeción es que, en la práctica, la mayor parte de los hechos que han de enjuiciarse en un proceso judicial tampoco pueden ser comprobados al margen de los criterios de prueba, ya que ocurrieron en el pasado y no son hechos sobre los que quepa la experimentación. Una vez probados, si existen otros medios de comprobación (que no han podido ser usados en el proceso), serán del mismo tipo, y no permitirán una comprobación más directa.

6) *El argumento de que la verdad no importa en el proceso*. Los argumentos anteriores tenían en común que negaban la existencia o la posibilidad de conocer satisfactoriamente los estados mentales, pero otras veces se sostiene que la prueba de la intención no debe o no tiene por qué ser una cuestión de descubrimiento (no que no pueda serlo). A esta posición se puede llegar por dos vías: la primera —de carácter general— es la negación de que la verdad sea un objetivo que haya que perseguir en el proceso; la segunda niega que la intención sea relevante en los tipos penales.

La primera vía se vincula con tesis más generales acerca de la finalidad de la prueba, como cuando se niega que la prueba sea un instrumento de conocimiento de la verdad (o de la verdad como correspondencia con la realidad) y se la presenta como un instrumento de persuasión o convencimiento del juez (o para llegar a algún otro tipo de "verdad", como la "verdad formal"). Estas tesis van unidas a una concepción del proceso como medio de resolución de conflictos, en donde no importa tanto la justicia de la decisión como alcanzar una solución (Taruffo, 2003, p. 32). El argumento, en definitiva, es que la verdad como correspondencia con la realidad no importa en el proceso y, por tanto, tampoco importa respecto de los hechos internos.

Este argumento general puede ser refutado, como hace Taruffo (2003, pp. 39 y ss.), mostrando, por un lado, que la concepción persuasiva de la prueba es sólo una visión parcial del funcionamiento y los objetivos del proceso (pues pone el acento en la perspectiva del abogado, olvidando la perspectiva del juez) y señalando, por el otro, la necesidad, para que la decisión judicial sea justa, de que se haya comprobado —en la mayor medida posible dentro del contexto judicial— que efectivamente se han producido los hechos que se describen en el supuesto de hecho de la norma (lo que requiere una teoría de la verdad como correspondencia en el ámbito de la prueba jurídica). Y, podría añadirse, no sólo la justicia de la decisión depende de que se busque la verdad, sino la propia eficacia del Derecho. Como recuerda Jordi Ferrer Beltrán (2007, pp. 29-31), si tenemos razones prudenciales para cumplir con las normas jurídicas es porque suponemos que si las incumplimos corremos el peligro de sufrir una sanción. Por ejemplo, tengo razones prudenciales para pagar mis impuestos porque si no los pago seré sancionado. Si el juez puede sancionarme sin haber tratado de averiguar si he realizado la acción prevista en el antecedente de la norma como condición necesaria de la sanción (esto es, si puede sancionarme sin tratar de averiguar si he pagado o no mis impuestos), ¿qué motivo tengo para cumplir con la norma (dejando aparte cuestiones morales de aceptación de los deberes)?

7) *El argumento de la irrelevancia de la intención*. Desde el ámbito del derecho penal existen algunos planteamientos que pueden conducir a sostener que la intención es un dato irrelevante y, por tanto, no es necesario dirigir esfuerzos a

tratar de probarla. El punto de partida consiste en plantearse cuál es el fundamento de que las conductas dolosas merezcan una sanción mayor que las conductas imprudentes, lo que suele llevar a plantearse cuál es el fin de la pena. Una posible respuesta es la aportada por Günther Jakobs, para quien la finalidad de la pena es lo que se llama prevención general positiva:

> [d]e acuerdo con la prevención general positiva la pena —a diferencia de lo que sucede con la prevención general negativa— no se dirige a la generalidad como si se tratase de un arsenal de futuros delincuentes potenciales a los que hay que intimidar. La pena se dirige al ciudadano fiel al Derecho [...] El contenido de la norma no lo conforma el que el autor no vuelva a delinquir en el futuro, ni mucho menos que nadie delinca, sino únicamente que es correcto confiar en la vigencia de la norma [1997, p. 128].

En palabras de García Amado (2000, p. 245), quien resume con suma claridad la idea de Jakobs:

> [e]l delincuente expresa con su conducta que se guía por patrones diversos de los comunes, con lo que su modo de actuar no puede ser generalmente previsible y defrauda expectativas; el delincuente se comunica con sus semejantes en un registro diverso al de éstos, "va por libre". Y la pena expresa que los sujetos pueden seguir confiando en el registro establecido y común y que cuando una de sus expectativas de comportamiento ajeno se frustra no es porque estén en un error o porque las reglas comunes no sean tales, sino porque alguien se sitúa al margen de ellas deliberadamente. Pero hay que insistir nuevamente: no se trata de que con la pena se le reproche al delincuente su modo de ser o de actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla. El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de los ciudadanos que tienen ciertas expectativas, que la norma expresa, mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro.

A la luz de este tipo de concepciones de la pena se puede sostener que los delitos dolosos merecen una pena mayor porque en ellos es más evidente la decisión de infringir la norma (por lo que son "peor ejemplo" para la sociedad que los delitos imprudentes, en los que lo que hay es una evaluación errónea de la situación). Ahora bien, el hecho de que lo que importe no sea el reproche al individuo, sino

fundamentalmente el "mensaje social" que transmite la pena, puede llevar a pensar que no importa si realmente el sujeto actuó dolosamente o no, sino que lo relevante es si el resto de la sociedad va a considerar que actuó dolosamente o no. Puesto que la pena es una manera de asegurar a la sociedad que la norma violada sigue vigente, no puede permitirse el caso de que la sociedad considere que una norma ha sido violada intencionalmente y no se siga la pena pertinente, con independencia de que hubiera intención real o no de violar la norma. Una sentencia en la que se declare que no se actuó intencionalmente no será comprendida si, desde el punto de vista social, todo apunta a que se había actuado intencionalmente. En palabras de Laurenzo Copello (refiriéndose específicamente a Puppe, pero con referencias también a Jakobs): "[l]o importante, por consiguiente, de cara a determinar si se produce una contradicción con la norma jurídico penal, no son las actitudes internas del sujeto, sino lo que exprese la conducta desde la perspectiva de la comunicación entre seres inteligentes" (1995, p. 225).[10]

Sin embargo, este tipo de argumentos es susceptible de una objeción importante: dependen de que no se le dé ningún valor al reproche como justificación de la pena, porque si éste tuviera algún valor estaríamos asumiendo, implícitamente, que la intención que nos interesa es la real (como estado mental que causó la acción del sujeto). Y aunque puede quizá aceptarse que la explicación de la pena es la afirmación de la vigencia de la norma, la prevención general positiva o negativa, o algún tipo de finalidad de este estilo, es difícil negar que su justificación está arraigada en las ideas de libre albedrío y reproche, que constituyen un presupuesto del sistema penal[11] e incluso así se percibe por la conciencia social a la que estas teorías aluden.

[10] Este es el paso que parece dar también Ramón Ragués i Vallès (aunque no sólo por razones ideológicas; también usando el argumento epistemológico), cuando afirma que "el recurso al sentido social implica que la consideración de una conducta como dolosa ya no depende de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal" (1999, p. 324). Un argumento similar consiste en indicar que la sentencia debe ser comprendida, por lo que lo importante es adecuar sus resultados a la conciencia social. Esto nos lleva a afirmar que hay dolo cuando lo hay de acuerdo con la convicción social, y no cuando lo tiene realmente el sujeto.

[11] "El libre albedrío actúa así no como un dato empírico que el juez debiera comprobar, sino como un presupuesto valorativo general del sistema que convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral" (Liborio Hierro, 1989, p. 548).

8) *El argumento de que las inferencias con presunciones e "indicios-tipo" no son un tipo de prueba (empírica)*. Como hemos visto, ante las dificultades de la prueba de los estados mentales, el Derecho ha construido reglas de valoración, "indicios-tipo" o "presunciones" aplicables a la prueba de la intención. En ocasiones, estas reglas no se ven como consecuencias de que los estados mentales sean ficciones, sino como la causa de que lo sean. Esto es, se afirma que el hecho de que la jurisprudencia haya establecido reglas para la valoración de la prueba de estos hechos es ya un argumento suficiente para negar el carácter epistemológico y orientado hacia la verdad de estas inferencias. No es que los hechos psicológicos sean hechos normativos y por eso deban probarse de esa manera; es el hecho de que se determinen por medio de normas lo que los convierte (para el Derecho) en "hechos normativos" (o calificaciones jurídicas). En palabras de García Amado (2013):

> ¿Cómo se puede probar mi intención de ensañarme? Nada más que por indicios que se interpretan con patrones normativos. La valoración de la prueba es una valoración normativamente condicionada. Ya no se trata de constatar el hecho H (por ejemplo, que tal bala salió de tal pistola), sino de interpretar el hecho H dándole el significado de ensañamiento. En el mundo, "ahí afuera" hay balas y pistolas y disparos y corazones atravesados por proyectiles, pero no hay ensañamiento. El de ensañamiento es un concepto normativo y la prueba de la concurrencia del ensañamiento es una prueba por señales, por así decir: queda probado el ensañamiento cuando concurren los hechos empíricos H1…Hn que normativamente operan, aquí y ahora, como significando o indicando ensañamiento. Y lo que digo para el ensañamiento sirve para cualquier hecho psíquico, pues para el Derecho, que no es ciencia empírica, los hechos psíquicos valen como hechos normativos, de modo un tanto similar a lo que antes se dijo de los hechos institucionales.

No obstante, en mi opinión, que un hecho se pruebe por medio de presunciones (reglas de valoración normativamente guiadas, indicios-tipo o como queramos llamarlas) no nos autoriza a decir sin más que al Derecho no le interesa si en realidad ocurrió o no, ni lo convierte en un hecho normativo o institucional. Debemos tener en cuenta que hay tipos distintos de presunciones: estas reglas pueden estar respaldadas por la observación de una asociación regular entre hechos (en cuyo caso son similares a máximas de experiencia, pero revestidas de autoridad normativa) o por algún valor o principio que se considera relevante (por ejemplo,

el de seguridad, el de protección de los intereses de la parte más débil, etc.), y unas y otras pueden ser derrotables (*iuris tantum*) o no (*iuris et de iure*). Si una presunción no está respaldada por una regularidad empírica y no admite prueba en contrario, podríamos decir que efectivamente está prescindiendo de la realidad y podemos verla como una regla constitutiva que crea una ficción normativa. Pero si se limita a unificar criterios en torno a una regla de la experiencia confirmada o plausible y es derrotable, entonces todavía mantiene un grado importante de "sensibilidad hacia la verdad" o hacia la dimensión empírica de estos hechos.

Las presunciones que la jurisprudencia ha ido introduciendo para la prueba de los hechos psicológicos (a) no cubren todos los supuestos (hay muchos casos en los que es necesario probar el propósito de un agente que no están resueltos por estas reglas y, por tanto, el juez debe valorar los indicios libremente); (b) por lo general, son derrotables y (c) en mi opinión, se basan en máximas de experiencia, en razonamientos que en última instancia tienen una justificación empírica. Esto último explica que todas estas reglas resulten razonables —no arbitrarias— desde el punto de vista de su eficacia para descubrir (por supuesto, dentro de un margen de error) las intenciones que realmente tenía el sujeto en los casos a los que se aplican.

* * *

Si las objeciones que he esbozado a los argumentos de los objetivistas son acertadas, entonces no parece haber razones fuertes para negar que la prueba de la intención pueda ser vista como un razonamiento que tiende a descubrir una realidad. Sin embargo, es necesario contar con ciertos criterios y argumentos que nos permitan acercarnos a este objetivo. Para ello debemos advertir la conexión que existe entre actuar intencionalmente y actuar racionalmente. Cuando actuamos intencionalmente perseguimos un objetivo, por lo que tenemos que escoger el curso de acción más apropiado alcanzarlo. Esto hace que las acciones intencionales hayan de ser —en el sentido que precisaré— acciones guiadas por criterios de racionalidad. Es cierto que las intenciones son estados mentales subjetivos a los que no tenemos un acceso directo (salvo que se trate de nuestras propias intenciones), pero han de ajustarse a ciertos criterios de racionalidad, y las reglas

de la racionalidad (dentro de ciertos márgenes) pueden considerarse como pautas intersubjetivamente compartidas. La racionalidad es el aspecto intersubjetivo de la intención. En el próximo apartado trataré de mostrar cuáles son las conexiones entre intención y racionalidad.

III. La teoría subyacente a la atribución de intenciones

Pese a las dudas escépticas acerca de las "otras mentes", debe reconocerse que las personas tenemos una capacidad bastante fiable de averiguar las intenciones de los demás, una capacidad que ponemos en práctica cotidianamente y sin la cual la vida social sería imposible (desde la comunicación lingüística hasta cualquier tipo de coordinación). La filosofía de la psicología ha propuesto varias teorías para dar cuenta de esta capacidad: (a) la "teoría de la racionalidad", (b) la llamada "teoría de la teoría" y (c) la "teoría de la simulación" (Goldman, 1989; Brunsteins, 2008; Quintanilla, 2019). Para la primera, las intenciones se atribuyen a partir de la suposición de que los seres humanos actúan racionalmente (principio de racionalidad) y de que sus acciones tienen un sentido (principio de caridad); para la segunda, las personas desarrollamos una teoría (a veces llamada "psicología popular"), consistente en un conjunto de reglas de experiencia y generalizaciones empíricas a partir de regularidades observadas en la conducta de los demás, que nos permite atribuir intenciones con un suficiente grado de acierto; para la tercera, las atribuciones de intenciones se hacen a partir de una proyección del sujeto-intérprete hacia el sujeto-interpretado, esto es, nos "ponemos en lugar" del otro sujeto y le atribuimos las intenciones que nosotros tendríamos en esa situación. Una variante de esta tercera teoría señala que esta capacidad de "ponernos en lugar del otro" es una habilidad innata e inconsciente (la empatía), probablemente vinculada con las llamadas "neuronas-espejo" (Iacoboni, 2009). Mientras que la "teoría de la racionalidad" y la "teoría de la teoría" adoptarían el punto de vista de tercera persona, la "teoría de la simulación" adoptaría el de primera persona.

Evidentemente, una teoría que haga descansar nuestro conocimiento de los estados mentales en una habilidad de "proyectarse" en la situación del otro puede aportar una *explicación* de cómo atribuimos estados mentales, pero las razones

así obtenidas carecen de la intersubjetividad necesaria para proporcionar la *justificación* de la decisión sobre los hechos probados, que es lo que necesitamos para la motivación de las decisiones judiciales. Por otra parte, parece más acertado entender que se trata de tres estrategias distintas, pero complementarias, que de tres teorías excluyentes. De hecho, varios autores han puesto de manifiesto la necesidad de combinar la perspectiva de primera y de tercera persona para obtener una imagen completa de esta capacidad. En lo que sigue, trataré de dibujar los elementos centrales de la que creo que es la teoría subyacente a nuestras prácticas de atribución de intenciones. Daré un papel central a la idea de racionalidad, pero tratando de alejarla de una "racionalidad ideal" (que sería más útil para dar cuenta de cuál es la intención que los agentes deberían haber tenido, que para inferir la que de hecho tuvieron) y acercándola a la idea de una "racionalidad imperfecta" o "mínima". El proceso de atribución de intenciones partiría de la estrategia de la simulación (tendría en cuenta cómo habría actuado yo en esa situación) pero reforzaría o corregiría esa atribución inicial a partir de la estrategia de las reglas de atribución basadas en regularidades y del Principio de Racionalidad Mínima (en adelante, PRM), que serían las que cumplen la función de justificación de la atribución.

1. Acciones e intención

No todas nuestras acciones son intencionales, y no todas las acciones que consideramos intencionales lo son en el mismo sentido.

a) Un primer grupo de acciones, los actos reflejos, son aquellos que se producen sin intervención de la voluntad. Son reacciones que no se encuentran dirigidas por la intención o el propósito de alcanzar un determinado resultado. Además, no podemos controlarlas: quizá las podemos realizar intencionalmente, pero no reprimirlas.

b) A un segundo grupo de acciones lo podríamos llamar "acciones expresivas". Son expresiones de alguna emoción o algún estado de ánimo que las causa. Por ejemplo, es posible que, si estoy sentado esperando nervioso algún acontecimiento importante en mi vida, de repente me

levante y me ponga a pasear y silbar por la habitación, sin haberlo decidido. O si en medio de una discusión acabo enfadándome es posible que empiece a manotear. Se trata de acciones que expresan algún estado de ánimo, pero sin que yo me haya propuesto expresarlo. ¿Son acciones intencionales? Yo podría hacerlas intencionalmente, y podría aprender a evitarlas; es decir, en mayor o menor medida, puedo controlarlas. Si me doy cuenta de que me voy a levantar y ponerme a silbar, puedo evitarlo. Además, mientras las estoy haciendo, o cuando alguien me pregunta qué estoy haciendo, soy consciente de ellas (en el sentido de que tengo una certeza no basada en la observación de mi conducta externa). Sin embargo, no puedo dar una razón (finalista, no meramente causal) de por qué las estoy haciendo. Todo esto nos autoriza a decir que son intencionales, pero en un sentido mínimo o débil. A veces expresamos lo mismo diciendo que son voluntarias, para distinguirlas de los meros actos reflejos.

c) Un tercer grupo está constituido por las acciones intencionales en sentido estricto o dirigidas a fines. Éstas se dirigen a un objetivo y en ellas intervienen deseos y creencias acerca de cómo satisfacerlos. En algunos casos, el carácter intencional de estas acciones es más evidente, porque son el resultado de una decisión razonada: deliberamos acerca de qué fines perseguir y de cuáles son los medios adecuados para alcanzarlos. Otras veces realizamos una conducta dirigida a un fin sin que hayamos deliberado previamente y sin haber decidido, en ese momento, hacerla; aun así, también estas acciones son intencionales: queremos el fin y queremos la acción como un medio para conseguirlo. Cuando salgo de mi casa por las mañanas y conduzco hasta la universidad, realizo muchas acciones de este tipo (darle la vuelta a la llave de casa, andar, arrancar el coche, insertar la primera, poner el intermitente, mirar por el retrovisor, etc.). Aunque no sean el resultado de una decisión en cada momento previo a su realización, son el producto de un proceso de aprendizaje o de surgimiento de un hábito, y si retrocedemos en el tiempo a lo largo de ese proceso, acabamos encontrando en su origen un esfuerzo para realizarlas y, probablemente, una decisión.

d) Un cuarto grupo (o, si se quiere, un subgrupo del anterior) está constituido por aquellas acciones intencionales que no se dirigen a un fin distinto de la mera realización de la propia acción. Mosterín (1987, p. 193) habla de acciones que tienen ellas mismas un sentido final o de fin: no las realizo para obtener un fin distinto, sino que ellas mismas son el fin que persigo. Por ejemplo, cantar por cantar o leer un libro por placer. Sin embargo, podemos decir (aunque resulte un poco artificioso) que también estas acciones persiguen un fin: satisfacer mi deseo. Deseo (porque me apetece) cantar y sé que la mejor manera de satisfacer mi deseo es ponerme a cantar. Las trataré, por tanto, como acciones dirigidas a fines (no obstante, es importante retener que no siempre que hacemos algo intencionalmente perseguimos un fin distinto a la mera realización de la acción intencional).[12]

e) Y un quinto grupo estaría constituido por las acciones no intencionales. Éstas son siempre (salvo en el caso de los actos reflejos, y si dejamos fuera de este grupo a las acciones expresivas) consecuencias no queridas y no previstas de otra acción. Así, si atropello a alguien al saltarme un semáforo, el atropello no es intencional, aunque saltarme el semáforo sí lo haya sido; y si tiro el jarrón al suelo al intentar encender la luz, haber tirado el jarrón es una acción no intencional, consecuencia de mi acción intencional de intentar encender la luz.

Las siguientes consideraciones son válidas sólo para las acciones del tercer grupo, a las que llamaré intencionales en sentido estricto. En este sentido, actuar con una intención es actuar persiguiendo un fin. Podemos decir que procurar ese fin es la razón de nuestra acción.[13] Por tanto, podemos asumir la siguiente definición: *X hace A con la intención de dar lugar a F si cree que A es un medio para dar*

[12] Por otra parte, cuando estas acciones tienen consecuencias lesivas o perjudiciales para terceros —cuando alguien roba por robar o mata por matar— tendemos a considerarlas patológicas en algún sentido y, por tanto, no intencionales o con una intencionalidad viciada.

[13] La noción de razón para la acción es enormemente complicada y no puedo entrar aquí a analizarla. Usaré la expresión en un sentido muy amplio y casi de "lenguaje común". Pueden encontrarse análisis en profundidad de esta noción en Bayón Mohino (1991) y Redondo (1996).

lugar a F y hace A por esa razón. Actuar intencionalmente también se puede definir como actuar por una razón.

2. Intenciones y racionalidad. El Principio de Racionalidad Mínima

Por otro lado, actuar racionalmente también tiene que ver con actuar por una razón. De acuerdo con Nicholas Rescher (1993, p. 25), "actuar racionalmente" puede definirse con la siguiente fórmula:

X hace A racionalmente =

1. X hace A.
2. X tiene arrolladoramente buenas razones para hacer A.
3. X hace A apoyándose en esas razones.

"Arrolladoramente" quiere decir que las razones para hacer esa acción son mejores que las razones para hacer otra distinta o ninguna en absoluto. De acuerdo con esta definición, actuar racionalmente implica actuar por una razón, esto es, intencionalmente. Toda acción racional es intencional. Ahora bien, la pregunta relevante para la prueba de la intención es la contraria: ¿toda acción intencional es racional? Si así fuera, encontrar la intención de un agente consistiría en encontrar el propósito que hace aparecer su acción como racional, dotándola de un sentido.

También el término "racionalidad" es ambiguo, por lo que para contestar a la cuestión de si toda acción intencional es racional debemos deshacer primero esa ambigüedad. Podemos distinguir tres sentidos de "racionalidad".

a) *Racionalidad perfecta*. Un agente actúa de manera perfectamente racional cuando lo hace movido por razones objetivamente buenas. En el momento de actuar, lo que consideró buenas razones lo eran objetivamente (esto es, para cualquier ser racional).

b) *Racionalidad imperfecta*. Un agente actúa de manera imperfectamente racional cuando lo hace movido por las razones que a él le parecen buenas, si éstas no coinciden con las objetivamente buenas. Se trata de razones que le parecerían buenas a cualquier persona como él, pero no a toda persona racional. Por ejemplo, si deseo ir a Barcelona en tren en lugar de tomar el avión porque soy supersticioso y tengo que viajar en martes 13, mis razones serán buenas para mí (y los supersticiosos), pero no son objetivamente buenas. Sin embargo, puesto que hay una coherencia entre mis creencias generales y mis acciones, podemos hablar de algún grado de racionalidad.

c) *Racionalidad mínima*. Un agente actúa de manera mínimamente racional cuando lo que creyó en el momento de actuar que eran buenas razones no lo eran objetivamente y, además, tampoco coincidían con lo que en condiciones normales él mismo hubiera considerado buenas razones. Se trata de supuestos de error, en la ocasión concreta en que se actuó, por falta de deliberación, urgencia de actuar, defectuosa interpretación de las circunstancias, uso de información no fiable, desprecio de información relevante, exceso de emotividad, etc. Pero incluso en estos casos hubo cierta coherencia entre mis creencias efectivas en el momento de actuar y mi acción: ésta se ajustó a las razones que creía adecuadas en ese momento, aunque fueran equivocadas.

Creo que el siguiente pasaje de John Watkins, aunque extenso, puede contribuir a aclarar qué entiendo por racionalidad mínima (que él llama racionalidad imperfecta):

> [a]l conjunto de todas aquellas consideraciones que, se formulen o no conscientemente, entran en un caso particular de toma de decisión lo llamo "esquema de decisión". Según la teoría normativa de la decisión, un esquema de decisión debe consistir en una especificación completa de valores de retribución a los resultados posibles, un mapa de preferencias completo o una asignación completa de valores de retribución a los resultados, y (en los casos en que resulta adecuado) un sistema para hacer frente a los diversos riesgos e incertidumbres.

> Si se le juzga por esto, un esquema de decisión real es usualmente algo verdaderamente muy imperfecto. Un esquema de decisión ideal se describe como algo que la mente del agente tiene presente en su totalidad, un todo completo en el que los varios componentes juegan simultáneamente su papel oportuno. Un esquema de decisión real se construye generalmente parte a parte, de manera que la llegada de una parte aislada de información situacional puede tener una influencia totalmente desproporcionada. E incluso cuando estén incluidos todos los datos, la significación práctica de las diferentes partes del mismo puede crecer o disminuir a medida que el que ha de tomar la decisión atiende ora a un factor, ora al otro.
>
> No solamente es un esquema de decisión real más o menos vago y fragmentario cuando se le compara con el ideal, sino que el agente lo reducirá y simplificará aún más a medida que se acerca una decisión. En lugar de la enumeración completa de las posibilidades que exige la teoría normativa, nos fijamos en unas cuantas características y elegimos algunas posibilidades interesantes de la situación-problema dada [1982, p. 127].

Es obvio que no toda acción intencional es perfectamente racional: en muchas ocasiones fallamos en alcanzar nuestros objetivos por una inadecuada elección de los medios. Tampoco podemos decir que las acciones intencionales sean siempre al menos imperfectamente racionales, porque puede haber errores en nuestros cálculos que nos hagan actuar de una manera contraria a como nosotros mismos hubiéramos actuado de haber pensado las cosas con más calma. ¿Podemos decir al menos que todas las acciones intencionales son mínimamente racionales? Para llegar a esto todavía tenemos que hacer una restricción más.

Como sabemos, la racionalidad puede ser de fines (¿son adecuados los fines y objetivos del agente?) o instrumental (¿son adecuados los medios escogidos para alcanzar los fines perseguidos?). Creo que debemos admitir que no siempre actuamos persiguiendo lo que creemos, en un momento concreto, que son los mejores fines, los más adecuados o los que más nos convienen. A veces —muchas veces— actuamos siendo conscientes de que nuestros fines no son los que debemos perseguir. Tal como afirma Rescher, "[d]emasiado a menudo los deseos y apetitos nos guían en lo que hacemos, y éstos pueden ser o no buenos consejeros con respecto a la racionalidad [...] Los individuos automáticamente tienen un motivo

cuando se presenta un deseo, pero sólo tienen buenas razones cuando evidentemente hacen algo de acuerdo con su mejor interés" (1993, p. 19). De manera que, aceptado esto y dejando de lado, por tanto, la racionalidad de fines, lo que nos queda de la pregunta anterior es lo siguiente: ¿siempre que actúo intencionalmente soy al menos mínimamente racional desde el punto de vista instrumental, esto es, me muevo para satisfacer un deseo y elijo los medios que me parecen más adecuados en ese momento para satisfacerlo?

Creo que la respuesta es necesariamente afirmativa. Es una cuestión conceptual que cuando actúo con la intención de dar lugar al fin F realizo la acción que en ese momento me parece más adecuada (teniendo en cuenta mis posibilidades, mis preferencias, mis meros "gustos" y mi evaluación de la situación) para lograr F. En eso consiste actuar intencionalmente. Obsérvese que no se trata de elegir una acción adecuada cualquiera, sino la que considero la más adecuada. Si elijo una acción que puede contribuir al resultado, pero no es la más adecuada, y no puedo aducir ninguna razón o preferencia para haberla escogido (en un sentido muy amplio, que puede incluir el mero hábito), ningún observador dirá que tuve la intención de producir F con mi acción (salvo que se convenza de que hay alguna razón oculta para mi preferencia); y yo mismo no podré decirlo seriamente. De manera que la racionalidad que encontramos en todas las acciones intencionales es una racionalidad instrumental mínima, lo que implica que cuando hacemos una acción intencional consideramos que tenemos una buena razón (instrumental) para hacerla. Llamo a esta conexión entre acción intencional y racionalidad "Principio de Racionalidad Mínima".[14] El PRM puede enunciarse de la siguiente manera: "si un agente actúa intencionalmente, siempre realiza la acción que cree más adecuada para lograr el fin que persigue". En el siguiente apartado trataré de mostrar cómo se integra este principio en el razonamiento probatorio de las intenciones.

[14] Amparo Gómez Rodríguez (1992, p. 129) define lo que llama el Principio de Racionalidad Mínima como no actuar inconsistentemente. En un sentido semejante, Salvador Giner (1997, p. 112) escribe que "la acción humana es racional. Lo es en el sentido, y sólo en el sentido, de que persigue fines deseados por los sujetos según sus intenciones, recursos y creencias. Para ello los sujetos eligen, en todo tiempo y lugar, la senda disponible que juzgan más adecuada a ellos y a los recursos a su alcance".

IV. Apuntes para un modelo de prueba de la intención

Comencemos con un caso: Alfredo y Herminio viven en huertas colindantes. Una tarde, Alfredo llama a grandes voces a Herminio, con el que anteriormente había mantenido múltiples y acaloradas discusiones. Al asomarse éste a la puerta de su casa entablan una fuerte discusión sobre la propiedad de una vereda que separa ambas fincas. La discusión es interrumpida por el yerno de Herminio, quien asiéndole del brazo lo mete en la casa. A continuación, Alfredo entra en su propia casa, coge una escopeta IS, modelo PR, del calibre 12 y vuelve a salir, retando a Herminio a gritos; le sigue su hermana Arsenia, quien, agarrándole del brazo, trata de disuadirle. Cuando Herminio se asoma de nuevo a la puerta, Alfredo le dispara un cartucho de perdigones desde una distancia de unos 12 metros. En el momento en que Alfredo dispara, Arsenia tira de él hacia atrás para desviar la trayectoria del disparo. Los perdigones impactan en un muro de piedra que está detrás de Herminio (a un metro de altura), sin que éste resulte lesionado. Se calcula que la trayectoria del disparo se ha desviado 70 cm respecto de la que hubiera matado o herido a Herminio. Estos hechos son calificados por el tribunal que los juzga como un delito de homicidio en grado de tentativa, lo que significa que se da por probado: (a) que la acción de Alfredo es intencional y (b) que su intención es la de matar a Herminio y no meramente lesionarle (en cuyo caso se le podría haber condenado de un delito de lesiones en grado de tentativa).[15]

¿Cómo sabemos que Alfredo disparó con la intención de matar a Herminio y no meramente de lesionarle? La respuesta es que, de acuerdo con el Principio de Racionalidad Mínima, los sujetos procuran realizar la acción que, a su juicio, tiende a asegurarles el resultado que pretenden y la acción de Alfredo fue instrumentalmente adecuada para matar a Herminio (como sabemos por el calibre de la escopeta usada, el lugar del cuerpo de Herminio hacia donde apuntó, la distancia, etc.).

[15] STS 1843/1999, de 23 de diciembre.

El razonamiento completo sería el siguiente:

(1) Los agentes realizan la acción que creen más adecuada para lograr el fin que persiguen (PRM)
(2) Alfredo creía que la manera más adecuada de matar a Herminio consistía en disparar en las circunstancias C
(3) Alfredo disparó en las circunstancias C
(4) Alfredo disparó con el fin de matar a Herminio (esto es, tenía la intención de matar a Herminio)

En general, el argumento por el que se atribuyen intenciones puede reconstruirse de la siguiente manera:

(1) Los agentes realizan la acción que creen más adecuada para lograr el fin que persiguen (PRM)
(2) S creía que la manera más adecuada de conseguir F consistía en hacer A en las circunstancias C
(3) S hizo A en las circunstancias C
(4) S hizo A con la intención de conseguir F

Este argumento puede reforzarse teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

a) Debemos comparar la conclusión del argumento con otras hipótesis alternativas que también puedan explicar la acción. Esto es, debemos comparar la hipótesis "Alfredo disparó con el fin de matar a Herminio" con otras posibles explicaciones de por qué disparó. Aquí los argumentos basados en la coherencia de la narración de los hechos son relevantes para seleccionar la hipótesis más sólida. Por ejemplo, no parece creíble que Alfredo disparara al corazón si sólo quería lesionar o asustar. Puede ser fundamental también examinar si el medio empleado era sólo adecuado para un fin o para varios (aunque lo fuera en menor medida), si era condición necesaria, suficiente o meramente contribuyente del fin, etcétera.

b) Debemos examinar si hay otras razones (además de la adecuación instrumental de la acción) que confirmen la hipótesis. Por ejemplo, podemos aplicar el PRM no a la acción descrita como "disparar", sino a la descrita como "matar":[16] el PRM nos dice ahora que, si el agente mató intencionalmente, debía tener a su juicio alguna buena razón para matar. La conducta anterior y posterior del sujeto puede constituir un indicio de esto. Por ejemplo, las discusiones anteriores entre Alfredo y Herminio pueden apuntar a que Alfredo tenía razones (motivos) para matar a Herminio.

También podemos servirnos en nuestras atribuciones de intenciones de cierta "lógica de la intención" derivada igualmente del PRM. Algunos de sus principios podrían ser los siguientes:

a) Si un agente tiene la intención de hacer A, y B es incompatible con A, no tiene la intención de hacer B (principio de no contradicción de las intenciones).
b) Si el agente cree que la acción B se sigue necesariamente de la acción A, no puede tener la intención de A y no tener la intención de B (principio de transmisión de la intención a las consecuencias necesarias o previsibles).
c) Si el agente tiene la intención de hacer B y cree que A es el único medio para dar lugar a B, tiene también la intención de hacer A (principio de transmisión de la intención a los requisitos causales o convencionales).

En el razonamiento con el que atribuimos intenciones necesitamos hacer referencia a las creencias del agente. Esto puede hacer pensar que hemos pasado del problema de atribuir intenciones al problema, igualmente difícil, de atribuir creencias. Sin embargo, esto es inevitable. Dado el rasgo que los filósofos llaman

[16] Entre acciones —o descripciones de acciones— existe una relación de generación: cuando disparo matando a alguien, la acción de disparar genera (causalmente) la acción de matar (otra manera de decirlo es afirmar que la relación de generación se da entre descripciones de acciones, y no entre acciones propiamente). Sobre esto, véase González Lagier, 2001.

el "holismo de lo mental", es imposible definir un estado mental sin referencia a otro. En todo caso, quizá pueda pensarse que es más fácil atribuir creencias que intenciones, en el sentido de que son más obvias las máximas de experiencia que usamos. Ramón Ragués i Vallès (1999, pp. 521 y ss.) sugiere (entre otras) las siguientes:

a) La consideración de una persona como imputable lleva a atribuir a un sujeto todos aquellos conocimientos cuya ausencia sólo se entiende posible en quien padece algún tipo de perturbación psíquica o sensorial o en menores de edad.
b) El hecho de que una persona haya sido normalmente socializada hace que se le puedan atribuir todos aquellos conocimientos cuya ausencia sólo se concibe en sujetos que no han tenido contacto con la civilización de la que se trate.
c) La circunstancia de que en un sujeto concurran determinadas características personales o de que ocupe una determinada posición social lleva a imputarle los conocimientos cuya ausencia haría impensable que tuviera esas características o que ocupara tal posición.

No obstante, a propósito de la atribución de creencias y de la evaluación de la situación hecha por el agente es preciso tener en cuenta los llamados "errores del pensamiento cálido" (Broncano, 1995, p. 311), como los estudiados por Elster y otros autores (la debilidad de la voluntad, el autoengaño, los posibles efectos aberrantes de la interacción entre deseos y creencias, como cuando atribuimos una exagerada probabilidad a aquello que deseamos que ocurra o la disminución de la fuerza del deseo en función de la dificultad, etc.), y la propensión a cometer ciertos errores en la atribución de probabilidades en contextos de incertidumbre o en ciertos tipos de razonamiento lógico. Es decir, el estudio de las perversiones de la racionalidad.

Se trata con ello de acercar la reconstrucción del razonamiento práctico que hizo el agente antes de actuar al que efectivamente realizó, y no al que hubiera realizado el "hombre medio" o el "hombre razonable". Estos dos últimos puntos de vista pueden ser relevantes para juzgar el grado de reproche (señalando que pudo

prever o debió prever ciertas consecuencias, por ejemplo), pero en una atribución teórica de intenciones sólo pueden tener una misión heurística y no deben actuar si tenemos razones para pensar que hubo un caso de evaluación equivocada de la situación.

Por otro lado, las emociones tienen un papel importante en el análisis de lo que he llamado racionalidad mínima y John Watkins llamaba esquemas reales de decisión. Según Damasio, si nuestras decisiones tuvieran que adaptarse a la teoría de la decisión no podríamos tomar decisiones adecuadas debido al elevado número de cursos de acción alternativos que tendríamos que evaluar. Las emociones cumplen el papel de reducir drásticamente las alternativas que serán tenidas en cuenta, ajustando la evaluación a las peculiaridades de cada individuo (Damasio, 2006). Por tanto, no desplazan necesariamente la decisión (de manera que podemos seguir hablando de acción intencional, aunque se realice bajo el influjo de una emoción), aunque sí la determinan en gran medida, por lo que el problema de la responsabilidad por nuestras acciones se traslada en estos casos a la cuestión de nuestra capacidad de controlar las emociones.

V. El fundamento empírico del Principio de Racionalidad Mínima

De acuerdo con las consideraciones anteriores, el PRM tendría una doble función. Por un lado, serviría como guía para los casos no previstos en presunciones, reglas de prueba, indicios-tipo, etc. para la prueba de la intención. Por otro lado, debe ser el fundamento al que remitir estas presunciones, reglas, etc., si se quiere respetar el principio de dignidad, tal como ha sido esbozado anteriormente.

Una presunción normativa que atribuya una determinada intención a un sujeto en determinadas circunstancias debe estar respaldada por el PRM. Recordemos que el mero hecho de que necesitemos criterios para dar por probado un hecho, y que estos criterios vengan determinados normativamente, no es suficiente para negar el carácter empírico del hecho que se trata de probar, si estos criterios están fundados empíricamente. Y el PRM y el resto de los criterios que hemos señalado lo están: no se trata de reglas de imputación de carácter normativo ajenas a fines

cognoscitivos, sino, por el contrario, de criterios de descubrimiento, algo así como "recetas" que tienden (con límites, por supuesto) a asegurar la corrección de nuestra atribución desde el punto de vista de una teoría de la verdad como correspondencia (entre la atribución y la realidad mental).

El fundamento de estas "recetas" se basa en su éxito en el pasado (de hecho, como habrá observado el lector, no se trata de criterios novedosos) como razonamiento cotidiano cada vez que atribuimos intenciones a los demás. En el esquema de decisión que precede a muchas de nuestras acciones intencionales cumple un papel importante el medio social en el que la acción va a realizarse. Lograr nuestros objetivos requiere en muchas ocasiones contar con la existencia de otros sujetos —entonces podemos hablar de nuestra acción como acción social (Giner, 1997, p. 40)—. Nuestra evaluación de la situación debe tener en cuenta no sólo la existencia de tales sujetos, sino también su calidad de agentes que se mueven persiguiendo sus propios objetivos. Las acciones de los demás son importantes para nosotros si queremos coordinarnos con ellos, colaborar, competir o simplemente evitar sus interferencias. Para todo ello necesitamos atribuir intenciones a los demás y es algo que hacemos cotidianamente con suficiente competencia. Un gran número de estas atribuciones son exitosas, en el sentido de que logramos ajustar nuestra conducta a la de los demás y conseguir de esa manera nuestros objetivos.[17] Si falláramos demasiado a menudo la vida en sociedad sería imposible y las más de las veces no alcanzaríamos nuestros objetivos (no sólo los objetivos colectivos, sino tampoco la mayoría de los individuales). Esta fiabilidad "en general" permite tener cierta confianza en nuestros criterios y procedimientos de atribución de intenciones y en nuestra manera de entender los conceptos involucrados (como el de intención), justificándolos desde un punto de vista práctico.[18] Además, este tipo de justificación se basa en la experiencia: si en el pasado los criterios que uso para atribuir intenciones me han resultado generalmente

[17] De acuerdo con la hipótesis del animal maquiavélico, desde un punto de vista evolutivo la necesidad de reconocer los estados mentales de otros, para adaptar la conducta propia y manipular la ajena en función de ellos, fue fundamental para el desarrollo de la inteligencia y la racionalidad humana (Broncano, 1995, pp. 320-321).

[18] El criterio fiabilista o pragmático ha sido usado como criterio para justificar el conocimiento científico y la racionalidad epistemológica. Véase, por ejemplo, Rescher (1993, pp. 55 y ss.). Para una aplicación del criterio al campo de la racionalidad práctica y evaluativa puede verse Broncano (1995, pp. 326 y ss.).

provechosos no tengo razones para pensar que no vayan a seguir siéndolo en el futuro (aunque, en casos concretos, puedan conducirme a errores).

Dicho en pocas palabras: no hay recetas nuevas para la prueba de la intención, pero las tradicionales están suficientemente fundamentadas y sustituirlas por la idea de que la determinación de las intenciones de los otros es meramente una atribución normativa lesiona el principio de dignidad de la persona y no soluciona el problema de la justificación de esa atribución.

Bibliografía

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1992), "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", *Doxa*, núm. 12, pp. 257-299.

BAYÓN MOHINO, J. C. (1991), *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

BELLOCH JULBÉ, J. A. (1992), "La prueba indiciaria", *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XIII, pp. 27-93.

BRONCANO, F. (1995), "El control racional de la conducta", en Broncano, F. (ed.), *La mente humana*, Madrid, Trotta/Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pp. 301-331.

BRUNSTEINS, P. (2008), "Algunas reflexiones acerca de la simulación mental y la perspectiva de primera persona", *Areté Revista de Filosofía*, vol. XX, núm. 1, pp. 7-38.

CASACUBERTA, D. (2000), *¿Qué es una emoción?*, Barcelona, Crítica.

DENNETT, D. C. (1985), "Mecanicismo y responsabilidad", *Cuadernos de Crítica*, núm. 42.

FERRER BELTRÁN, J. (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

FLETCHER, G. (1997), *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. de F. Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch.

GARCÍA AMADO, J. A. (2000), "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", *Doxa*, núm. 23, pp. 233-264.

_____, (2013), "¿Hay en materia de hechos y de su prueba una única respuesta correcta en Derecho?", Disponible en: «http://garciamado.blogspot.com.es/2013/05/hay-en-materia-de-hechos-y-de-suprueba».

GARCÍA CARPINTERO, M. (1995), "El funcionalismo", en Broncano, F. (ed.), *La mente humana*, Madrid, Trotta/Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pp. 43-76.

GINER, S. (1997), "Intenciones humanas, estructuras sociales. Para una lógica situacional", en Cruz Rodríguez, M. (ed.), *Acción humana*, Barcelona, Ariel, pp. 21-126.

GOLDMAN, A. (1989), "Interpretation Psychologized", *Mind & Language*, vol. 4 (3), pp. 161-185.

GÓMEZ RODRÍGUEZ, A. (1992), *Sobre actores y tramoyas. La explicación situacional de la acción individual*, Barcelona, Anthropos.

GONZÁLEZ LAGIER, D. (2001), *Las paradojas de la acción (Acción humana, Filosofía y Derecho)*, Alicante, Publicaciones Universidad de Alicante.

_____, (2003), "Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II)", *Jueces para la democracia*, núm. 47, pp. 35-51.

_____, (2004), "La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima", *Jueces para la democracia,* núm. 50, pp. 41-51.

HAMPSHIRE, S. y HART, H. L. A. (1958), "Decision, Intention and Certainty", *Mind*, vol. LXVII, núm. 265, pp. 1-12.

HART, H. L. A. (1973), *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press.

IACOBONI, M. (2009), *Las neuronas espejo*, Madrid, Katz.

JAKOBS, G. (1997), "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos", trad. de C. J. Suárez González, en Jakobs, G., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, UAM Ediciones-Civitas, pp. 127-146.

LAURENZO COPELLO, P. (1999), *Dolo y conocimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch.

MIRANDA ESTRAMPES, M. (1997), *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, J.M. Bosch Editor.

MOSTERÍN, J. (1987), *Racionalidad y acción humana*, Madrid, Alianza Editorial.

MOYA, C. (2006), *Filosofía de la mente*, Valencia, Universidad de Valencia.

NINO, C. (1989), *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea.

_____, (1999), "Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, pp. 47-82.

QUINTANILLA, P. (2019), *La comprensión del otro. Explicación, interpretación y racionalidad*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

RAGUÉS I VALLÉS, R. (1999), *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, J.M. Bosch Editor.

_____, (2002), "Consideraciones sobre la prueba del dolo", *La Ley*, año XXIII, núm. 5633.

REDONDO, C. (1996), *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

RESCHER, N. (1993), *La racionalidad. Una indagación filosófica sobre la naturaleza y la justificación de la razón*, trad. de S. Nuccetelli, Madrid, Tecnos.

SEARLE, J. (1992), *Intencionalidad: un ensayo en la filosofía de la mente*, trad. de E. Ujaldón Benítez, revisión de L. M. Valdés Villanueva, Madrid, Tecnos.

_____, (2001a), *Mente, lenguaje y sociedad: la filosofía en el mundo real*, trad. de J. Alborés, Madrid, Alianza.

_____, (2001b), *Mentes, cerebros y ciencia*, trad. de L. M. Valdés Villanueva, Madrid, Cátedra.

TARUFFO, M., (2002), *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta.

_____, (2003), "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", trad. de M. Betti y R. Coloma, revisión de J. Ferrer Beltrán, *Discusiones*, año III, núm. 3, pp. 15-41.

TORRES, I. (2014), "Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal según Carlos Santiago Nino", *Ciencia Jurídica*, año 3, núm. 5, pp. 85-103.

WATKINS, J. (1982), "Racionalidad imperfecta", en Chomsky, N., Toulmin, S., Watkins, J. y otros, *La explicación en las ciencias de la conducta*, trad. de J. D. Quesada, Madrid, Alianza.

WOLLHEIM, R. (2006), *Sobre las emociones*, trad. de G. Facal Lozano, Madrid, Antonio Machado Libros.

Capítulo VII

La exigencia de motivación de las decisiones probatorias como garantía

Daniela Accatino*

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile y abogada. Doctora en Derecho por la Universidad de Granada (2006). Profesora de Razonamiento Jurídico y Derecho Probatorio en la Universidad Austral de Chile (Valdivia) y Directora del Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho en la misma Universidad.

La exigencia de motivación de las decisiones probatorias como garantía. I. Introducción; II. Exigencia de motivación y legitimidad judicial en un Estado democrático de derecho; III. Exigencia de motivación y debido proceso; IV. La debida motivación de las premisas fácticas de la decisión judicial; V. Conclusiones

I. Introducción

Una decisión judicial desnuda de razones, que se limitara a condenar o absolver al acusado sin dar cuenta pública de las normas jurídicas y de las pruebas en que se funda, se nos presentaría hoy como una manifestación intolerable de autoritarismo y arbitrariedad, digna de un proceso kafkiano, carente de publicidad y de garantías de defensa. El deber de motivación ocupa, en efecto, una posición clave en la arquitectura de garantías de un Estado democrático de derecho y este trabajo examina las dos vertientes en las que esa posición se articula: en cuanto principio distintivo de la moderna concepción del Poder Judicial, que encuentra su fundamento de legitimidad en la sujeción a la ley y en la publicidad que lo somete al control ciudadano, por una parte (II) y como un elemento del derecho del justiciable a un debido proceso, por otra (III). Al analizar esas dos dimensiones observaremos cómo la motivación de las premisas fácticas de las decisiones judiciales ha ido adquiriendo creciente relevancia tanto en los desarrollos teóricos y doctrinales, como en la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante SCJN). Teniendo a la vista esos avances, nos ocuparemos luego de identificar algunos criterios respecto de lo que debe contar como debida motivación, capaz de cumplir con sus objetivos institucionales, haciendo particular referencia, también aquí, a la fundamentación probatoria (IV).

II. Exigencia de motivación y legitimidad judicial en un Estado democrático de derecho

1. Motivación, legalidad y control público del Poder Judicial

Como adelantábamos, el deber de motivación de las sentencias está históricamente ligado a la configuración moderna de la función jurisdiccional y realiza varios principios que definen la nueva concepción de su legitimidad en un Estado democrático de derecho: el de *vinculación del juez a la ley*, el de *publicidad* y el de *proscripción de la arbitrariedad* (Accatino, 2003). Según advirtiera Condorcet en 1786, cuando esa nueva imagen del Poder Judicial tomaba forma, la transformación de los súbditos en ciudadanos supone que "todo hombre que emplee contra miembros de la sociedad la fuerza que ella le ha confiado, le rinda cuentas de las razones que le han movido a ello" (Condorcet, 1847, p. 152). Y, en el caso del juez, esas razones deben ser las que los propios ciudadanos le proporcionan a través de la ley. Pues si con respecto al poder legislativo se vuelve ciudadano quien participa, mediante la representación, en la determinación del contenido de la ley —a diferencia del súbdito a quien simplemente ésta se imponía desde arriba—, en relación con el Poder Judicial la ciudadanía supone la posibilidad de conocimiento y de control de la aplicación que aquél hace de la ley (Taruffo, 1974, p. 271). De hecho, esta idea de una *garantía externa,* confiada a los propios ciudadanos, de la legalidad y de los derechos a cuya realización ella debía propender, fue expresamente considerada, como un complemento de su *garantía interna o jurídica,* en el diseño constitucional de la Revolución Francesa, en cuyo contexto tiene lugar, precisamente, la institucionalización como norma general de la exigencia de motivación.[1] La doctrina contemporánea también da cuenta de este primer

[1] Así, la Constitución del año I hacía referencia, en su artículo 23, a la "garantía social", que consiste "en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos" y que "descansa en la soberanía nacional". Y en términos semejantes se expresaba la disposición final de la Constitución del año III, la misma que dio jerarquía constitucional al principio de obligatoriedad de la motivación. Hay, por cierto, una historia anterior de la exigencia de motivación, previa a su previsión como principio general, marcada especialmente por su funcionalidad, en ciertos contextos, respecto de las políticas centralizadoras del absolutismo, tanto en lo que respecta al control y la organización jerárquica

significado institucional de la exigencia de motivación y de su reconocimiento constitucional a partir de la identificación de una *función extraprocesal* de la misma, consistente en hacer posible "el control democrático sobre el ejercicio del Poder Judicial" (Taruffo, 2006, p. 358), como una forma de participación del pueblo en la administración de justicia.[2]

Pero este significado político democrático de la exigencia de motivación se refiere también a los justiciables concretamente involucrados en el proceso, a quienes se respeta como sujetos racionales y autónomos al enunciar las razones de la decisión, estableciendo una relación que no se agota en la mera sujeción al poder.[3] Hay, por así decirlo, una dimensión procesal de la ciudadanía, vinculada al deber de motivación, que conviene distinguir de lo que se suele identificar en sentido estricto como sus *funciones endoprocesales* y a las que más adelante haremos referencia (*infra* III). El jurista y juez Marco Ramat lo expresa bien cuando afirma que:

> [u]na vez abandonado todo residuo de la idea sacra del derecho y de la justicia, el juez debe darse cuenta, y aceptar con la debida humildad, que frente a él no se encuentran ya súbditos o `profanos´ (este peligrosísimo término contiene en sí el germen de una concepción de vasallaje) sino ciudadanos: ciudadanos que tienen el derecho de saber en qué consiste la justicia, puesto que es un asunto que les pertenece, y de entender por tanto cómo se administra justicia, y es sobre todo a través de la motivación de la sentencia que, eliminando toda clausura de casta, el juez cumple los deberes correspondientes a esos derechos [Ramat, 1962, p. 705].

Estas dos dimensiones del significado del deber de motivación desde el punto de vista de la legitimidad del Poder Judicial son advertidas también en la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos y de diversos tribunales

---

de la judicatura, como a la estatalización de las fuentes de producción jurídica. Al respecto *cfr*. Sauvel (1955); Taruffo (1974); Accatino (2003); Aliste Santos (2011, pp. 33 y ss.).

[2] Sobre esta función, véanse también Igartua Salaverría (2003, pp. 23 y ss.); Colomer Hernández (2003, pp. 139-140); Aliste Santos (2011, pp. 158-159).

[3] Esta dimensión de reconocimiento o respeto a las partes como ciudadanos está presente en una de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prevé el deber de motivación: el artículo 17, que dispone que "[n]adie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

constitucionales.[4] Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) lo ha caracterizado como "una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática",[5] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), por su parte, ha sostenido que "en reflejo de un principio relativo a la correcta administración de justicia, las sentencias de las cortes y los tribunales deben exponer de manera adecuada las razones en las que se basan" y que "sólo a través de una decisión motivada puede haber un escrutinio público de la administración de justicia".[6]

2. Motivación, indeterminación del derecho e incertidumbre del juicio fáctico

La importancia de la motivación como garantía de la sujeción públicamente controlable del juez a derecho se advierte más claramente en la medida en que se reconocen los espacios de discreción en la interpretación de la ley y las incertidumbres y riesgos de error que entraña la determinación de los hechos del caso. No es casual por eso que, antes de la institucionalización de la exigencia de motivación durante la Revolución Francesa, ella no haya sido en general promovida por la doctrina ilustrada, confiada como estaba en la transformación del juicio judicial en una simple subsunción silogística del caso, una vez que la codificación cumpliera la promesa de hacer del derecho un conjunto claro y sistemático de reglas públicamente accesibles. Como observa Taruffo:

> […] la imagen del juez *bouche de la loi* es el símbolo de un cuadro conceptual que omite los problemas inherentes al juicio de hecho y que cultiva una concepción mecanicista de la aplicación de la ley; en ese cuadro, la supuesta simplicidad y

[4] Véase, por ejemplo, con respecto al Tribunal Constitucional español, Colomer Hernández (2003, pp. 145-148) y en relación con el Tribunal Constitucional peruano, Castillo (2013a, pp. 76 y ss.).
[5] Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, párr. 77. Esta caracterización es reiterada en prácticamente todas las sentencias posteriores de la Corte IDH que se refieren a la exigencia de motivación.
[6] TEDH, *Suominen c. Finlandia*, no. 37801/97, 1° de julio de 2003, párrs. 34 y 36, respectivamente.

> automaticidad del juicio (depurado de ambigüedades y distorsiones interpretativas) aparece incompatible con el arbitrio subjetivo de quien juzga, y suficiente para garantizar la justicia objetiva de la decisión [Taruffo, 1974, pp. 268-269].[7]

Con respecto a la *quaestio iuris* la ilusión de la automaticidad fue dando paso al reconocimiento de su complejidad ya a partir del tiempo en que el deber de motivación se consagró legal y constitucionalmente,[8] en una evolución que se profundizó luego de la mano de la intensa tematización de la indeterminación del derecho, la discrecionalidad judicial y la diversidad de las herramientas argumentativas de los juristas por la literatura iusfilosófica a lo largo de todo el siglo XX. En cambio, con respecto a la *quaestio facti* el camino hacia el reconocimiento de las dificultades y los riesgos de error en el juicio judicial y de las herramientas argumentativas para abordarlos racionalmente, y con ellas del valor de la motivación como garantía, ha sido más lento y accidentado. Vale la pena detenerse muy brevemente en algunos puntos de esa historia.

Por una parte, aunque la doctrina de la Ilustración integró las reflexiones de la filosofía empirista para reconocer el carácter probabilista del conocimiento de los hechos y para criticar sobre esa base las reglas de valoración legal, defendiendo su sustitución por la libre valoración (Gascón Abellán, 1999, pp. 27 y ss.), la simultánea promoción que hizo de la institución del jurado, cuyo veredicto era tradicionalmente inmotivado, terminó por clausurar el espacio para la pregunta por los criterios que debieran justificar esa valoración (en este sentido habría que entender, me parece, la referencia antes citada de Taruffo a una "omisión" de los

[7] De manera semejante, Gianformaggio (1983, pp. 44-45) destaca cómo la ausencia de preocupación por la motivación de la sentencia es coherente con la supuesta evidencia de la solución judicial.

[8] Vale la pena reseñar las palabras de Andrés Bello advirtiendo las dificultades en la determinación del derecho cuando defendía la imposición de la exigencia de motivación en los años constitutivos de la república chilena: "[s]iempre será necesario que el magistrado haya tenido algún fundamento […]. No forma él estos juicios por una secreta inspiración. No hay poder sobrenatural que mueva sus labios, como los de Pitia, sin el previo trabajo de sentar premisas y deducir consecuencias. ¿Es su sentencia la aplicación de una ley a un caso especial? Cite la ley. ¿Su texto es oscuro y se presta a diversas interpretaciones? Funde la suya. ¿Tiene algún vicio el título que rechaza? Manifiéstelo. ¿Se le presentan disposiciones al parecer contradictorias? Concílielas, o exponga las razones que le lleven a preferir una de ellas. ¿La ley calla? Habrá a lo menos algún principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio. De algunos antecedentes ha tenido por fuerza que deducirlo. ¿Qué le impide manifestarlos, cualesquiera que sean?" (Bello, 1834, p. 113).

problemas inherentes al juicio de hecho). Y en el contexto de la Revolución Francesa esta clausura no se revierte, sino que se profundiza, al ser asumida una concepción del jurado en clave de representación democrática, que entendía que por medio de los jurados se restituía el poder de juzgar en manos de los ciudadanos. En esa concepción parecía viable dejar de lado la cuestión de su control público y se consideraba justificada políticamente la falta de motivación. Así lo destaca Senese (1993) y lo ilustra con la cita de un jurista francés de comienzos del siglo XIX, Lauzé de Peret, que caracterizaba el veredicto de los jurados como un "acto inmediato de soberanía" y afirmaba que en ellos "[u]na convicción cualquiera basta", "porque representan al acusado", "[y] el hombre que se juzga por sí mismo no debe rendir cuenta a nadie de los motivos que lo deciden a absolverse o condenarse" (citado por Senese, 1993, p. 333). Aunque el modelo judicial revolucionario no haya perdurado en el tiempo, sí lo hace la interpretación del principio de libre valoración como "un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces" (Ferrajoli, 1995, p. 139), que permite seguir eludiendo los problemas de la justificación de la decisión sobre los hechos probados. Bajo esa interpretación, la falta de atención al razonamiento probatorio tiende a ser sustituida por una concepción de la inmediación como método de conocimiento por el que la verdad se revelaría de modo evidente e infalible al juzgador a partir de la impresión perceptiva que producen en él las pruebas (Andrés Ibáñez, 2003).

El giro hacia una cultura de la motivación de las premisas fácticas, que reivindica la racionalidad en la valoración de la prueba y la importancia de su control, ha ido produciéndose lentamente, favorecido por el advenimiento del Estado constitucional de derecho y por la atención que éste ha promovido a las garantías procesales, en cuya arquitectura la motivación de las decisiones probatorias tiene, según veremos en el próximo aparatado (*infra* III), un lugar clave.[9] A ello se suma un creciente interés teórico y doctrinal por el razonamiento probatorio que, a partir

[9] Es interesante relevar, en este sentido, que si se examina el conjunto de casos sometidos al conocimiento de la Corte IDH en las que se denuncia una violación del debido proceso por falta de debida motivación, se constata que prácticamente todos dicen relación con la motivación de las premisas fácticas o bien de la calificación jurídica —y no con la interpretación en abstracto de las disposiciones jurídicas relevantes—. Examinaremos esa jurisprudencia en el próximo apartado (*infra* II).

de los trabajos seminales de Ferrajoli y Taruffo en los años noventa, ha aportado herramientas conceptuales para abordar su complejidad.[10]

3. Del lenguaje de la convicción al lenguaje de las razones justificativas: la concepción racionalista de la prueba y de la motivación

Advertir la complejidad del juicio sobre los hechos del caso y reconocer la importancia como garantía de su debida motivación suponen descartar tanto su "automatismo" como su resistencia a la racionalización. Sin embargo, estas dos imágenes han tenido una fuerte presencia en nuestra cultura jurídica y laten todavía bajo la denominada *concepción subjetivista de la prueba.* Esta concepción, también designada como *persuasiva* o *psicologista,* se expresa en un discurso que define la prueba por referencia al convencimiento del juzgador, de modo que afirmar que un hecho está probado significa, conforme a ella, que el decisor se ha formado la convicción de que ha ocurrido y probar —esto es, aportar y practicar pruebas— se considera una actividad que tiene por objeto producir ese convencimiento.[11] Este énfasis en la convicción subjetiva del juzgador puede ser expresión de una suerte de cognoscitivismo ingenuo o acrítico, asociado a una comprensión de la inmediación —a la que ya antes hemos aludido— como una suerte de método de conocimiento por el que la verdad se revelaría al juzgador en contacto directo con las pruebas de un modo evidente, inefable e infalible.[12] O bien, puede subyacer a esa concepción subjetivista alguna forma de escepticismo, que desconfiando de las posibilidades de aproximarse a la verdad en el ámbito de la prueba jurídica, entienda que sólo está en juego en ella la fijación formal de hechos mediante la convicción del juzgador.

[10] Me refiero a Ferrajoli (1995) y Taruffo (2002). Sobre este florecimiento de los estudios sobre el juicio fáctico, véanse Bayón Mohino (2008) y Accatino (2019).

[11] Con respecto a esta concepción de la prueba y la concepción racionalista con la que se contrapone, véanse especialmente varios artículos publicados en el tercer número de la revista *Discusiones*: Taruffo (2003); Andrés Ibáñez (2003); Gascón Abellán (2003); y Ferrer Beltrán y González Lagier (2003).

[12] Sobre esta clase de epistemología y su asociación con la concepción subjetivista de la prueba, *cfr*. Gascón Abellán (2003, pp.47 y ss.), Ferrer Beltrán y González Lagier (2003); Bayón Mohino (2008); Accatino (2019, p. 91). Y respecto de la relación entre concepción subjetivista de la prueba y una "concepción fuerte" de la inmediación, *cfr*. Ferrer Beltrán (2017, p. 2; 2020, p. 369).

Desde una u otra perspectiva lo que importa es *el hecho de la convicción* que —como destaca Ferrer Beltrán (2002, pp. 90 y ss.; 2021, pp. 175 y ss.)— es un acontecimiento que ocurre al juzgador y no un acto voluntario susceptible, en sentido estricto, de justificación. No es raro, por eso, que cuando se aborda la cuestión de la motivación de las premisas fácticas desde la perspectiva de una concepción subjetivista de la prueba se asuma una *noción psicologista* de ésta, que la entiende como una explicación de los motivos psicológicos o una descripción del proceso mental de convicción, los que por lo demás se asumen como en gran medida opacos y resistentes a su completa identificación y explicitación.[13] Pero bajo esta noción —desligada de un significado justificativo, que remita a la necesidad de razones intersubjetivamente válidas—, la exigencia de motivación no puede cumplir su función como herramienta para el control público de la sujeción de la decisión judicial a derecho.

Este último es un punto en el que han insistido los autores y autoras que han protagonizado en las últimas décadas el renovado interés por las cuestiones probatorias y que han desarrollado, en contraposición con la concepción subjetivista o persuasiva, una *concepción racionalista de la prueba* (Accatino, 2019). Desde esta perspectiva se destaca que la correcta aplicación del derecho a un caso concreto supone que el hecho que se considera como subsumible bajo el antecedente de la norma haya tenido efectivamente lugar (Ferrajoli, 1995, p. 37; Taruffo, 2003; Gascón Abellán, 1999, p. 38; Ferrer Beltrán, 2007, pp. 29 y ss.), que la actividad probatoria debe estar por consiguiente orientada a la averiguación de la verdad y que la motivación de las premisas fácticas debe dar cuenta, entonces, de la suficiencia de los elementos probatorios disponibles para aceptarlas como probablemente verdaderas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad epistémica y de los estándares de prueba aplicables. Se trata, como se puede observar, de una concepción de la prueba que no toma en cuenta la convicción subjetiva del juzgador sino las propiedades objetivas —relevancia y suficiencia— de los

[13] Sobre esta concepción psicologista de la motivación, *cfr*. Igartua Salaverría (1991, p. 146) y Ferrer Beltrán (2011, pp. 89 y ss.). Y con respecto a la asunción de una limitada accesibilidad de los motivos psicológicos bajo una concepción persuasiva de la prueba, véanse Ferrer Beltrán (2011, pp. 92-93) y Taruffo (2006, pp. 110 y ss.).

elementos de juicio disponibles y que sostiene una noción justificativa de la motivación.

Entendida de este modo, y bajo esos presupuestos, la motivación se encuentra ahora sí en condiciones de hacer posible el control público de la corrección conforme a derecho de la decisión judicial, incluyendo el de la determinación de los hechos probados de conformidad con los criterios de racionalidad en la valoración de las pruebas y los estándares de prueba aplicables (cuestiones sobre las que volveremos luego, *infra* IV).[14]

III. Exigencia de motivación y debido proceso

Además de ser identificada como un principio configurador de la jurisdicción en un Estado democrático de derecho y de cumplir una función extraprocesal, asociada a legitimidad del Poder Judicial y al control público de su corrección conforme a derecho, la motivación es reconocida generalmente como una garantía establecida en favor de los justiciables, que integra el derecho a un *debido proceso* y que cumple respecto de ellos importantes *funciones endoprocesales*.

Sin perjuicio de la posible previsión constitucional expresa del derecho a que las resoluciones judiciales que afecten a un sujeto sean fundadas, como ocurre en el caso del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), su justificación como especificación del derecho a un debido proceso se suele realizar jurisprudencialmente por varias vías diferentes. La primera lo vincula con el derecho de defensa o de audiencia y sostiene que es condición necesaria para su realización (1). La segunda establece un vínculo semejante con el derecho a interponer recursos (2). Y, además, en el ámbito del proceso penal, se suele trazar también una relación como garantía con el derecho

[14] E incluso antes del control extraprocesal (y del control procesal a través de recursos, al que haremos referencia en la siguiente sección, *infra* III) la motivación entendida de este modo cumple una importante función de "autocontrol" del juzgador (Taruffo, 1998, pp. 801-802; Iacoviello, 1997, p. 8; Gascón Abellán, 1999, p. 202; Igartua Salaverría, 2003, pp. 81, 85; Colomer Hernández, 2003, pp. 134-136), pues al exigirle tomar decisiones que puedan ser justificadas le impone un "límite a lo decidible" (Ferrer Beltrán, 2021, p. 364).

a la presunción de inocencia (3). Examinaremos a continuación cómo se articulan esas justificaciones, con especial referencia a la motivación de las premisas fácticas y a la jurisprudencia pertinente de la Corte IDH y de la SCJN. Por último, analizaremos brevemente las controversias que se han promovido ante nuestro tribunal regional de derechos humanos por la vulneración que el veredicto inmotivado del jurado podría significar del derecho a un debido proceso (4).

1. Derecho de defensa, derecho a la prueba y motivación de las premisas fácticas

La primera de las estrategias argumentativas para integrar el derecho a una resolución motivada en el conjunto de derechos que especifican los componentes de un debido proceso, consiste en advertir, como lo hace reiteradamente la Corte IDH, que "la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa",[15] pues "demuestra a las partes que han sido oídas".[16]

En el terreno específico de la motivación de las premisas fácticas el argumento se puede articular mediante un paso adicional, que identifica primero al derecho a la prueba como especificación o derivado del debido proceso y luego al derecho a la motivación de las decisiones probatorias como uno de sus componentes. Algunas constituciones prevén explícitamente el derecho a proponer pruebas, especialmente entre las garantías referidas al proceso penal. Es precisamente lo que ocurre en el caso de la CPEUM con el artículo 20, apartado B, fracción IV, y apartado C, fracción II, que disponen, respecto de toda persona imputada y también respecto de la víctima u ofendido el derecho a que se les reciban las pruebas pertinentes que ofrezcan. Y algo semejante sucede en el caso del artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se refiere expresamente al "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan

[15] Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C No. 170, párr. 118.
[16] Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, Sentencia de 27 de febrero de 2009, Serie C No. 193, párr. 153.

arrojar luz sobre los hechos" y que ha sido extendido jurisprudencialmente a toda clase de pruebas. Pero aun a falta de esa previsión, o respecto de otros procedimientos distintos al penal, el derecho a la prueba ha sido construido como especificación del derecho de defensa en lo relativo a las alegaciones de hechos y la proposición de pruebas. Así, en el caso de la Corte IDH, se argumenta que "a la luz del artículo 8.1 de la Convención, toda persona tiene el derecho a ser oída por un órgano imparcial y competente, con las debidas garantías procesales, las que incluyen la posibilidad de presentar alegatos y aportar pruebas".[17]

Pero el derecho a la prueba no podría agotarse en la facultad de proponer las pruebas relevantes de que se disponga y el deber de los jueces y tribunales de admitirlas, pues esa facultad carecería de eficacia si es que esas pruebas admitidas no debieran ser además practicadas y valoradas. De ahí que el contenido del derecho a la prueba sea precisado doctrinalmente a partir de la distinción de varios derechos concatenados, de modo que cada uno aparece como corolario del anterior: el derecho ya mencionado a la presentación y admisión de las pruebas relevantes de que se disponga; el derecho a la que las pruebas admitidas sean debidamente practicadas en el proceso; el derecho a que las pruebas admitidas y practicadas sean valoradas racionalmente y, por último, el derecho a una decisión expresa y suficientemente motivada, en la que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas efectivamente en cuenta para justificar el resultado probatorio (Taruffo, 1984; Ferrer Beltrán, 2003; Picó i Junoy, 2008). Este papel de la motivación como "garantía de cierre" de las otras facetas del derecho a la prueba (Ferrer Beltrán, 2021, p. 190) ha sido advertida por la Corte IDH, que ha señalado que ella "debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado".[18] De modo semejante, la SCJN ha sostenido que "el punto toral de dicha valoración será la justificación objetiva que el juzgador efectúe en la sentencia en torno al alcance y valor probatorio que confiera a la prueba para motivar su decisión".[19]

---

[17] Corte IDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Serie C No. 359, párr. 170.
[18] Corte IDH, *Cuscul Pivaral y otros*, párr. 171.
[19] Tesis [A]: 1a. LXXIV/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, s.t., agosto de 2019, s.p. Registro digital 2020480.

Por otra parte, la Corte IDH ha precisado —en sintonía con las disposiciones constitucionales mexicanas antes citadas— que en el proceso penal no sólo el acusado, sino también la víctima y sus familiares tienen derecho a una decisión motivada en cuanto a los hechos, y que ella es requerida por el debido proceso y también por el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la verdad en los casos en que están en juego atribuciones de responsabilidad por hechos que constituyen vulneraciones de derechos humanos. Así, señala la Corte 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, no sólo del imputado sino, en casos como el presente, también de los familiares de la presunta víctima en relación con sus derechos de acceso a la justicia y a conocer la verdad" y agrega luego que "la determinación efectiva de los hechos en la vía penal debía constituir la explicación suficiente y satisfactoria sobre la privación de la vida de la presunta víctima por parte de un agente policial, así como satisfacer ese derecho de acceso a la justicia y de conocer la verdad".[20]

2. Derecho al recurso y motivación de las premisas fácticas

La segunda estrategia para la integración de la exigencia de motivación entre las garantías que definen un debido proceso argumenta que ella constituye un presupuesto necesario para que pueda hacerse efectivo el derecho a interponer recursos. También esta línea argumentativa ha sido sostenida reiteradamente por la Corte IDH, señalando que "en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, [la motivación] les proporciona [a las partes] la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores".[21] Es interesante notar, a propósito de esta última cita, que el alcance del

[20] Corte IDH, *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 17 de noviembre de 2015, Serie C No. 306, párrs. 151 y 152, respectivamente.
[21] Corte IDH, *Apitz Barbera y otros,* párr. 78; *Tristán Donoso,* párr. 153; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C No. 227, párr. 118; *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C No. 233, párr. 148.

derecho a una decisión motivada justificado por esta vía es más limitado, pues abarca sólo a las sentencias recurribles, mientras que, desde el punto de vista del derecho de defensa y del control público de la decisión, la motivación resulta debida también —y especialmente debida, incluso, se podría decir— respecto de los jueces cuyas sentencias no son ulteriormente revisables.

La relación entre motivación y recursos suele ser puesta de relieve también cuando se habla de las *funciones endoprocesales* de la motivación, tanto respecto de las partes, al permitirles identificar los vicios de la sentencia que puedan constituir motivos de impugnación y evaluar la oportunidad de ejercer su derecho a recurrir de las sentencias contrarias a sus intereses, como respecto de los órganos jurisdiccionales superiores, al hacer posible su control de la decisión del tribunal inferior mediante el sistema de recursos (Taruffo, 1974, p. 292; 1975, p. 328; Colomer Hernández, 2003, pp. 128 y ss.).

También la SCJN tiene algunos pronunciamientos significativos en esta materia, en los que —con ocasión de sus decisiones referidas a la inconstitucionalidad del artículo 468, fracción II, del Código Nacional de Procedimientos Penales, en la parte que prevé que será apelable la sentencia definitiva respecto de las consideraciones "distintas a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación"— observa que la posibilidad de revisión de la valoración de la prueba, requerida por el derecho a un recurso efectivo, tiene precisamente por objeto que se pueda comprobar que las varias dimensiones del derecho a la prueba hayan sido satisfechas, entre ellas la que requiere la justificación del resultado valorativo: "su alcance consiste en analizar la audiencia de juicio oral para verificar si existe prueba de cargo suficiente, si fueron desahogadas y valoradas racionalmente y si dicha valoración está fundada y motivada".[22]

[22] Tesis [A] 1a. CVI/2019 (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, s.t., noviembre de 2019, s.p. Registro digital 2021130. En un sentido semejante se han pronunciados diversos Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Penal haciendo expresa referencia al debido proceso y al necesario respeto al "derecho humano que versa sobre la admisión, desahogo y valoración de las pruebas". Véase la Tesis [A] I.6o.P.87 P (10a.), T.C.C., *Gaceta de Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, tomo IV, octubre de 2017, p. 2530. Registro digital 2015452.

3. Motivación de la premisa fáctica, presunción de inocencia y estándar de prueba

La exigencia de motivación de las premisas fácticas cumple, además, una función de garantía respecto del derecho a la presunción de inocencia —que integra también, como se sabe, las garantías específicas de un debido proceso penal— en su dimensión como regla de juicio, que impone al juez o tribunal la absolución del acusado si la prueba de cargo no satisface el umbral de suficiencia determinado por el estándar de prueba. La existencia de esa corroboración suficiente de la hipótesis acusatoria deberá ser justificada precisamente por medio de la motivación de las premisas fácticas de la sentencia y sólo a través de esa justificación podrá determinarse si la presunción de inocencia ha sido correctamente derrotada. Así lo ha hecho notar la Corte IDH al destacar:

> […] la relevancia de la motivación, a fin de garantizar el principio de presunción de inocencia, principalmente en una sentencia condenatoria, la cual debe expresar la suficiencia de prueba de cargo para confirmar la hipótesis acusatoria; la observancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, incluidas aquellas que pudieran generar duda de la responsabilidad penal; y el juicio final que deriva de esta valoración.[23]

También en la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito se ha hecho referencia a la relación entre motivación de los hechos y presunción de inocencia, estableciendo que "una sentencia condenatoria no debe apoyarse en conjeturas

[23] Corte IDH, *Caso Zegarra Marín vs. Perú*, Sentencia de 15 de febrero de 2017, Serie C No. 331, párr. 147. De modo semejante, la Corte había resaltado antes la necesidad de que "el fallo de condena proporcione una fundamentación clara, completa y lógica en la cual, además de realizar una descripción del contenido de los medios de prueba, exponga su apreciación de los mismos y se indiquen las razones por las cuales los mismos le resultaron, o no, confiables e idóneos para acreditar los elementos de la responsabilidad penal y, por lo tanto, desvirtuar la presunción de inocencia". Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279, párr. 288. En sentencias posteriores, la Corte vuelve a hacer mención a esta función del deber de motivación, que "como garantía del inculpado se dirige también a asegurar el principio de la presunción de inocencia". Así lo expresa en el *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C No. 350, párr. 256 (aunque, como veremos más adelante, esa declaración no obsta a que la Corte termine considerando, en la misma sentencia, que el veredicto inmotivado del jurado no vulnera necesariamente la Convención, *infra* III.4).

sustentadas en la creencia, suposición, presentimiento o suspicacia de quienes integran el cuerpo colegiado o el Tribunal Unitario correspondiente, sino fundamentarse en pruebas de cargo válidas, a fin de salvaguardar el principio de presunción de inocencia" y que el estándar de prueba más allá de toda duda razonable "para el acusado orienta una suficiente motivación que debe apreciarse reflejada en la sentencia".[24] Esta afirmación final anticipa una cuestión sobre la que volveremos más adelante (*infra* IV.3), cuando consideremos el fundamental papel que cumplen los estándares de prueba respecto de la motivación de las premisas fácticas, al definir los criterios para la justificación de la suficiencia o insuficiencia probatoria. Observaremos entonces que la efectividad de la motivación como garantía del respeto a la presunción de inocencia como regla de juicio está condicionada a la existencia de estándares de prueba capaces de definir ese umbral de suficiencia por referencia a criterios intersubjetivamente controlables.

4. Motivación de la premisa fáctica y veredicto del jurado

Después de las referencias que hasta aquí hemos realizado a la estrecha imbricación entre la exigencia de motivación y el derecho de defensa, el derecho a la prueba, el derecho a interponer recursos y el derecho a la presunción de inocencia, resultaría claramente sorprendente la afirmación de que un diseño procesal que no previera la exigencia de motivación respecto de la decisión sobre los hechos que se tienen por probados pudiera considerarse compatible con el derecho a un debido proceso. Y, sin embargo, esto es precisamente lo que ha sostenido la Corte IDH, siguiendo muy de cerca una jurisprudencia similar del TEDH,[25] al

[24] Tesis [A] XVII.1o.P.A.43 P, T.C.C., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo IV, enero de 2017, p. 2724. Registro digital 2013588. La SCJN también se ha referido a la manifestación de la presunción de inocencia —definida como un "derecho poliédrico"— como regla de juicio "que establece una norma que ordena a los Jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; mandato que es aplicable al momento de la valoración de la prueba". Tesis [A]: P. VII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, s.t., enero de 2019, s.p. Registro digital 2018965.

[25] TEDH, Gran Sala, *Taxquet c. Bélgica*, no. 926/05, 16 de noviembre de 2010; Gran Sala, *Lhermitte c. Bélgica*, no. 34238/09, 29 de noviembre de 2016.

pronunciarse sobre la cuestión de la convencionalidad de procedimientos de decisión por jurados que no contemplan la motivación de sus veredictos.

El punto de partida de la argumentación de la Corte IDH en la primera de las sentencias que aborda el punto —en el *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, resuelto en 2018— resulta igualmente sorprendente. A pesar de haber definido constantemente a la motivación como "la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión" —lo hace, de hecho, en la misma sentencia en cuestión—, la Corte afirma que "la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación", ya que "todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa".[26] Aunque claramente el significado que aquí se atribuye a la expresión "motivación" es contradictorio con la definición asumida antes, sin que la Corte se haga cargo de esa contradicción, el siguiente paso del argumento aclara en parte que lo que ella intenta sostener es que las razones justificativas que también un veredicto inmotivado debiera tener a su favor podrían, en ciertas condiciones, ser conocidas sin necesidad de ser exteriorizadas y que de ese modo podrían quedar salvaguardados los derechos de las partes: "[p]ero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales".[27]

Mantendría vigencia, por tanto, como dice luego la Corte, "la necesidad de que el imputado y la víctima del delito o la parte acusadora comprendan las razones

[26] Corte IDH, *V.R.P., V.P.C. y otros*, párr. 259. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cambio, argumenta en su informe de fondo que la falta de motivación constituye por sí sola una violación del debido proceso; véase CIDH, Informe 4/16, caso 12.690, párr. 210. Cabe notar que la afirmación sobre el veredicto inmotivado como un elemento de la "esencia del jurado" resulta discutible a la luz de ordenamientos procesales que, como el español, exigen a los jurados una decisión motivada. Sobre el caso español, *cfr*. recientemente Fernández López (2021).

[27] Corte IDH, *V.R.P., V.P.C. y otros*, párr. 259. Esta interpretación asume una lectura caritativa de la expresión "siempre tiene motivación" que usa la Corte, la que literalmente podría referir más bien a una noción psicologista de motivación, señalando la necesaria existencia de causas o motivos psicológicos de la decisión (véase *supra* I.3) e incurriendo así en una contradicción todavía más profunda con la definición previa, que claramente asume una noción justificativa de motivación. *Cfr*., en este sentido, Ferrer Beltrán (2020, p. 377) y Limardo (2020, p. 124).

de la decisión de culpabilidad o inocencia, que adopta el jurado a través de su veredicto".[28] La gran pregunta abierta es, entonces, cómo se podría lograr ese conocimiento de las razones que el jurado habría tenido por justificativas de su veredicto a falta de motivación explícita, particularmente si asumimos la complejidad del razonamiento probatorio y nos alejamos de una concepción cognoscitivista ingenua que suponga una suerte de capacidad de las pruebas de revelar automáticamente a quien las percibe la verdad acerca de los hechos de cuya determinación se trata (véase *supra* I.3). La respuesta de la Corte es que "lo que corresponde analizar es si el procedimiento penal en su conjunto ofreció mecanismos de salvaguardia contra la arbitrariedad y que permitieran comprender las razones del veredicto".[29] Entre esos dispositivos institucionales que vendrían a actuar como sustitutos de una motivación explícita, se mencionan las facultades de recusación o audiencias especiales para la selección de jurados, los cuestionarios proporcionados por el juez técnico que especifican los puntos por resolver y que deben responderse por escrito, la posibilidad de indagar en la efectiva existencia de unanimidad, o ciertas "buenas prácticas" que podrían "mitigar el impacto" de prejuicios y estereotipos —particularmente relevantes en casos de violencia sexual como el que fue objeto del litigio—, tales como las "pruebas contra-intuitivas" aportadas por expertos o las instrucciones a los jurados sobre la forma de analizar determinadas pruebas.

Aunque no es posible detenernos aquí en un examen crítico completo de esta controvertida decisión,[30] me interesa formular dos reparos fundamentales a la estrategia argumentativa de la Corte IDH, para poner de relieve que la motivación no resulta *sustituible* como garantía. El primero es que, aunque en el caso en examen la ausencia de prácticamente todos esos mecanismos hacía fácil determinar que el criterio fijado por la Corte no se satisfacía,[31] no queda claro qué combinación de esos dispositivos podría considerarse suficiente para satisfacer el derecho a un

[28] Corte IDH, *V.R.P., V.P.C. y otros*, párr. 263.
[29] *Idem*.
[30] Remito, para estos efectos, a Ferrer Beltrán (2020) y Limardo (2020).
[31] Un caso que acumulaba, por lo demás, numerosas irregularidades, entre ellas la entrega por la defensa a la presidenta del jurado, antes de iniciarse la deliberación, de una bolsa y papeles cuyo contenido no fue conocido, así como múltiples prácticas revictimizadoras.

debido proceso, ni por qué.[32] Pero el problema mayor —y éste es mi segundo reparo— es que resolver esa cuestión clave simplemente no es posible. La Corte se encuentra en un callejón sin salida porque esos mecanismos no pueden, ni por si solos ni combinados, actuar como *equivalentes funcionales* de la motivación y permitir el conocimiento de las razones que el jurado ha tenido por justificativas. La existencia de instrucciones no permite saber si han sido seguidas por el jurado, la previsión de pruebas contra-intuitivas no permite saber si han sido debidamente valoradas, la posibilidad de seleccionar o vetar jurados podrá, eventualmente, reducir la probabilidad de incidencia de algunos sesgos o prejuicios, pero no permite conocer qué pruebas se han considerado fiables y si se han empleado razones válidas para ello.

En definitiva, tomar en serio el papel de la motivación como garantía debiera llevar a mirar críticamente y no simplemente a aceptar como un dato —como hace, en cambio, la Corte— la falta de fundamentación que "histórica y tradicionalmente" ha caracterizado a los veredictos del jurado en el "contexto histórico, social y cultural en que se desarrollaron los modelos de enjuiciamiento penal en los países del continente americano".[33] Con igual perspectiva crítica debiera enfrentarse el argumento referido a la función extraprocesal de la motivación como instrumento para el control ciudadano de la decisión, en lugar de asumir simplemente, como hace la Corte, que "dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía".[34] Muy discutible resulta la aplicación aquí de la noción de representación de la ciudadanía por los jurados electos al azar, así como la exclusión, en razón del supuesto carácter representativo de la decisión, de la necesidad de cualquier escrutinio público sobre ella, aunque no sea posible examinar con detalle esos argumentos en esta sede.

[32] En un segundo caso posterior relativo al veredicto de un jurado, la cuestión no llega a ser abordada por la Corte, que estima que, dado que cada jurado debía pronunciarse sobre 16 preguntas previamente formuladas y que sus respuestas se integraban en la resolución del jurado, ésta "contiene los fundamentos de hecho y de derecho de cada uno de los jurados a cada una de las preguntas" y que de ese modo satisface la exigencia de motivación. Véase Corte IDH, *Caso Rico vs. Argentina*, Sentencia 2 de septiembre de 2019, Serie C No. 383, párrs. 74-80.
[33] Corte IDH, *V.R.P., V.P.C. y otros*, párr. 258.
[34] Corte IDH, *V.R.P., V.P.C. y otros*, párr. 257.

IV. La debida motivación de las premisas fácticas de la decisión judicial

En las secciones anteriores hemos observado cómo la exigencia de motivación se conecta con la legitimidad de la decisión judicial al hacer posible el control público de su sujeción a derecho y cómo ella constituye también una garantía secundaria del derecho al debido proceso, al ser condición necesaria para la satisfacción de varios de los derechos que lo integran. Ciertamente no cualquier discurso que se presente como motivación podrá satisfacer la exigencia que encuentra en esas funciones su fundamento. En esta sección analizaremos qué cuenta como una debida motivación, identificando tres grupos de condiciones para que una decisión probatoria pueda considerarse debidamente justificada: condiciones de integridad en sentido analítico y dialéctico (1), condiciones de corrección epistémica (2) y condiciones de corrección jurídica, relativas, fundamentalmente, a la aplicación de los estándares legales de prueba (3). Al hacernos cargo de ellas examinaremos críticamente los aportes que la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos y de la SCJN han realizado en la determinación de la forma en que debe satisfacerse el derecho a una sentencia motivada.

Aunque en lo que sigue nos concentraremos en la motivación de la premisa fáctica de la sentencia que pone término a un proceso penal, la exigencia de motivación se extiende también a otras resoluciones judiciales preliminares, que deben establecer la concurrencia de los presupuestos fácticos de las normas que aplican, como ocurre, por ejemplo, con las decisiones relativas a la aplicación de medidas cautelares como la prisión preventiva,[35] y también con decisiones sobre cuestiones

[35] Para un completo análisis de las cuestiones probatorias que suscitan esta clase de decisiones, véase Valenzuela (2018). La SCJN se ha pronunciado también sobre ellas, disponiendo que puede impugnarse mediante el juicio de amparo "la falta de debida fundamentación y motivación en la valoración de las pruebas relacionadas con los requisitos de fondo del auto de formal prisión", debiendo el juez constitucional analizar "la legalidad de la valoración efectuada por la autoridad responsable para determinar si se ajustó o no a los principios que rigen el debido proceso legal" (Tesis [J]: 1a./J. 74/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 51. Registro digital 165883). La Corte IDH se ha pronunciado, asimismo, sobre el deber de motivación de las resoluciones que imponen o mantienen la prisión preventiva, disponiendo que "las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad" y que esa argumentación "debe mostrar claramente que han

probatorias, tales como las que resuelven acerca de la admisión o exclusión de prueba y que inciden en la primera de las dimensiones del derecho a la prueba.[36] Lo mismo se extiende a las decisiones que se pronuncian sobre recursos interpuestos por las partes[37] e incluso a las resoluciones que se dictan en la etapa de cumplimiento de la pena.[38]

1. La motivación debe ser completa desde el punto de vista analítico y dialéctico

La primera condición para que la motivación de la decisión sobre los hechos pueda cumplir su función como garantía procesal es que ella sea completa y comprenda la

sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente, más aún en un ámbito en que se comprometen derechos tan importantes como la libertad del procesado" (Corte IDH, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, párrs. 107 y 118).

[36] Con respecto a las decisiones sobre la admisión de prueba, la SCJN ha sostenido que "el juez de primera instancia debe proporcionar los razonamientos con base en los cuales resuelve no admitir determinadas pruebas, y dichos razonamientos deben ser acordes a la litis planteada y estar fundados en las leyes aplicables a la materia que se resuelve" (Tesis [A]: 1a. CLXXXIX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro I, octubre de 2011, tomo 2, p. 1097. Registro digital 160783). También el Tribunal Europeo se ha pronunciado sobre la debida motivación de las resoluciones que resuelven sobre la admisión de pruebas, constatando una vulneración por esa razón del derecho a un debido proceso (TEDH, *Suominen*, párrs. 34 y ss.).

[37] La Corte IDH ha abordado específicamente el caso de las sentencias que resuelven recursos de nulidad de una decisión por vicios en materia probatoria, requiriendo su identificación específica; véase Corte IDH, *Caso J. vs. Perú*, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 126. También ha cuestionado la suficiencia de la motivación por remisión a los fundamentos de la sentencia recurrida en una resolución que "se limitó a aludir los fundamentos de la sentencia recurrida y el dictamen del Fiscal, sin haberse realizado un análisis de los argumentos presentados por la parte recurrente" (Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, Serie C No. 344, párr. 170). La legitimidad de la "motivación por incorporación" en el caso de sentencias que resuelven recursos también ha sido discutida por el TEDH, que en varias sentencias ha sostenido que lo decisivo conforme al concepto de un justo procedimiento es que las razones enunciadas por el tribunal que conoce del recurso, sea incorporando las razones del tribunal inferior o de otro modo, "consideren efectivamente las cuestiones esenciales que fueron sometidas a su jurisdicción y no se limiten a asumir sin más las determinaciones del tribunal inferior", de modo que la cuestión de la suficiencia de una motivación por incorporación reconduce a la cuestión de la debida consideración a las alegaciones y los argumentos de las partes. Véase TEDH, *Helle c. Finlandia*, no. 20772/92, 19 de diciembre de 1997, párr. 60. Asimismo, TEDH, *García Ruíz c. España*, no. 18390/91, 21 de enero de 1999, párr. 30; *Hirvisaari c. Finlandia*, no. 49684/99, 1 de septiembre de 2001, párrs. 32-33.

[38] Al respecto la Corte IDH ha precisado 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, no sólo del imputado sino, en casos como el presente, también de la persona privada de libertad en relación con su derecho de acceso a la justicia" (Corte IDH, *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, Sentencia de 29 de febrero de 2016, Serie C No. 312, párr. 248).

consideración tanto de todos los hechos que han sido objeto del proceso, como de todos los medios de prueba que han sido presentados en él.

Con respecto a la primera de las dimensiones de esta exigencia de integridad de la motivación, es fundamental que el relato global de los hechos del caso se descomponga en un conjunto diferenciado de enunciados acerca de los hechos principales (esto es, de los hechos cuya efectiva ocurrencia es condición de aplicación de las normas que se invocan como pertinentes y, en general, de la teoría jurídica del caso que se afirme) y que se analice en forma particularizada el apoyo que las diversas pruebas presentadas, individual y conjuntamente consideradas, proporcionan a cada uno de ellos.[39] Obviamente, es posible que un mismo elemento de prueba sea relevante respecto de más de una proposición principal; de lo que se trata es, precisamente, de que se identifiquen en forma analítica cada una de esas inferencias probatorias para evaluar separadamente los diversos factores que inciden en su fuerza.

Esta aproximación "atomista" a la motivación del juicio sobre los hechos supone considerar insuficiente una motivación de estilo "holista", que se articule mostrando cómo las pruebas aportadas al proceso encajan de modo global con un relato verosímil y plausible de los hechos.[40] En este segundo modelo, la motivación consiste en la presentación de un relato narrativamente coherente de los hechos del caso, que resulte consistente con las nociones compartidas acerca de

[39] En la jurisprudencia de la Corte IDH se encuentran algunas referencias a la necesidad de que las pruebas no sólo sean enunciadas, sino que se realice un "análisis", proporcionando "una fundamentación clara, completa y lógica en la cual, además de describir el contenido de los medios de prueba, exponga su apreciación de ellos e indique las razones por las cuales los mismos le resultaron, o no, confiables" (Corte IDH, *Zegarra Marín*, párrs. 147 y 151). También la SCJN se ha referido a la necesidad de una motivación formulada en forma analítica: "la motivación debe dar cuenta de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias que partiendo de ellos se han formulado y de los criterios utilizados para extraer sus conclusiones probatorias; debe dar cuenta también, de los criterios con los que se justifica la valoración conjunta de los distintos elementos de prueba, así como de las razones que fundamenten la elección final para que la hipótesis sobre el hecho esté justificada". Tesis [A] XVII.1o.P.A.18 P (10a.), T.C.C., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, tomo III, mayo de 2015, p. 2224. Registro digital 2009150.

[40] La distinción de los dos modelos fue propuesta inicialmente por Twining (1985, pp. 183 y ss.) y luego ha sido utilizada por otros autores como Taruffo (2002, pp. 307 y ss.), Damaška (1997, pp. 35 y ss.) y Gascón Abellán (1999, pp. 223 y ss.). Para un análisis más detenido de la contraposición, véase Accatino (2014).

lo que normalmente ocurre y que, considerado globalmente, pueda explicar las pruebas aportadas al proceso. Si bien una motivación articulada en forma holista puede resultar persuasiva, ella dificulta el control de la racionalidad de la valoración de la prueba en al menos dos sentidos. Por una parte, la búsqueda de coherencia narrativa presiona para que las pruebas favorables al relato de hechos que se declara probado se presenten en su mejor versión posible, con el consiguiente riesgo de que se omita el análisis de posibles objeciones a su fiabilidad o credibilidad, o de contrapruebas que puedan debilitar su fuerza probatoria, favoreciendo la incidencia del denominado sesgo de confirmación. Por otra parte, bajo una motivación holista se hace difícil verificar que todos los hechos que son presupuesto de la aplicación de la normas hayan sido efectivamente corroborados por las pruebas disponibles, pues lo que interesa resaltar es la plausibilidad y la verosimilitud de la historia en conjunto, y en aras de ellas no sólo es posible que se oculten, sino también que se integren los vacíos, con el riesgo de incorporar a la narración afirmaciones que no se encuentren respaldadas por pruebas o que incluso resulten contradictorias con las pruebas aportadas.[41] Esto no quiere decir que la coherencia narrativa no cumpla ningún papel relevante en la motivación. Por el contrario, es en virtud de su integración en una narración global que los diversos enunciados sobre los hechos del caso pueden ser comprendidos e interpretados; pero eso no excluye que cada uno de ellos deba estar sustentado por suficientes pruebas para poder ser tenido como probado.[42]

Es importante notar que un modelo atomista de motivación evitará los riesgos asociados al modelo holista en la medida en que requiera no sólo un análisis individualizado de las pruebas y de las inferencias probatorias que las conecten con los enunciados de hecho que se tengan por probados, sino también que ese análisis sea *completo en relación con el proceso*. Pues una fundamentación internamente consistente, exhaustiva y detallada puede seguir expuesta a los peligros de deformación o manipulación, si es que no se requiere, además, que ella se haga cargo

[41] Sobe estos riesgos, véanse Anderson, Schum y Twining (2015, pp. 342-343); Taruffo (2010, pp. 82 y ss.); Griffin (2013) y Accatino (2014).
[42] Un análisis ajustado del rol que corresponde a la coherencia narrativa en el razonamiento probatorio se encuentra en Taruffo (2010, pp. 253-254) y Amaya (2013).

de *toda* la prueba rendida (también de la que *prima facie* pueda favorecer hipótesis diversas a las tenidas por probadas). Esta exigencia de integridad respecto al proceso configura una segunda dimensión —a la que me referiré como *dialéctica*— en la determinación de la plenitud de la fundamentación.[43] La motivación de la decisión es completa en un sentido *dialéctico* si refleja la situación efectiva de contradicción entre las partes que haya tenido lugar durante el proceso, de modo que en ella se ponderen explícitamente no sólo las pruebas que favorecen a las hipótesis sobre los hechos que se tengan por probadas, sino también las contrapruebas y los argumentos críticos aducidos por la parte perdedora. Esta exigencia de integridad dialéctica es coherente con la importancia que se reconoce al principio de contradicción como garantía epistémica y con una "concepción robusta del derecho a la prueba", que no se conforma con cualquier modo de práctica de la prueba en el proceso, sino que requiere que a partir de la vigencia de ese principio se maximice la participación de las partes, "dando en todo momento a cada parte la oportunidad de contra-probar lo alegado por la parte contraria" (Ferrer Beltrán, 2003, p. 28).[44] Pues de nada serviría contar con la oportunidad de refutar o contra-probar si esos argumentos y contrapruebas no debiesen ser ponderados racionalmente en la motivación.

Éste es un punto que ha sido objeto de discusión en la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos. Así, la Corte IDH ha sostenido que para que se satisfaga el deber de motivar "la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes".[45] Al mismo tiempo ha precisado, sin embargo, que "el deber de

[43] En un sentido semejante, Igartua Salaverría (1998).

[44] La relevancia del principio de contradicción ha sido reconocida por la SCJN. Así en la Sentencia recaída al Amparo Directo 14/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 9 de noviembre de 2011, se sostuvo que "un proceso penal respetuoso de la garantía de defensa del inculpado supone que la exposición de las hipótesis acusatorias debe poder ser refutada en contradictorio", de modo que "[l]a plena defensa del inculpado se obstaculiza cuando el juez determina que el acervo probatorio se integra con diligencias provenientes de la averiguación previa que no son refutadas o contradichas en el juicio", pues "el inculpado carece[ría] de la posibilidad de conocer los posibles vicios de la prueba" y de "la oportunidad para combatirla, refutarla e impugnar su contenido".

[45] Corte IDH, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, párr.118. Tratándose de la motivación de sentencias que resuelven recursos la Corte IDH ha relacionado este aspecto con el derecho a un recurso efectivo, en

motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha".[46] Al formular por primera vez esa prevención, la Corte IDH hizo una referencia expresa a la jurisprudencia del TEDH, que ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre esta dimensión de la suficiencia de la motivación. En efecto, ya desde el caso *Van de Hurk c. Países Bajos*, el TEDH ha sostenido que el artículo 6.1 del Convenio Europeo "impone a los tribunales el deber de realizar un adecuado examen de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidos por las partes", pero que el deber de motivar "no puede ser entendido como la exigencia de dar respuesta detallada a todo argumento".[47] Y en su jurisprudencia posterior ha reiterado que "[e]l alcance de ese deber puede variar dependiendo de la naturaleza de la resolución", de modo que "la cuestión de si un Tribunal incumple la obligación que para él deriva del artículo 6 del Convenio sólo puede analizarse a la luz de las circunstancias del caso concreto".[48] Con qué criterios deba realizarse esa valoración en concreto de la suficiencia en sentido dialéctico de la motivación es algo que no se clarifica explícitamente en la jurisprudencia posterior de la Corte IDH.[49] A mi juicio, toda alegación de las partes referida a hechos principales (los hechos que se pretenden subsumibles bajo el supuesto de hecho de la norma aplicable), a hechos secundarios (los hechos que constituyen la base de una inferencia acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal) y a hechos relativos a la fiabilidad de una prueba relevante o a las generalizaciones empíricas en las que pretende sustentarse su fuerza probatoria, debiera ser considerada en la motivación.[50]

---

cuanto "implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas" (Corte IDH, *Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica*, Sentencia de 25 de abril de 2018, Serie C No. 354, párr. 267).

[46] Corte IDH, *Apitz Barbera*, párr. 90. En el mismo sentido, y con análoga referencia a la jurisprudencia del TEDH que enseguida se menciona, véase Corte IDH, *López Mendoza*, párr. 146.

[47] TEDH, *Van de Hurk c. Países Bajos*, no. 16034/90, 19 de abril de 1994, párrs. 59 y 61, respectivamente.

[48] TEDH, *Hiro Balani c. España*, no. 18064/91, 9 de diciembre de 1994, párr. 27; *Ruiz Torija c. España*, no. 18390/91, 9 de diciembre de 1994, párr. 29. Véase también: TEDH, *Suominen*, párr. 34; *Hirvisaari*, párr. 30.

[49] Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Chinchilla Sandoval*, párrs. 249 y 250; *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Serie C No. 351, párr. 188; *Caso López y otros vs. Argentina*, Sentencia de 25 de noviembre de 2019, Serie C No. 396, párr. 217.

[50] Sobre la distinción entre hechos principales y secundarios, véase Taruffo (2002, pp. 119 y ss.). La tercera clase de hechos que se identifica corresponde a aquellos que serán objeto de lo que suele denominarse "prueba auxiliar" (véase Anderson, Schum y Twining, 2015, pp. 96 y ss.).

2. La motivación debe ser epistémicamente correcta

El segundo grupo de condiciones definitorias de la debida motivación de las premisas fácticas de una decisión judicial se vincula especialmente con la dimensión del derecho a la prueba que requiere que las pruebas aportadas y practicadas sean valoradas *racionalmente* y que esa apreciación racional de su fiabilidad y su fuerza probatoria sea justificada en la motivación. Damos por supuesta aquí, entonces, la vigencia de una regla de libertad en la apreciación de la prueba y su interpretación no como una remisión puramente potestativa al arbitrio del juzgador, sino como una exigencia de sujeción *solamente* a los criterios de racionalidad epistémica, comunes a toda forma de conocimiento empírico.[51]

Para satisfacer esta exigencia no basta, por supuesto, con afirmar en la motivación, como si de una especie de *mantra* se tratara, que han sido observadas las "reglas de la sana crítica" o que no han sido infringidos "los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados", o alguna otra fórmula prevista legalmente o asentada jurisprudencialmente para hacer referencia a la valoración racional de la prueba, y simplemente enumerar medios de prueba y hechos que se tienen por probados. Es necesario que el razonamiento en virtud del cual se justifica el considerar a determinadas evidencias como pruebas en favor de un enunciado sobre los hechos del caso se articule en forma correcta y pondere debidamente los factores que inciden en su fiabilidad y su fuerza. Especificar respecto de diversas clases de pruebas la clase de factores relevantes que deben ser considerados en una valoración y motivación es una tarea que debiera ser asumida por los tribunales superiores, de la mano con la doctrina probatoria que crecientemente indaga sobre estas cuestiones, con ocasión del control recursivo referido a las proposiciones fácticas.[52] En las páginas

[51] Sobre esta evolución en la comprensión del principio de libre valoración de la prueba, *cfr*. el clásico trabajo de Walter (1985) y también Igartua Salaverría (1995).

[52] La SCJN ha destacado la centralidad de ese control de racionalidad de la motivación en su jurisprudencia relativa al alcance del derecho al recurso y la inconstitucionalidad del artículo 468, fracción II, del Código Nacional de Procedimientos Penales en la parte que prevé que será apelable la sentencia definitiva respecto de las consideraciones "distintas a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan

que siguen apuntaré algunas cuestiones generales sobre las condiciones para una motivación racional de los hechos probados, que resultan de la clarificación de la estructura y características del razonamiento probatorio mediante la aplicación del modelo general de la corroboración de hipótesis o la probabilidad inductiva.

A. La forma de las inferencias probatorias: corroboración y refutación

Conforme al modelo epistémico general de la corroboración de hipótesis, la justificación de una proposición fáctica que describe un evento que no es directamente observable se basa en la constatación, mediante la observación directa, de hechos que, dados nuestros conocimientos previos acerca del mundo, tendrían que haberse producido si esa proposición fuera verdadera.[53] Se habla de "corroboración de hipótesis", porque el método requiere, en primer lugar, que se asuma hipotéticamente la ocurrencia de un cierto hecho, para derivar, recurriendo a los conocimientos científicos y a nuestra experiencia previa acerca del mundo, ciertos eventos que debieran haber tenido lugar si ese hecho efectivamente hubiese ocurrido. La constatación de estos eventos corrobora, entonces, la hipótesis de que el hecho sucedió.

Este modelo parece acomodarse bien al contexto de la decisión judicial sobre la prueba, en el que el tribunal se enfrenta a una o más hipótesis, sostenidas por las partes, para las que se aducen como pruebas testimonios, documentos, registros de imagen o de audio, etc., que son directamente observables por el tribunal, las partes y el público en la audiencia. La tarea que corresponde al tribunal es la de evaluar si esas evidencias constituyen prueba suficiente de los hechos que son

el principio de inmediación". Véase *supra* nota 22. Sobre los avances y las limitaciones que en ese proceso de control recursivo se observan en otros sistemas jurídicos, véase, por ejemplo, Accatino (2009) y Araya Novoa (2018), respecto del proceso penal chileno; Castillo (2013b), respecto del peruano; y Trotti (2021), respecto del argentino. Para una aproximación general al alcance de este tipo de control, *cfr*. Ferrer Beltrán (2017).

[53] Para un desarrollo detenido de este modelo y su aplicación al razonamiento probatorio jurídico, véase especialmente Cohen (1977); Gascón Abellán (1999, pp. 174 y ss.); González Lagier (2003); Ferrer Beltrán (2007, pp. 126 y ss.).

objeto del juicio.[54] El modelo de la corroboración de hipótesis ofrecería precisamente una caracterización de esa relación entre las evidencias y el hecho que se trata de probar, según la cual las primeras representarían la constatación de eventos que, de acuerdo con nuestros conocimientos previos acerca del mundo, eran predecibles, esto es, tendrían que haberse producido en caso de haber ocurrido el hecho por probar. Creo que se trata de una caracterización que se corresponde bastante bien con las intuiciones comunes acerca del funcionamiento de la prueba judicial.

Si aceptamos la utilidad del modelo de la corroboración de hipótesis, una de las cuestiones que enseguida se aclara es que ninguna evidencia puede *demostrar* que el hecho por probar verdaderamente ocurrió. En ese esquema de razonamiento, la hipótesis se presenta como una explicación posible de la evidencia que hemos obtenido, de acuerdo con nuestros conocimientos previos del mundo. Pero no hay garantía de que se trate de *la única* explicación posible, esto es, de que no sea posible predecir la ocurrencia del mismo evento a partir de otra hipótesis. Así, por ejemplo, A puede declarar haber visto a B disparar a C porque miente para perjudicar a B; o porque creyó ver a B cuando en realidad se trataba de D, quien sin embargo tiene cierto parecido con B; o porque B estaba efectivamente allí, pero fue E el que disparó, a quien A, por su posición, no podía ver.

Esta incertidumbre es puesta de relieve cuando se afirma que la relación de corroboración entre un elemento de juicio y una hipótesis se expresa en una inferencia *inductiva.* La forma general del argumento es la siguiente: si hay una conexión causal o una correlación entre los hechos descritos por la hipótesis (*h*) y la prueba (*p*), de modo que cada vez que *h* sea verdadera también *p* será verdadera, y se constata que *p* es verdadera, entonces existe una razón para pensar que *h* es verdadera. El argumento se representaría así:

[54] Como ha sugerido Ferrer Beltrán (2007, p. 127), el juez de los hechos se encuentra en una posición análoga a la comunidad científica que evalúa el grado de corroboración de una hipótesis a la luz de los datos disponibles, los experimentos realizados, las demás hipótesis rivales, etcétera.

$$\begin{array}{lcl} h & \rightarrow & p \\ & & \underline{\qquad\qquad p} \\ h & & \end{array}$$

Esta representación permite observar que el argumento no demuestra *h*, esto es, no la justifica del modo que una inferencia deductiva justifica la conclusión, pues desde la perspectiva de la lógica deductiva esa forma argumentativa constituye una falacia, la denominada *falacia de afirmar el consecuente*. El argumento podría reformularse bajo la forma de una inferencia deductiva válida si se invirtiera la relación establecida en la premisa mayor entre la evidencia y la hipótesis, de modo que en ella se afirmara que cada vez que *p* sea verdadera también *h* será verdadera ($p \rightarrow h$). Pero el problema es que no es posible establecer esa clase de relación necesaria y universal entre un cierto evento y la hipótesis que lo explica, pues las generalizaciones empíricas que forman parte de nuestro conocimiento previo del mundo pueden establecer que *h* es condición suficiente de *p*, pero no que sea condición necesaria, pues no pueden excluir que otra hipótesis, no considerada hasta ese momento, explique también *p*. Esas generalizaciones empíricas permitirán establecer sólo la probabilidad de que si *p* es verdadera *h* sea verdadera (si $p \rightarrow$ es probable que *h*).[55] La forma del argumento, una vez reformulado, sería:

$$\begin{array}{lcl} p & \rightarrow & \text{es probable } h \\ \underline{p \qquad\qquad\qquad\qquad} & & \\ \text{es probable } h & & \end{array}$$

A pesar de su apariencia deductiva, el argumento no puede demostrar la verdad de *h*, sino sólo justificar su probabilidad, de modo que ni aún a través de esa reformulación logra escapar de su naturaleza inductiva. Eso no significa, por supuesto,

[55] Véase, en el mismo sentido, Gascón Abellán (1999, pp. 106 y ss.) y Anderson, Schum y Twining (2015, pp. 88-89).

que esta forma de reconstrucción *cuasi-deductiva* deba ser descartada, sino sólo que debe utilizarse con conciencia de la calidad de sus conclusiones.

Observemos ahora que mientras las pruebas que representan la constatación del cumplimiento de una predicción que podía formularse a partir de la hipótesis aumentan el grado de corroboración de ésta, el incumplimiento de una predicción (por ejemplo, respecto de la hipótesis de que fue A quien disparó a B con el arma encontrada en el lugar de los hechos, el resultado negativo de un test dactiloscópico relativo a la presencia de huellas de A en el arma) justifica el rechazo o refutación de la hipótesis. La representación formal del argumento en este caso sugiere que, a diferencia de lo que ocurre con la corroboración, la refutación de una hipótesis, a partir de esta clase de prueba contraria o contraprueba, podría concluirse en forma deductivamente válida:

$$\frac{\begin{array}{ccc} h & \rightarrow & p \\ & & \sim p \end{array}}{\sim h}$$

Según este esquema, si cada vez que *h* sea verdadera también *p* será verdadera, y se constata que *p* es falsa, entonces por *modus tollens* quedaría demostrada la falsedad de *h* (Ferrajoli, 1995, pp. 142 y ss.). Es preciso, sin embargo, mirar con cautela este resultado aparentemente definitivo, pues supone que la relación entre la prueba y la hipótesis, afirmada en la premisa mayor, sea verdadera. Y cuando esa relación se afirma, se dan por supuestos ciertos conocimientos previos acerca del mundo —las generalizaciones empíricas que constituyen su garantía (con respecto al ejemplo de las huellas dactilares, la generalización que afirma que cada vez que una persona toca con sus dedos cualquier objeto pueden detectarse en el objeto sus huellas dactilares)— y ciertas condiciones particulares que deben concurrir para que ocurra lo que se ha predicho (en relación con nuestro ejemplo, la condición de que el sujeto no haya portado guantes), que pueden ser falsas. Podría ocurrir, pues, que, a pesar de la evidencia del incumplimiento de la predicción, la hipótesis a partir de la cual fue formulada sea verdadera, si son falsas las gene-

ralizaciones empíricas o las condiciones supuestas para realizar esa predicción (Ferrer Beltrán, 2007, p. 132). En la medida en que la verdad de éstas y aquéllas no puede ser demostrada, sino sólo corroborada en cierto grado, seguimos situados, a fin de cuentas, también cuando se trata de la refutación a través de contrapruebas, en el terreno de la probabilidad. Esto no implica desconocer, por supuesto, la importancia que el esquema argumentativo de la refutación juega en el razonamiento probatorio.

Antes de considerar con más profundidad este punto, volvamos al esquema de la corroboración, para poner de relieve algunos otros puntos de interés para la prueba judicial. En primer lugar, es interesante notar que el mismo esquema de razonamiento se aplica tanto a las llamadas pruebas "directas" como a las "indirectas". Consideremos, por ejemplo, el caso de la declaración del testigo A que afirma haber visto a B disparar a C; el testimonio de A constituye prueba "directa" del hecho principal "B disparó a C" (que representará, supongamos, uno de los hechos singulares en los que puede descomponerse el relato global de los hechos contenido en la acusación). Su diferencia con un ejemplo de prueba "indirecta" respecto del mismo hecho principal, en el que el testigo S afirmara haber oído un disparo en la casa de C y haber visto salir de la casa de C a B algunos minutos después, es una diferencia en el número de pasos inferenciales a partir de los cuales la prueba (el testimonio) se relaciona con el hecho principal por probar. Pero el razonamiento que justifica el considerar al testimonio de A como prueba de que B disparó a C, responde al mismo esquema argumentativo que el que justifica considerar al hecho de que haya habido un disparo en la casa de C y B haya salido de allí pocos minutos después (esto es, el hecho secundario, que el testimonio de S prueba directamente) como prueba de que B disparó a C. En los dos casos se trata de eventos cuya ocurrencia puede ser predicha si asumimos como hipótesis que el hecho principal sucedió (que B disparó a C), y en los dos casos la existencia de los eventos corrobora (y no demuestra) la hipótesis. Esta observación es importante, pues el uso de la noción de prueba directa suele estar rodeado de ambigüedades y equívocos, que llevan en ocasiones a afirmar que en ella el hecho por probar "surge inmediatamente", "sin necesidad de razonamiento alguno", del medio de prueba.[56]

[56] Véase, críticamente, Gascón Abellán (1999, pp. 87 y ss.).

Aunque el número de pasos en la cadena de inferencias que conecta un elemento de prueba con una hipótesis será relevante cuando se trate de evaluar y comparar el grado de corroboración que éste le aporta —pues cada paso constituye una fuente de incertidumbre que se agrega al razonamiento—, es importante notar que se trata de una diferencia de grado, que habrá que estimar en concreto, y no de una diferencia cualitativa.[57]

B. La fuerza de las inferencias probatorias

Como se puede notar a propósito de la última observación, el modelo de la probabilidad inductiva ofrece también un marco para identificar cuáles son los factores de los que depende el grado de corroboración o apoyo inductivo que un elemento de prueba aporta a una hipótesis. Ya mencionamos la relevancia del número de pasos en la cadena de inferencias. Además, si tenemos presente el papel crucial que cumplen las generalizaciones empíricas, como garantía de la relación que se establece, en la premisa mayor de la inferencia probatoria, entre la hipótesis que se asume y los eventos (las pruebas) que se predice que debieran haber tenido lugar si la hipótesis fuera verdadera, se comprende que el grado de fuerza de esa inferencia dependerá del fundamento epistémico del que estén dotadas esas generalizaciones —que, en el ámbito de la prueba judicial, corresponderán a leyes científicas, generalizaciones que reflejen una determinada frecuencia estadística, o bien máximas de la experiencia común que expresan el *id quod plerumque accidit,* lo que "normalmente" ocurre—. En otras palabras, la fuerza de una inferencia

[57] *Cfr*. Gascón Abellán (1999, pp. 181-182). En este sentido, pueden inducir a error las afirmaciones de una suerte de "reforzamiento" de la exigencia de motivación en el caso de las pruebas indirectas, en cuanto sugieren una imagen debilitada de la justificación de las inferencias sobre la credibilidad o la fiabilidad de la prueba que es necesaria también en el caso de la prueba directa. Deben leerse entonces con esta prevención afirmaciones como la que se formula en la siguiente tesis de la SCJN: "cuando un juzgador utilice la prueba indiciaria o circunstancial, ésta deberá encontrarse especialmente razonada en la sentencia correspondiente, lo que implica expresar el razonamiento jurídico por medio del cual se han construido las inferencias y hacer mención de las pruebas practicadas para tener por acreditados los hechos base, y de los criterios racionales que guiaron su valoración; esto es, para que aquélla se estime actualizada, en la sentencia deberá quedar explicitado el proceso racional que ha seguido el juzgador para arribar a determinada conclusión". Tesis [A.] 1a. CCLXXXVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XXV, octubre de 2013, tomo 2, p. 1054. Registro digital 2004753.

probatoria depende también del grado de corroboración de la generalización empírica que le sirve de fundamento, la que podrá perfectamente ser objeto de discusión y prueba (mediante pruebas o contrapruebas auxiliares) en el proceso.

Existe otro punto que es importante notar respecto de las generalizaciones. Normalmente la experiencia previa, o los test a que haya sido sometida una generalización científica, permitirán identificar ciertas condiciones, positivas o negativas, que deben concurrir para que la generalización se aplique al caso particular (como ocurría, respecto de la generalización que afirma que cada vez que una persona toca con sus dedos cualquier objeto pueden detectarse en el objeto sus huellas dactilares, con la condición de que el sujeto no haya portado guantes, o como ocurre con la veracidad o la capacidad sensorial en el caso de una declaración testimonial). Esto permite comprender lo relevante que resultará, si se trata de determinar el grado de apoyo o corroboración que un elemento de juicio aporta a una hipótesis, la prueba del cumplimiento de esas condiciones o, dicho en negativo, el descarte de la concurrencia, en el caso particular, de las circunstancias que excluirían la aplicación de la generalización empírica que vincula esa evidencia con el hecho que se trata de probar.[58]

Además de poner de relieve los factores de los que dependerá el grado de corroboración aportado por un elemento de prueba a la hipótesis de la ocurrencia de un cierto hecho —lo que correspondería a la motivación de la denominada *valoración individual de la prueba* (la que, sin embargo, y como hemos visto, podrá suponer la valoración de otras pruebas o contrapruebas auxiliares)—, el modelo de la probabilidad inductiva permite precisar también cuáles son los criterios relevantes para establecer el grado de apoyo inductivo aportado a una hipótesis por un conjunto de pruebas. Esto último correspondería a la *valoración conjunta* de todas las evidencias relevantes con respecto a un singular hecho por probar (es importante recordar que aun en el caso de la valoración conjunta la relación de corroboración no se establece en términos globales con un relato global acerca del caso, sino con los singulares *hechos principales* en los que aquél pueda descomponerse).

[58] Este aspecto "eliminativo" del modelo de la probabilidad lógica o inductiva es destacado especialmente por Cohen (1977, pp. 202, 212, 248). Véase también Schum (2001, pp. 249 y ss.).

Los conceptos claves en la valoración conjunta de la prueba son la *riqueza* o el *peso* y la *integración explicativa* de los elementos probatorios disponibles.[59] Del primer concepto resulta que mayor será el grado de corroboración de una hipótesis mientras mayor el número, la variedad y la calidad epistémica de los elementos de prueba a su favor. El concepto de integración explicativa, por su parte, alude a la comparación entre la hipótesis de cuya prueba se trata y otras hipótesis, consistentes ya sea en la negación del hecho afirmado por la primera hipótesis o bien en la afirmación de un hecho incompatible con ésta, que pudieran haberse sostenido a partir de las pruebas disponibles. Desde este punto de vista, una hipótesis resultará más corroborada en la medida en que mejor explique el conjunto de pruebas disponibles, e incrementándose su grado de corroboración si esas pruebas permiten eliminar o refutar las hipótesis contrapuestas.

C. Las condiciones de corrección epistémica de la motivación

Es usual, como recordábamos más arriba, que en el discurso de la jurisprudencia y de la doctrina procesal las exigencias de la racionalidad en la valoración de la prueba y en su motivación se sinteticen en un triple requerimiento de conformidad con los "principios de la lógica", los "conocimientos científicos" y las "máximas de la experiencia". El análisis antes emprendido de la metodología de la corroboración de hipótesis nos permite dar sentido y precisar el contenido de cada una de estas condiciones.

En cuanto a "los principios de la lógica", el análisis del método de corroboración de hipótesis nos ayuda a comprender que esta referencia no puede ser reducida a las llamadas leyes básicas o fundamentales del pensamiento: el principio de identidad, el principio de no contradicción y el principio del tercero excluido, de los cuales el de mayor interés desde el punto de vista de la motivación de las sentencias será el de no contradicción, pues llevará a considerar defectuosas por afectar

[59] *Cfr*. Gascón Abellán (1999, pp. 182 y ss.) y, respecto de la noción de integración explicativa, Haack (1993, pp. 82-83).

los principios de la lógica a las sentencias que expresen en sus considerandos afirmaciones contradictorias (sosteniendo, por ejemplo, que un documento es auténtico para un efecto, y negando su autenticidad para otro). La lógica del razonamiento probatorio es, como hemos visto, fundamentalmente la lógica inductiva. Ella requiere que los argumentos que infieran ciertos hechos a partir de elementos de prueba aportados al proceso correspondan al esquema de la corroboración, de modo que la prueba equivalga efectivamente a una predicción que haya podido formularse, sobre la base de ciertas generalizaciones empíricas aceptadas, a partir de la asunción hipotética del hecho por probar como verdadero. También requiere que se respete el esquema por *modus tollens* de la refutación, en el sentido de que no se considere probada una hipótesis para la que se haya aportado una contraprueba, que consista en el incumplimiento de una predicción que podía formularse a partir de ella, si la generalización en que se apoya está dotada de respaldo empírico y se cumplen las condiciones para su aplicación al caso particular.

Es interesante notar que, mientras en el ámbito de la lógica deductiva lo que está en juego cuando se trata de evaluar la sujeción a sus principios es la *validez formal* de la relación establecida entre las premisas de un argumento y su conclusión, en el ámbito de la lógica inductiva la evaluación de la relación de corroboración entre un elemento de prueba y un hecho por probar —esto es, la valoración del grado de apoyo inductivo que le aporta— es más compleja y no es exclusivamente formal, pues se trata de una relación que puede ser establecida en diverso grado o intensidad. Como sostiene González Lagier, al analizar el razonamiento judicial en materia de prueba de los hechos "lo que resulta relevante para nosotros no es tanto la validez de la inferencia probatoria, si se entiende como una propiedad todo o nada, sino su solidez, entendida como una propiedad graduable" (2003, p. 39). Esa evaluación dependerá también de la consideración de las pruebas auxiliares y contrapruebas que puedan haberse aportado, dirigidas a sustentar o bien a poner en cuestión ya sea el fundamento empírico de las generalizaciones en las que esa relación se apoya, ya sea el cumplimiento de las condiciones de las que depende la aplicación de la generalización al caso concreto. En este sentido, para que pueda afirmarse que la justificación de la decisión sobre los hechos que se declaran probados en una sentencia no contraviene los principios de la lógica, no basta que no haya contradicciones entre sus argumentos y que se identifiquen las pruebas

aportadas al proceso que constituyen eventos que tenían que haberse producido si los enunciados probatorios fuesen verdaderos, sino que será necesario que se consideren las pruebas auxiliares y contrapruebas (entre ellas, por supuesto, las informaciones obtenidas de los contrainterrogatorios de testigos y peritos), que puedan incidir en el grado de apoyo inductivo que un elemento de prueba aporta a la afirmación de un hecho.

Por otra parte, la exigencia de que la valoración expresada en la fundamentación de la sentencia no contradiga las "máximas de la experiencia" y los "conocimientos científicamente afianzados" apunta, como resulta claro, a la cuestión de la solidez epistémica de las generalizaciones que sirven de base a la inferencia probatoria, requiriendo ahora que al establecer esa relación entre una prueba y una hipótesis, o al evaluar las pruebas auxiliares y contrapruebas relativas a la validez de las generalizaciones que la avalan, el tribunal se apoye en razones intersubjetivamente aceptables, ya sea porque corresponden efectivamente a lo que de acuerdo a la experiencia ocurre habitualmente, o porque se apoyan en leyes científicas o conocimientos técnicos, en cuya validez actual concuerdan las comunidades de especialistas.

3. La motivación debe aplicar correctamente el estándar legal de prueba

La consideración de los factores relevantes para la valoración individual y conjunta de las pruebas disponibles —que fueron analizados en la sección anterior— permitirá determinar el grado de corroboración que ellas aportan a la hipótesis de la ocurrencia de un cierto hecho y compararlo ordinalmente con el de otras hipótesis en conflicto. No será posible, sin embargo, con su solo auxilio, decidir justificadamente si ese nivel de corroboración es *suficiente* para que se deba declarar probado el hecho en cuestión en un determinado proceso judicial. Para esto es necesario contar con un estándar de prueba definido por el derecho.[60] En este

[60] La determinación del umbral de suficiencia apropiado para un tipo de proceso supone una decisión valorativa acerca de la forma de distribución, igualitaria o diferenciada, del riesgo de errores en el establecimiento de los hechos. En un Estado de derecho parece deseable que esa decisión se exprese en

sentido, un último aporte significativo del modelo de la corroboración de hipótesis al análisis de la prueba judicial consiste en ayudar a clarificar el rol clave que los estándares de prueba cumplen en el razonamiento probatorio, al poner de relieve que, puesto que la verdad de una hipótesis no puede ser demostrada con certeza sino sólo corroborada en menor o mayor medida, se necesita que el derecho defina el umbral de corroboración necesario para que esté justificado declarar probado un enunciado sobre los hechos del caso. Sin la determinación previa del estándar de prueba aplicable simplemente no será posible para el tribunal cumplir satisfactoriamente la obligación legal de motivar (como ha destacado recientemente Ferrer Beltrán, 2021, pp. 109 y ss.).

Éste es el punto en el que la motivación de la decisión sobre los hechos enfrenta actualmente las mayores dificultades.[61] Por una parte, en el ámbito de los procesos civiles no es frecuente que la legislación procesal de los sistemas jurídicos de tradición continental prevea expresamente la aplicación de un determinado estándar de prueba. Y en los procesos penales, por otra parte, si bien ha tendido a unificarse la adopción legal o jurisprudencial del estándar de prueba "más allá de toda duda razonable", no es claro qué es exactamente lo que éste requiere para ser satisfecho.[62] En el ámbito del *common law* la cuestión se ha tendido a dejar deliberadamente abierta, de modo que en la discusión sobre cómo se debiera instruir a los jurados acerca de la aplicación de ese estándar varias cortes estatales en los Estados Unidos han terminado por sostener que no se debe ofrecer a los jurados ninguna definición del estándar, porque es preferible dejar que la fórmula de la

una norma general que las partes de un proceso puedan conocer con anticipación y que el juez pueda aplicar imparcialmente. La decisión acerca de la distribución del riesgo de error supone, a su vez, una evaluación comparativa de la gravedad de los costos de los errores en que se puede incurrir al determinar los hechos en un proceso. Para una discusión detenida, véase Stein (2005, pp. 133 y ss.); Laudan (2006, pp. 68 y ss.) y Ferrer Beltrán (2021, pp. 150 y ss.).

[61] *Cfr*. al respecto Ferrer Beltrán (2021, pp. 15 y ss.).

[62] Lo que sí es claro, como bien dice Taruffo, es que "el significado central que se expresa a través de ese estándar es evidente: éste requiere un grado particularmente alto de confirmación probatoria de la culpabilidad del imputado, que se aproxima a la certeza, dado que sólo admite la presencia de dudas «irrazonables», con la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente" (2010, p. 249). Cuál sea ese "grado particularmente alto" y qué condiciones deba satisfacer la prueba disponible para alcanzarlo es, en cambio, incierto.

duda razonable "hable por sí sola".[63] Y en los sistemas de tradición continental ha sido frecuente la tendencia a asimilar ese estándar con una exigencia de convicción subjetiva en la que resuenan ecos de la antigua *conviction intime*. Bajo esta interpretación la función normativa del estándar queda disuelta, ya que terminaría por decir que "es suficiente la prueba que el tribunal crea que es suficiente". Como resulta obvio, ningún criterio para decidir sobre la prueba y justificar esa decisión resulta fijado de esa manera.[64] En otras palabras: sin un estándar que se refiera a la calidad de las pruebas disponibles —y no a las creencias del juzgador— y que precise con claridad sus condiciones de suficiencia, la exigencia de motivación de las decisiones judiciales queda trunca.

Aunque hay buenas razones para pensar que esa determinación debiera ser abordada por el legislador, son valorables los esfuerzos de precisión interpretativa que se avizoran en alguna doctrina y jurisprudencia.[65] Significativas resultan en este sentido algunas tesis de la SCJN en las que se rechaza como "contraria a un entendimiento garantista de la presunción de inocencia" la asunción de la íntima convicción como estándar de prueba, porque "[e]stas concepciones subjetivistas de la prueba no sólo impiden establecer objetivamente cuándo existe evidencia suficiente para tener por acreditada una hipótesis probatoria, sino que además resultan incompatibles con los principios que rigen la valoración racional de los medios de prueba", en la medida en que "esos estados de convicción pueden emerger en el juzgador sin que haya una conexión entre éstos y la evidencia disponible".[66] E igualmente valorables son los esfuerzos de la misma SCJN por precisar el significado del estándar "más allá de toda duda razonable" por referencia a las calidades objetivas de las pruebas, señalando que "la suficiencia de las pruebas de cargo

[63] *U.S. v. Glass*, 846 F.2d 386 [1988], cit. por Laudan (2006, p. 48). Algo semejante ha ocurrido también en el Reino Unido, donde tras las mismas discusiones sin fin sobre cómo explicar a los jurados el contenido del estándar, terminó por imponerse también, entre las cortes de apelación, la directriz de evitar cualquier definición. En los últimos años, sin embargo, la fórmula de la prueba más allá de toda duda razonable ha sido sustituida en las instrucciones dirigidas a los jurados por una diferente, que les requiere "estar seguros" de la culpabilidad (*cfr*. Roberts y Zuckerman, 2010, pp. 253 y ss.).
[64] Véase la elocuente crítica de Laudan (2005).
[65] Sobre ellos, *cfr*. Taruffo (2009) y Accatino (2011).
[66] Las citas corresponden a la Tesis [A.] 1a. CCXVIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, s.t., junio de 2015, s.p. Registro digital 2009462.

sólo se puede establecer en confrontación con las pruebas de descargo", de modo que "las pruebas de descargo pueden dar lugar a una duda razonable tanto cuando cuestionen la fiabilidad de las pruebas de cargo, como en el supuesto en que la hipótesis de inocencia efectivamente alegada por la defensa esté corroborada por esos elementos exculpatorios".[67]

V. Conclusiones

La exigencia de motivación de las decisiones judiciales realiza varios principios que definen la legitimidad del Poder Judicial en un Estado democrático de derecho: el de vinculación del juez a la ley, el de publicidad y el de proscripción de la arbitrariedad. La motivación de las premisas fácticas es esencial en cada uno de esos planos. Ella constituye, además, un componente del derecho de las partes a un debido proceso, dado su rol como garantía secundaria respecto de varios derechos que lo integran: el derecho de defensa (que se concreta específicamente respecto de las alegaciones de hecho como derecho a la prueba), el derecho a interponer recursos y el derecho a la presunción de inocencia en los procesos penales.

Tres son las condiciones que la motivación respecto de los hechos debiera satisfacer para responder a esas funciones institucionales. En primer lugar, la motivación debe ser completa. Eso implica, por una parte, que ella debe articularse en forma analítica, valorando de manera diferenciada el peso de las pruebas disponibles respecto de cada uno de los hechos que se integran en el relato global del caso. Por otra parte, la motivación debe ser completa también en un sentido dialéctico, respondiendo a la situación efectiva de contradicción entre las partes en el proceso y ponderando también las contrapruebas que aporten y sus argumentos críticos relativos a la relevancia o la fuerza de otras pruebas.

En segundo lugar, es necesario que contemos con criterios públicos y compartidos para evaluar racionalmente la relevancia y la solidez de las pruebas disponibles.

[67] Tesis [A.] 1a./J. 2/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, s.t., enero de 2017, s.p. Registro digital 2018965.

La metodología de la corroboración de hipótesis ofrece para esto herramientas analíticas útiles, relativas tanto a la estructura de las inferencias probatorias como a los factores de los que depende su grado de fuerza.

En tercer lugar, es necesario que se encuentre fijado con claridad el estándar de prueba aplicable en cada proceso, de modo que sea posible evaluar si las pruebas disponibles —o, en otras palabras, si el grado de corroboración que aportan— son suficientes para que deba tenerse por probado un determinado hecho. Éste es el terreno en el que la motivación de la decisión sobre los hechos enfrenta hoy los mayores desafíos, tanto por la falta de claridad respecto del estándar aplicable en los procesos civiles como por la falta de precisión del estándar de prueba "más allá de toda duda razonable" que se aplica, de manera cada vez más extendida, en los procesos penales.

Bibliografía

ACCATINO, D. (2003), "La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile,* Valdivia, vol. 15, núm. 2, pp. 9-35.

_____, (2009), "Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* núm. XXXII, pp. 347-362.

_____, (2011), "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XXXVII, pp. 483-511.

_____, (2014), "Atomismo y holismo en la justificación probatoria", *Isonomía*, núm. 40, pp. 17-59.

_____, (2019), "Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora?", *Revus*, núm. 39, pp. 85-102.

ALISTE SANTOS, T. J. (2011), *La motivación de las resoluciones judiciales,* Madrid-Bacelona-Buenos Aires, Marcial Pons.

AMAYA, A. (2013), "Coherence, evidence, and legal proof", *Legal Theory*, vol. 19, núm. 1, pp. 1-43.

ANDERSON, T., SCHUM, D y TWINING, W. (2015), *Análisis de la prueba,* trad. de F. Carbonell y C. Agüero, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2003), "El valor de la inmediación: una aproximación crítica", *Jueces para la democracia*, núm. 46, pp. 57-66.

ARAYA NOVOA, M. (2018), *Recurso de nulidad penal y control racional de la prueba,* Santiago de Chile, Librotecnia.

BAYÓN MOHINO, J. C. (2008), "Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano", *Analisi e diritto,* núm. 2008, pp. 15-34.

BELLO, A. (1834), "Necesidad de fundar las sentencias", *El Araucano*, núm. 197, 20 de junio, ahora en Id., *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*, selección y prólogo de A. Squella, Valparaíso, Edeval, 1979, pp. 107-115.

CASTILLO, J. L. (2013a), *Proscripción de la arbitrariedad y motivación,* Lima, Grijley.

_____, (2013b), *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal,* Lima, Grijley.

COHEN, J. (1977), *The provable and the probable,* Oxford, Clarendon Press.

COLOMER HERNÁNDEZ, I. (2003), *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales,* Valencia, Tirant Lo Blanch.

CONDORCET (1847), "Observations sur le vingt-neuvième livre de l´ Esprit des lois", en *Oeuvres de Condorcet*, París, Firmin Didot, vol. I.

DAMAŠKA, M. (1997), *Evidence law adrift,* New Haven-Londres, Yale University Press.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2021), "Deliberación y motivación del veredicto. Las facultades del magistrado-presidente del tribunal del Jurado", *InDret,* núm. 1/2021, pp. 355-376.

FERRAJOLI, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta.

FERRER BELTRÁN, J. (2002), *Prueba y verdad en el derecho,* Madrid-Barcelona, Marcial Pons.

_____, (2003), "Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales", *Jueces para la democracia,* núm. 47, pp. 27-34.

_____, (2007), *La valoración racional de la prueba,* Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.

_____, (2011), "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales", *Isonomía,* núm. 34, pp. 87-107.

_____, (2017), "El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias", *Revus*, núm. 33, pp. 107-126.

_____, (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 Corte IDH", *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 1, pp. 359-382.

_____, (2021), *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso,* Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons.

FERRER BELTRÁN, J. y GONZÁLEZ LAGIER, D. (2003), "Introducción", *Discusiones*, núm. 3, pp. 7-13.

GASCÓN ABELLÁN, M. (1999), *Los hechos en el derecho,* Madrid-Barcelona, Marcial Pons.

_____, (2003), "Concepciones de la prueba. Observación a propósito de *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad,* de Michele Taruffo", *Discusiones*, núm. 3, pp. 43-54.

GONZÁLEZ LAGIER, D. (2003), "Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II)", *Jueces para la democracia*, núm. 47, pp. 35-50.

GRIFFIN, L. K. (2013), "Narrative, truth and trial", *The Georgetown Law Journal*, vol. 101, pp. 281-335.

HAACK, S. (1993), *Evidence and inquiry. Towards reconstruction in epistemology,* Oxford, Blackwell.

IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1995), *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.

_____, (1998), "La dimensión dialéctica (y sus consecuencias) en la motivación de las sentencias", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 50, pp. 175-204.

_____, (2003), *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LAUDAN, L. (2005), "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 28, pp. 95-113.

_____, (2006), *Truth, error and criminal law. An essay in legal epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press.

LIMARDO, A. (2020), "Una confusión conceptual ¿y una oportunidad perdida? Comentario del caso `*V. P. C. y otros vs. Nicaragua´* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Pensar la Prueba,* núm. 1, pp. 119-143.

PICÓ I JUNOY, J. (2008), "El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español", en Ferrer, E. y Zaldívar, A., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio,* tomo X: Tutela judicial y derecho procesal, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional / Marcial Pons.

RAMAT, M. (1962), "Significato costituzionale della motivazione", en Maranini, G. (ed.), *Magistrati o funzionari?*, Milán, Edizioni di Comunità, pp. 694-708.

SAUVEL, T. (1955), "Histoire du jugement motivé", *Revue du droit public et de la science politique en France et a l´ etranger*, vol. LXXI, pp. 5-53.

SCHUM, D. (2001), *The evidential foundations of probabilistic reasoning*, Evanston, Northwestern University Press.

STEIN, A. (2005), *Foundations of evidence law,* Oxford, Oxford University Press.

TARUFFO, M. (1974), "L´ obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo", *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIX (II serie), pp. 265-295.

_____, (1984), "Il diritto alla prova nel proceso civile", *Rivista di diritto processuale,* vol. 4, pp. 74-120.

_____, (1998), "Giudizio: processo, decisione", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. LII, núm. 3, pp. 787-804.

_____, (2002), *La prueba de los hechos,* trad. de J. Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta.

_____, (2003), "Rethinking the standards of proof", *The American journal of comparative law,* vol. 51 (3), pp. 659-677.

_____, (2006), *La motivación de la sentencia civil*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

_____, (2009), "Considerazioni su dubbi e verità", *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, vol. 2009, pp. 305-331.

_____, (2010), *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos,* trad. de D. Accatino, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.

TROTTI, V. (2021), "El control recursivo del enunciado probatorio de las condenas. Revisitando la jurisprudencia de las Cortes", *Pensar la prueba*, núm. 2, pp. 213-246.

TWINING, W. (1985), *Theories of evidence: Bentham & Wigmore,* Londres, Weidenfeld & Nicolson.

VALENZUELA, J. (2018), "Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva", *Política Criminal*, vol. 13, núm. 26, pp. 836-857.

WALTER, G. (1985), *Libre apreciación de la prueba*, trad. de T. Banzhaf, Bogotá, Temis.

Capítulo VIII

Decidir sin probar: acuerdos sobre los hechos en el proceso penal.

Sobre la justificación epistémica de la condena, el control judicial de los acuerdos y el derecho al recurso

Diana Veleda*

* Magister en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella. Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Docente en las dos últimas universidades. Agradezco a Matías Díaz, Pablo Rovatti y María Roldán por las valiosas discusiones sobre los temas abordados en este trabajo.

Decidir sin probar: acuerdos sobre los hechos en el proceso penal. Sobre la justificación epistémica de la condena, el control judicial de los acuerdos y el derecho al recurso. I. Introducción; II. ¿Distintas clases de razones para condenar? Los acuerdos como juicios o como renuncias de derechos; III. Condiciones para una renuncia válida. Sus repercusiones en la justificación epistémica de la condena; IV. Control judicial sobre la validez de la renuncia. Su alcance en la jurisprudencia de la SCJN; V. Control externo de los acuerdos: el recurso contra la condena; VI. Algunas conclusiones.

I. Introducción

Este trabajo tiene por objeto analizar algunos problemas que presenta la toma de decisiones sobre asuntos fácticos cuando los casos penales son resueltos a través de acuerdos de culpabilidad o juicios abreviados.[1] Nos concentraremos, principalmente, en los problemas relacionados con la justificación epistémica de la condena resultante y con el control interno y externo de esa justificación.

La elección de estos asuntos no es antojadiza. Desde una perspectiva de derecho comparado, la implementación de esta clase de procedimientos consensuales en los sistemas procesales de Europa continental y América Latina ha exigido su transformación o *traducción* en función de las características distintivas que estos sistemas jurídicos presentan cuando se los compara con la tradición jurídica

[1] A lo largo del trabajo, nos referiremos a estos procedimientos, indistintamente, como juicios abreviados, acuerdos de culpabilidad, mecanismos consensuales, u otras similares. Bajo cualquiera de estas denominaciones estaremos haciendo referencia a un procedimiento que presente, necesariamente, las dos características siguientes: (i) que permita dictar una condena con prescindencia de la celebración de un juicio ordinario —oral, público y contradictorio— y de la producción, en ese contexto, de prueba sobre la culpabilidad del acusado y (ii) que demande que el acusado presente conformidad con la hipótesis acusatoria.

anglosajona, de la que aquellos mecanismos son originarios.[2] Una de estas características distintivas podría ser caracterizada como una preocupación más fuerte o prioritaria por la averiguación de la verdad[3] y la otra es la consagración constitucional del derecho al recurso.[4]

En relación con lo primero, a la averiguación de la verdad como característica institucional se suma que la justificación epistémica de una condena penal hace a la legitimidad del juicio de responsabilidad contenido en ella.[5] Esta pretensión fuerte de adecuación entre los juicios de responsabilidad que formulamos en el proceso y lo ocurrido en el mundo tiene un efecto específico en la forma en la que tomamos decisiones sobre los hechos: esas decisiones deben estar justificadas en razones epistémicas y aquello que opera como razón epistémica no es otra cosa que la prueba (Dei Vecchi, 2020, p. 33). Ahora bien, en el marco de los acuerdos de culpabilidad, la condena se dicta con prescindencia de la producción de prueba en el contexto de un debate oral, público y contradictorio. ¿Esto implica que las decisiones que resultan de ellos carecen de justificación epistémica?

En lo que respecta a lo segundo, en los sistemas de origen anglosajón, en los que el recurso del condenado contra la sentencia no es categorizado como una prerrogativa constitucional,[6] la introducción de una declaración de culpabilidad —*guilty plea*— puede venir acompañada de una renuncia al ejercicio de facultades recur-

[2] Sobre la metáfora de la *traducción* como descripción más adecuada de la introducción del *plea bargaining* estadounidense en distintas jurisdicciones latinoamericanas y de Europa continental, y las transformaciones operadas en cada una de ellas, véase Langer (2004).

[3] Ésta es una característica distintiva porque los procesos de tradición jurídica anglosajona se acercan más a un modelo procesal *adversarial* o de la *disputa*, en el que la averiguación de la verdad tiene una importancia más relativa y "si las partes llegan a un consenso sobre los hechos del caso, mediante acuerdos sobre declaraciones de culpabilidad o estipulaciones, no es tan importante determinar cómo ocurrieron los hechos realmente" (Langer, 2004, pp. 39-40).

[4] Por ejemplo, en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[5] En ese sentido, se ha sostenido que en los procesos penales que se pretenden legítimos, respetuosos de la dignidad y derechos de las personas, el principio de castigo retributivo —o basado en el merecimiento— está asociado a la determinación de la veracidad de la acusación (Pérez Barberá, 2020, p. 13).

[6] En los Estados Unidos, por ejemplo, "el debido proceso garantizado por la Constitución federal no incluye el acceso a la revisión en apelación de las condenas" (Díaz, 2019, pp. 13-14; véase, asimismo, Kamisar, LaFave, Israel, King y Kerr, 2008, pp. 1530-1531).

sivas contra la decisión definitiva. ¿Qué debería suceder en las jurisdicciones en las que ese derecho sí tiene estatus constitucional?

Un adecuado análisis de estos interrogantes exige presentar, primero, las diferentes formas que podrían adoptar estos acuerdos o, mejor dicho, las distintas maneras en las que podemos conceptualizarlos según el alcance que se otorgue, en cada caso, a la conformidad del acusado con la hipótesis acusatoria. Esto será necesario porque, según propondremos, la significación que confiramos a esa declaración incidirá en la clase y medida de la justificación de la condena y en el tipo de controles que es razonable efectuar sobre el procedimiento y su decisión conclusiva. Así, nos referiremos a la posibilidad de categorizar a los acuerdos como *especies de juicios* o como *renuncias de derechos*.

Finalmente, mostraremos que conceptualizar a los acuerdos como procedimientos de renuncia de derechos no implica prescindir de toda clase de justificación epistémica en la decisión final, ni omitir que ésta sea controlada interna y externamente, a través de la supervisión judicial del acuerdo y los recursos, respectivamente.

Para ello, presentaremos primero las diferentes formas de conceptualizar los acuerdos de culpabilidad, sus respectivas características e implicancias (apartado II). Luego, en el caso de los acuerdos entendidos como renuncias de derechos, nos referiremos a las condiciones que deberían cumplirse para que esa renuncia sea considerada válida y mostraremos que esas exigencias, aunque no tienen sustento directo en la averiguación de la verdad, sí pueden mejorar las condiciones epistémicas en las que se adopta la decisión final (apartado III). Por otro lado, analizaremos cuáles deberían ser las características del control judicial sobre los acuerdos y examinaremos algunos pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante, SCJN) sobre el asunto, para mostrar que esa supervisión puede comprender la valoración de la prueba (apartado IV). En último lugar, nos referiremos a las diferentes características que podría presentar la revisión de la condena, según cuál sea la conceptualización que hagamos de los acuerdos (apartado V). Terminaremos con algunas conclusiones (apartado VI).

II. ¿Distintas clases de razones para condenar? Los acuerdos como juicios o como renuncias de derechos

1. Distintas formas de conceptualizar un acuerdo de culpabilidad

Si los acuerdos de culpabilidad permiten condenar con prescindencia de un juicio ordinario y de la producción, en ese contexto, de prueba sobre la culpabilidad del acusado es porque contamos con alguna clase de conformidad del imputado sobre la acusación o, al menos, con su determinación de no controvertirla. Éste es el elemento decisivo, la característica distintiva de los acuerdos. Sin esa declaración, no habría razones para diferenciar una u otra manera de procesar un caso penal.

Dada la centralidad de la decisión del imputado y sus efectos, suele caracterizársela como una *renuncia* de derechos procesales. Así, por ejemplo, en el caso del *plea bargaining* estadounidense, las *Federal Rules of Criminal Procedure* establecen que el tribunal debe asegurarse de que el acusado comprenda que la introducción y aceptación de una declaración de culpabilidad —*guilty plea*— implica la renuncia de su derecho a declararse no culpable, a un juicio por jurados —asistido, allí, por su defensor— y a su derecho a confrontar a su acusador y contraexaminar a los testigos de cargo (regla 11.b.1).[7]

En el ámbito europeo, a su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha afirmado:

> Dado que el efecto del *plea bargaining* es que una imputación penal dirigida contra el acusado sea determinada a través de una forma reducida de indagación judicial, esto equivale, sustancialmente, a la renuncia a un determinado número de derechos procesales.[8]

[7] La Corte Suprema de los Estados Unidos se ha referido a esa renuncia, sus condiciones e implicancias en varios precedentes. Véanse, por ejemplo: *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238 (1969) y *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).
[8] TEDH, *Natsvlishvili y Togonidze c. Georgia*, no. 9043/05, 29 de abril de 2014, §88. Mi traducción desde el original.

En América Latina, la SCJN se ha referido reiteradamente al procedimiento abreviado previsto en el artículo 20.A.VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como un trámite que implica la renuncia de determinados derechos. Así, por ejemplo, ha señalado:

> [Los imputados que aceptaron la aplicación del procedimiento abreviado] renunciaron expresamente al juicio oral […]; admitieron su responsabilidad en los delitos que se les imputaron y aceptaron ser sentenciados con base en los medios de convicción expuestos por el Ministerio Público al formular la acusación.[9]

> [El acusado,] con la asistencia jurídica de su defensor, [acepta] totalmente los hechos materia de la acusación; y por tanto, [renuncia] al derecho a tener un juicio oral, en el que pudiera ejercer el derecho de contradicción probatoria.[10]

¿Es la renuncia de derechos una buena caracterización de los acuerdos de culpabilidad? ¿Existe alguna alternativa? Como adelantamos, el alcance y sentido que concedamos a la conformidad del acusado respecto de la acusación incidirá directamente en la manera de analizar los dos problemas que nos ocupan: la justificación epistémica de la condena y los posibles controles sobre esa justificación.

Entonces, analizaremos algunas alternativas. Primero, revisaremos brevemente una posición según la cual esta clase de renuncias sería impermisible. De acuerdo con ella, los acuerdos impedirían la observancia de una serie de condiciones o prácticas de las que, por distintas razones, el acusado no podría disponer (punto 2). En segundo lugar, analizaremos una posición según la cual los procedimientos abreviados son trámites que permitirían el ejercicio de todas las prerrogativas propias de un juicio ordinario, de manera que no representarían renuncia alguna (punto 3). Finalmente, regresaremos a la caracterización de los acuerdos como renuncias de derechos, con más precisiones sobre sus implicancias (punto 4).

[9] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2018/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 10 de octubre de 2018.
[10] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 950/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 3 de julio de 2019.

2. Argumentos en torno a la impermisibilidad de los acuerdos

Son de la primera opinión quienes entienden que, entre los derechos o intereses a los que el acusado renuncia en el juicio abreviado, existen algunos que le son ajenos y de los que, por tanto, no puede disponer. Desde esta perspectiva, la omisión del juicio implicaría pasar por alto algunas formas o prácticas procesales —por ejemplo, la publicidad y continuidad del debate— que permiten satisfacer fines que no están necesaria o exclusivamente orientados a la satisfacción de un interés del acusado. Los acuerdos, entonces, permitirían que una decisión que el acusado toma en su propio beneficio comprometa intereses que no le son propios, sino de la víctima o de la comunidad toda —como puede ser, por ejemplo, el de sus conciudadanos en controlar la manera en la que los representantes del Estado ejercen el poder penal—. Una versión radical de esta posición llevaría a sostener que esos intereses públicos o comunitarios deberían prevalecer en todos los casos sobre el interés del acusado en evitar el juicio.[11] Como corolario, los acuerdos serían siempre impermisibles.

Una posición intermedia podría asumir la existencia de ese conflicto entre intereses propios y ajenos, aunque sin llegar a una conclusión prohibitiva en todos los casos. Desde este ángulo, la permisibilidad de los acuerdos podría depender del resultado de una adecuada ponderación entre los valores en juego —*i.e.*, por un lado, el interés del acusado en evitar el juicio y, por el otro, el interés de la comunidad en realizarlo— y la prevalencia de uno u otro podría ser determinada de acuerdo con las circunstancias de cada caso o grupo de casos.[12] De este modo, reconocer que las condiciones omitidas en los acuerdos sirven también a intereses

[11] Esta afirmación —y otras que haremos en lo que sigue— suponen algo que no estamos explicitando: que la renuncia al juicio involucra, en efecto, un interés del acusado. O, mejor dicho, que el acusado puede tener un interés legítimo en evitar el juicio y que esto puede beneficiarlo. Hay buenas razones para pensar que ello es así. El procedimiento abreviado permite la rápida culminación del caso y la obtención de una reducción de la sanción que no podría obtenerse de otro modo. El punto requeriría un mayor desarrollo, que no podemos presentar aquí; en todo caso, puede estipularse como premisa a los fines de nuestra argumentación.

[12] Podría tratarse, en ese sentido, de un análisis de precedencia condicionada entre ambos valores (Alexy, 2002, pp. 90-92).

que no son (o no son sólo) del acusado no conduciría necesariamente a cancelar la práctica, sino en todo caso a determinar, según las características de cada tipo de proceso, cuál de ellos debería prevalecer.[13] En este sentido puede ser interpretada la jurisprudencia del TEDH, según la cual, para que la renuncia de derechos contenida en un acuerdo sea válida, debe tratarse de una manifestación inequívoca que, además, no vaya en contra de un importante interés público.[14]

Ahora bien, aunque dejáramos de lado el asunto vinculado a la disponibilidad de intereses ajenos al acusado, los problemas no se terminarían. Las objeciones pueden provenir también de otro lado. En efecto, hay quienes sostienen que los derechos procesales asociados al juicio, previstos en interés del acusado, no pueden ser objeto de renuncia. Según esta posición, tales prerrogativas formarían parte de una categoría especial de derechos fundamentales que son "inviolables, inalienables, *indisponibles* y […] `personalísimos´" (Ferrajoli, 1989, p. 909, énfasis añadido), de manera que su ejercicio no podría ser abandonado por una decisión de su titular.[15]

Acompañar esa última posición no deja mucho espacio para la discusión: si concediéramos el punto, los acuerdos resultarían contrarios a ese conjunto de derechos fundamentales y, por tanto, impermisibles.[16]

---

[13] Podría argumentarse, por ejemplo, que los intereses comunitarios en la discusión pública de la responsabilidad criminal son especialmente fuertes en algunos tipos de procesos, como aquellos en los que se investigan actos de corrupción de funcionarios estatales, o graves violaciones de derechos humanos atribuibles a órganos estatales, etcétera. Si ello fuera así, podría justificarse razonablemente su prevalencia sobre el interés del acusado en evitar el juicio, de modo que resultaría desaconsejable la utilización de acuerdos en estos específicos grupos de casos.

[14] Véase Dias (2015, pp. 226-227), con cita de los casos *Håkansson y Sturesson c. Suecia*, no. 11855/85, 21 de febrero de 1990, §66; *Schöps c. Alemania*, no. 25116/94, 13 de febrero de 2001, §48; entre otros.

[15] Es también de esta opinión Córdoba (2001), quien considera que el juicio previo, el derecho a producir prueba o de recurrir la condena son restricciones al poder del Estado en la imposición de penas, no disponibles por los ciudadanos. Díaz Cantón (2005, p. 255) considera que el principio de inocencia solamente podría ser respetado si la culpabilidad de la persona imputada es demostrada a través de un juicio ordinario y contradictorio.

[16] Esto es así solo en principio. Todavía podría argumentarse que esa supuesta "renuncia" de un derecho no disponible no es, en rigor, una renuncia en sentido estricto, sino una *elección* entre prerrogativas alternativas e incompatibles. Dicho de otro modo, estaríamos frente al caso en el que una persona tiene derecho a dos prerrogativas que son inconsistentes entre sí y, al decidir ejercer una, pierde el derecho de ejercer la otra (Blank, 2000, pp. 2056-2057). Así, tendríamos, por un lado, el juicio ordinario y las

3. Los acuerdos como juicios

Otra de las alternativas que mencionamos afirma que los acuerdos de culpabilidad permitirían el ejercicio de los mismos derechos procesales que un juicio ordinario y que, entonces, no conllevarían renuncia alguna. Ello implicaría conceptualizar al juicio abreviado como una *especie de juicio* y someterlo a exigencias equivalentes a las de aquél. Veamos.

Ordinariamente, la celebración de juicios y las prerrogativas que, en éstos, pueden ejercer los acusados podrían explicarse, al menos, por dos clases de razones. Por un lado, realizamos juicios para que el acusado pueda confrontar públicamente la acusación ante el juzgador y su comunidad. Es decir, "para conseguir un enfrentamiento transparente, propio de las sociedades en principio democráticas", en el que "los rivales se ven la cara y quienes deciden el litigio dan la cara" (Maier, 2004b, pp. 14-15). Llamaremos *políticas* a estas razones. Por otro lado, celebramos juicios para conocer si el acusado es efectivamente culpable, es decir, para que la eventual decisión de condena esté epistémicamente justificada. De ese modo, buscamos prevenir el daño moral que generaría el castigo intencionado o accidental de personas inocentes (Díaz, 2017, pp. 43-53); llamaremos *epistémicas* a estas razones.

En relación con lo primero, en contextos ordinarios, ese enfrentamiento público y transparente es garantizado a partir de las especiales condiciones en las que se desarrolla el debate. Principalmente, porque es oral, público, contradictorio y continuo, con intervención del mismo juzgador durante todo su desarrollo. No es usual que los procedimientos abreviados se lleven a cabo en estas condiciones. En todo caso, si se concediese que ésa es una alternativa posible,[17] lo cierto

prerrogativas procesales asociadas con él y, como alternativa, el derecho a obtener una reducción de la sanción que sería justa para el caso. Esta clase de caracterización de los acuerdos como un derecho en sentido fuerte, en cabeza del acusado, alternativo e incompatible con el juicio previo ordinario, exigiría un esfuerzo argumental que excede el objeto de este trabajo.

[17] Podría preverse, por ejemplo, que tanto las negociaciones como el control judicial posterior fuesen desarrolladas en condiciones equivalentes a las del juicio ordinario. Vale la pena observar que en el citado caso *Natsvlishvili* (§91), el TEDH tuvo en consideración que la audiencia de control sobre el acuerdo había sido pública. Sin embargo, parece que allí la publicidad fue valorada como un medio para facilitar

es que lo "transparente" no sería ya un "enfrentamiento" sobre la culpabilidad del acusado, por la sencilla razón de que la práctica consiste precisamente en cancelar las discusiones sobre el punto. Por tal razón, los procedimientos abreviados no podrían reproducir las condiciones de *contradicción* de un juicio ordinario.

Podría argumentarse, entonces, que para considerar a los acuerdos como una *especie de juicio* bastaría con permitir al acusado ofrecer alguna evidencia en su favor o cuestionar la acusación. Ahora bien, si damos ese paso en la argumentación, lo único que habremos logrado es colocar un pie fuera de todo aquello que, razonablemente, podríamos caracterizar como un acuerdo de culpabilidad. Como hemos visto, estos procedimientos involucran *conceptualmente* la conformidad del acusado con la hipótesis acusatoria —o, cuando menos, su decisión de no controvertirla—. Sin esa declaración, no existen razones para distinguir entre una y otra manera de condenar. De ahí que el ejercicio del derecho a confrontar la acusación —entendido, básicamente, como la posibilidad de discutir la imputación, ofrecer prueba en su favor, etcétera— no sea coherente con la celebración de juicios abreviados. En síntesis, o bien los acuerdos son ilegítimos porque violan el derecho a la confrontación, o bien son otra cosa.[18]

La satisfacción de la finalidad epistémica del juicio es, quizás, un asunto un poco más complejo. Deberíamos considerar, al menos, dos problemas. En primer lugar, si las condiciones en las cuales se celebra el juicio —inmediación, oralidad, publicidad, continuidad— cumplen alguna función epistémica, pues ellas son omitidas en los acuerdos (al menos como condiciones asociadas a la corroboración de la culpabilidad del acusado). En segundo lugar, si entendemos que la finalidad epistémica del juicio requiere que se alcance un determinado nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria —*e.g.*, que se la pruebe *más allá de toda duda razonable*—, deberíamos preguntarnos si los acuerdos permitirían alcanzar ese mismo estándar probatorio y si esto debe exigirse.

el control de la validez de la renuncia de derechos, algo que puede distinguirse de la función *política* que cumple en un debate ordinario.

[18] Hasta aquí nos referimos a la confrontación como condición política del juicio, pero analizaremos su función instrumental seguidamente, al referirnos a las finalidades epistémicas del debate. Sobre la relación entre esa garantía y los mencionados fines epistémicos, pueden consultarse Varela (2020) y Rovatti (2020).

En relación con lo primero, las virtudes epistémicas habitualmente asociadas a las condiciones en las cuales se celebran los juicios no están fuera de toda discusión y, en variados aspectos, admiten calificaciones y matices.[19] De todos modos, si sostuviéramos que, al menos de manera general o con una visión de conjunto, aquellas condiciones están encaminadas a la mejor averiguación de la verdad, la supresión de la audiencia de debate perjudicaría ese objetivo y, en esa medida, los procedimientos abreviados no podrían reemplazar al juicio.

Ahora bien, aunque dejásemos de lado los interrogantes asociados la omisión de las condiciones epistémicas en las cuales se celebra el debate, todavía deberíamos resolver el problema del nivel de justificación exigible en la resolución final. En los juicios penales, el dictado de una condena requiere que la hipótesis acusatoria haya alcanzado un grado de corroboración especialmente exigente, al que generalmente nos referimos con estándares como el de prueba de la culpabilidad *más allá de toda duda razonable*.[20] Si los procedimientos abreviados son equivalentes a los juicios ordinarios, no hay razones para que su decisión conclusiva esté sometida a exigencias de corroboración distintas o inferiores. Así, la condena debería seguir siendo, de manera directa, la consecuencia de un determinado grado de confirmación de la hipótesis acusatoria, aunque obtenido de manera singular, en el específico marco ofrecido por el acuerdo —esto es, de manera *simplificada*, en razón del carácter incontrovertido de la hipótesis de la fiscalía.[21] De allí que,

[19] Se ha cuestionado, por ejemplo, el lugar inadecuado que se ha conferido a la inmediación como herramienta para medir la credibilidad de las declaraciones testimoniales, sobre la base de estudios de psicología cognitiva que señalan los problemas que presenta esa tarea y aportan nociones básicas que habría que tener en cuenta para desarrollarla (Andrés Ibáñez, 2007). También se ha advertido acerca de la conexión existente entre algunas prácticas propias de los procesos adversariales, dominados por las partes, y la distorsión que pueden ejercer en la objetiva determinación de los hechos (Damaška, 1997, pp. 101-109).

[20] Aquí no resulta necesario ingresar en el debate acerca de si la exigencia de un estándar de prueba particularmente exigente es o no una derivación directa del principio de inocencia o de la regla de juicio previo. Lo que nos interesa, en cambio, es si el estándar de corroboración exigible para el dictado de una condena en contextos ordinarios varía al resolver el caso con un acuerdo. Acerca de lo primero, puede consultarse Ferrer Beltrán (2021, pp. 138-150), quien discute que exista una conexión entre el principio de inocencia y el estándar *más allá de toda duda razonable*.

[21] Un desarrollo más extenso de esta caracterización de los acuerdos como procesos de *simplificación de la comprobación de la culpabilidad*, de acuerdo con el modelo procesal en el que se insertan, puede verse en Veleda (2020, pp. 262-274). Considerar de esta manera a los acuerdos es más compatible con la conceptualización de la conformidad que presta el acusado como una *confesión*. Sin embargo, no siempre

en muchos sistemas que comparten esta condición, se exija al juez que aprueba el acuerdo que justifique su decisión en prueba y, particularmente, en prueba independiente a la declaración de conformidad del acusado.[22]

En definitiva, quienes sostengan que los acuerdos deben ser entendidos como una *especie de juicio*, deben estar dispuestos a afirmar: primero, que las condiciones bajo las cuales se practica el debate no garantizan ningún objetivo epistémico; segundo, que es *posible* comprobar la culpabilidad del acusado, en el marco de un acuerdo de culpabilidad, con el mismo estándar aplicable a un juicio ordinario; y, finalmente, que esto último es *exigible*.

Comprometerse con estas afirmaciones es bastante desafiante, a lo que se suma que, aun en procesos ordinarios, la definición de las condiciones que deben ser satisfechas para alcanzar el estándar *más allá de toda duda razonable* u otro

esa declaración del acusado en el contexto de un acuerdo puede ser entendida como una confesión, en sentido estricto. Para ello, debería contener información relevante sobre los hechos, información que una simple declaración de culpabilidad no tiene por qué contener. En este sentido, por ejemplo, se pronunció la SCJN al afirmar que:

> "[L]a `confesión´ y la `aceptación´ de la participación en el delito se dan en niveles distintos; esto es, mientras que la `confesión´ constituye un indicio que alcanza el rango de prueba plena cuando se encuentra corroborada por otros elementos de convicción; la `aceptación´ del inculpado de su responsabilidad no constituye ni una prueba ni un dato de prueba; pues se trata del simple asentimiento de la acusación, en los términos en que es formulada por el acusador, que cumple con un requisito de procedencia para la tramitación del procedimiento especial abreviado" [Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1619/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 16 de marzo de 2016].

Más allá de la distinción que traza la SCJN, al párrafo transcripto puede observársele que, bajo ciertas circunstancias, es cuestionable que exista una verdadera *independencia* entre la *confesión* y las restantes evidencias. Ciertos estudios indican que la obtención de una confesión en momentos tempranos de un proceso puede provocar un sesgo en los investigadores, quienes procurarán la obtención de pruebas corroborativas de esa confesión y serán más indiferentes a la evidencia exculpatoria, y que también puede incentivar la producción de evidencias poco fiables a fin de "corroborar" aquella declaración. Por estas razones, se ha considerado que la obtención temprana de una confesión puede provocar efectos distorsivos para la objetiva determinación de los hechos. Véase, por ejemplo, Kassin (2012, pp. 431-445).

[22] Por ejemplo, el art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación argentina exige que la sentencia se funde "en las pruebas recibidas durante la instrucción, y en su caso en la admisión a que se refiere el punto 2 [la conformidad del acusado con la hipótesis acusatoria]" y el art. 20.A.VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la decisión condenatoria en esta clase de procedimientos abreviados exige que "[existan] medios de convicción suficientes para corroborar la imputación".

equivalente es, por sí misma, bastante controversial.[23] Pero, a menos que podamos hacerlo, o bien los acuerdos no son procesos *legítimos* de determinación de la culpabilidad —porque podrían violar, entre otros, el derecho del acusado a que su culpabilidad sea determinada bajo ese exigente estándar de prueba—, o bien los acuerdos son otra cosa.

4. Los acuerdos como renuncias de derechos

Esa otra cosa que podrían ser los acuerdos es, según vimos, una *renuncia de derechos* procesales. Recapitulando, esta alternativa argumental implica descartar que los intereses públicos involucrados en los juicios ordinarios deban siempre prevalecer ante el interés del acusado en omitir el juicio y, además, asumir que existen ciertas prerrogativas que el acusado no podrá ejercer en estos contextos, pero que *sí* podrá abandonar.

Como adelantamos, la introducción de un *guilty plea* en el proceso penal estadounidense implica renunciar a un juicio por jurados con la asistencia de un defensor, al derecho de confrontar al acusador y a los testigos de cargo y al privilegio en contra de la autoincriminación (véanse, por ejemplo, Blank, 2000, p. 2023 y Kamisar *et al.*, 2008, pp. 1332-1333). Aunque existe un consenso más o menos generalizado en torno a que ésos son los derechos de renuncia *necesaria*, no sucede lo mismo con la posibilidad de que tal renuncia abarque algunos otros más.[24] Entonces, ¿cuáles son los derechos que, razonablemente, deberían ser desplazados como consecuencia de la decisión del acusado de celebrar un acuerdo de culpabilidad?

Ya afirmamos que en los procesos abreviados la posibilidad de dictar una condena con prescindencia de la producción de prueba de manera contradictoria, pública, etcétera, se explica fundamentalmente por la existencia de alguna clase de

[23] Véase Laudan (2006, pp. 59-101).

[24] Algunas discusiones sobre el derecho a la prohibición de doble persecución penal o a la facultad de recurrir la condena como prerrogativas incluidas en la renuncia de derechos en el marco del *plea bargaining* estadounidense pueden verse en Blank (2000, pp. 2058-2060 y 2085-2095).

manifestación de voluntad del acusado dirigida a prestar conformidad con la hipótesis acusatoria. En esta medida, parece razonable interpretar que la decisión sobre su culpabilidad, que justifica la condena, vendría dada en buena parte por esa conformidad que, en definitiva, se dirige a omitir los procedimientos ordinariamente establecidos para determinar la responsabilidad del acusado. Con ello, la condición de legitimidad de la condena sería, al menos de manera directa o principal, la decisión misma que el acusado toma, junto con su defensa, de *cancelar la controversia* sobre su culpabilidad y omitir el juicio.[25]

Si ello es así, entonces la renuncia abarca, *necesariamente*:[26] (i) el derecho de confrontar la acusación[27] y (ii) el derecho a que la condena sea consecuencia de haber corroborado su culpabilidad más allá de toda duda razonable.[28] Esto es así, una vez más, por razones *conceptuales*. El acuerdo implica una manifestación de conformidad con la acusación y esto es incompatible con el ejercicio de una actividad confrontadora. Paralelamente, cuando el acuerdo es entendido como una renuncia de derechos, es esa decisión la que permite omitir el juicio y la producción de la prueba, de manera que las razones que justifican la condena ya no están, al menos directamente, asociadas a una actividad dirigida hacia la corroboración de la culpabilidad.

[25] En un trabajo previo (Veleda, 2020, pp. 262-274) desarrollamos con más detalle la conceptualización de los acuerdos como sistemas de *cancelación de la controversia* sobre la culpabilidad.

[26] Esto quiere decir que podría abarcar otros derechos más. Como vimos antes, en el proceso estadounidense comprende también la garantía relacionada con la autoincriminación. En nuestro ámbito, la incorporación de esta garantía entre las prerrogativas renunciadas podría depender de la manera en la que la conceptualicemos y de las condiciones a las que sometamos la decisión del acusado. Si consideramos que ese derecho protege contra la autoincriminación *forzada* y que, en los acuerdos de culpabilidad, podrían existir reaseguros para garantizar la libertad de la decisión del acusado, su renuncia no estaría necesariamente implicada. La inclusión del derecho al recurso entre las posibles garantías renunciadas será analizada específicamente en el quinto apartado.

[27] La SCJN afirmó, de manera similar, que "en el procedimiento especial abreviado el inculpado renuncia al principio de contradicción y a la consecuente valoración probatoria por parte del juzgador, pues los medios de convicción contenidos en la acusación ya constituyen hechos aceptados" (Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6389/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 30 de noviembre de 2016; en el mismo sentido, Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2018/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 10 de octubre de 2018).

[28] Esto no necesariamente quiere decir que sea imposible alcanzar ese estándar, sino que, en principio, no sería exigible.

Ya afirmamos que, si conceptualizamos al acuerdo de culpabilidad como una *especie de juicio*, las exigencias de justificación epistémica deberían ser equivalentes a las aplicables a una condena emitida tras un juicio ordinario. Ahora bien, ¿qué sucede con la justificación epistémica de la condena si conceptualizamos a los acuerdos como renuncias de derechos?

Según propondremos seguidamente, la observancia de determinadas condiciones de validez de la renuncia del acusado —no sustentadas directamente en una preocupación por la averiguación de la verdad— tendrá igualmente una repercusión positiva en las condiciones de justificación epistémica de la condena. De acuerdo con ello, sostendremos que la conceptualización de los acuerdos como renuncias no impide necesariamente que: (i) la sentencia goce de alguna clase de justificación epistémica y (ii) que esa justificación pueda ser controlada por el juez que homologue el acuerdo (control interno) y, eventualmente, a través de un recurso (control externo).

III. Condiciones para una renuncia válida. Sus repercusiones en la justificación epistémica de la condena

1. Una renuncia intencional

Existen distintas maneras en las que un derecho podría dejar de ser ejercido. Podría imponerse a su titular la necesidad de reclamarlo o de satisfacer determinadas cargas y establecerse que, si no las cumpliera, lo perdería. Esto sucedería, por ejemplo, si alguna regla estableciera un deber del acusado de reclamar oportunamente la realización del juicio y que, si no lo hiciera o guardara silencio, entonces el caso culminaría a partir de un procedimiento abreviado o de alguna otra manera.

Parece claro que la renuncia que venimos considerando no es equivalente a esa noción de *pérdida —forfeiture—*, producida por la incapacidad de reivindicar oportunamente el ejercicio de un derecho y que puede o no ser consciente o expresa (Blank, 2000, p. 2053). Por el contrario, la renuncia a la que nos referimos aquí es un desistimiento intencional, una decisión expresa, consciente y preme-

ditada dirigida a no aprovechar los beneficios de ciertos derechos.[29] ¿Qué deberíamos analizar, *necesariamente*, para determinar si la renuncia de derechos en un juicio abreviado es intencional?

En general, existe consenso en torno a que el tribunal al que se solicite la homologación de un acuerdo de culpabilidad debe controlar que el imputado haya comprendido acabadamente la imputación y los alcances del procedimiento propuesto, y que no haya sido sometido a presiones psicológicas indebidas —por caso, a través de apremios o amenazas— o incentivado con promesas o beneficios ilegítimos —como sucedería, por ejemplo, si se le ofreciera la libertad de alguna persona familiar coimputada—. No obstante, descartar el carácter coercitivo de la propuesta de la fiscalía exige un análisis que trasciende el ámbito de esa clase de presiones psicológicas y se relaciona con la determinación de las condiciones en las cuales consideramos aceptable que el Estado coloque al acusado frente a la decisión de acceder a la propuesta de acuerdo o demandar la celebración de un juicio ordinario. En lo que sigue, haremos foco principalmente en esta clase de condiciones *necesarias*.[30]

Suele considerarse que, dado que el acuerdo asegura una sanción cierta y menor, mientras que el debate augura el peligro de una condena incierta y una pena mayor, la opción que se presenta a los acusados es, en rigor, meramente ficta, dado que solo una de las alternativas planteadas sería racionalmente aceptable —esto es, la alternativa que asegura una sanción menor—.[31]

[29] De acuerdo con Blank (2000, pp. 2050-2053) eso es una renuncia intencional —*intentional relinquishment*—.

[30] Las ideas que siguen fueron desarrolladas más extensamente en otra oportunidad (Veleda, 2021, pp. 155-184). Solo reproduciremos aquí sus puntos centrales, en la medida necesaria para conseguir los objetivos de este trabajo. Además, como se explica con más detalle allí, en todos los casos hablamos de condiciones necesarias, no suficientes, para evaluar la legitimidad de los acuerdos de culpabilidad.

[31] Por ejemplo, se ha asociado la situación del imputado a quien se propone un acuerdo con la de la víctima de un asalto, pues "[t]anto el asaltante como el fiscal piden a las personas que realicen una elección difícil entre un perjuicio cierto y menor y un perjuicio incierto mayor. En la situación del asaltante, debo elegir entre la segura pérdida de dinero y la probabilidad difícilmente calculable de que el asaltante esté dispuesto y sea capaz de matarme si me resisto. Como imputado, me veo forzado a elegir entre un castigo cierto y menor y un castigo sustancialmente mayor con una probabilidad difícilmente calculable. Mientras la medida del perjuicio cierto disminuye y la magnitud de la probabilidad del

Sin embargo, existen otras ocasiones en las que nos vemos sometidos a propuestas que no podemos rechazar, o en las que existe una única opción racionalmente aceptable, y no por ello las consideramos inmorales o coercitivas.[32] Por ello, para considerar que la propuesta de acuerdo realizada por la fiscalía resultó injusta, debemos poder afirmar: (i) que el acusado fue psicológicamente compelido a aceptar el acuerdo, pero también (ii) que fue *incorrecto* que la fiscalía lo compeliera psicológicamente de ese modo (Wertheimer, 1979, p. 271). Para ello, deberemos conducir un *test normativo*, relacionado con la justicia —en sentido amplio— de la propuesta de la fiscalía, o bien con la necesidad de asegurar que el órgano acusador no haya violado ningún deber moral o derecho del acusado al realizarla. Veamos.

La propuesta de acuerdo que la fiscalía dirige al acusado podría ser estructurada del siguiente modo:

> Sus alternativas son aceptar el acuerdo A, con una sanción X, o bien ser sometido a la realización de un juicio ordinario, con una sanción en expectativa mayor a X.

¿Bajo qué condiciones es justo someter al acusado a esa decisión? Ello podría depender de un análisis sobre la legitimidad del plan unilateral de conducta declarado por el proponente (Wertheimer, 1979), o bien —lo que es igual para nuestros fines— sobre de la posibilidad de descartar que esa propuesta disfrace una amenaza (Farrel y Spector, 1992).

---

perjuicio mayor aumenta, deviene más y más razonable elegir el primero" (Kipnis, 1976, pp. 93-106, mi traducción desde el original).

[32] Así, Langer explica que "si B tiene una enfermedad mortal y el médico A le propone someterlo a un tratamiento que, si B colabora, le salvará la vida pero lo dejará sometido a intensos dolores por el resto de su vida, entonces B debe elegir entre dos males: morir o colaborar con un tratamiento que lo llevará a sufrir intensos dolores por el resto de su vida. Si B optara por realizar el tratamiento, B podría decir que la propuesta de A era una `propuesta que no podía rechazar´, o que no tenía otra opción que la de aceptar la propuesta de A. Pero si B aceptara esa propuesta, normalmente no consideraríamos su aceptación como involuntaria. De este modo, si A le realiza el tratamiento a B, B no podría luego demandarlo por sus intensos dolores. En otras palabras, hay muchas situaciones en las que optar entre dos alternativas malas no constituye una decisión involuntaria. La diferencia entre la pena del juicio y la pena por declaración de culpabilidad tampoco convierte, por sí misma, la decisión de los acusados en involuntaria" (2006, p. 232).

El plan unilateral de conducta que declara la fiscalía es el siguiente: si el acusado no acepta el acuerdo, requerirá la realización del juicio a su respecto y, allí, pedirá la aplicación de una pena mayor a aquella ofrecida en el acuerdo. ¿En qué condiciones podría la fiscalía, regularmente, llevar a ese acusado a juicio y solicitar la imposición, allí, de una pena mayor a aquella ofrecida para el acuerdo?

En un sentido similar, podría decirse que el acuerdo planteado por la fiscalía es una propuesta, y no una amenaza, siempre que se constituya como una opción adicional, es decir, como una alternativa que no trae consigo la eliminación coactiva de una opción originalmente disponible para el receptor de la propuesta (Farrel y Spector, 1992, p. 20). Ahora bien, ¿cuáles eran esas opciones originalmente disponibles para el acusado, que el ofrecimiento del acuerdo no debería alterar?

De acuerdo con estas ideas, la legitimidad de la propuesta de la fiscalía depende de que el Estado observe las condiciones normalmente exigibles para desarrollar legítimamente su plan unilateral —esto es, en su caso, llevar al acusado a juicio y solicitar, allí, la imposición de una pena mayor a la del acuerdo—, de manera que el ofrecimiento no implique la privación de ninguna alternativa originalmente disponible para el acusado.

2. Distinguiendo recompensas de penalidades

Analicemos primero la posibilidad que tiene la fiscalía de solicitar, en el juicio, una sanción mayor.

Es necesario distinguir dos escenarios posibles. Imaginemos el caso en el que A es acusado por el delito de robo, y supongamos que la legislación aplicable prevé una pena de un mes hasta seis años de prisión. Imaginemos también que, en razón de las circunstancias del hecho y los restantes datos que el sistema considere relevantes para evaluar este punto, la pena estimable para A sería de cuatro años de prisión. En este supuesto, la concreción de un acuerdo por dos años de prisión contendría una reducción de dos años respecto de aquella sanción que sería esperable para A. En otras palabras, A resultaría beneficiado o recompensado por su decisión de evitar la realización del juicio. Sin embargo, si la fiscalía añadiese que, en caso de no aceptar el acuerdo, solicitará en el juicio una pena de seis años de

prisión, la propuesta contendría también una especie de penalidad por la decisión de rechazar el acuerdo (en el caso, un incremento de dos años en la sanción normalmente esperable bajo esas circunstancias).

El ejemplo es útil para observar que, al celebrar un acuerdo de culpabilidad, un acusado puede ser beneficiado con la reducción de la pena en expectativa, pero también puede ser *amenazado* con un castigo por hacer uso de su derecho a ir a un juicio ordinario. Siguiendo a Lippke (2011, pp. 10-23), puede decirse que, en el primer caso, estaríamos ante la concesión de una *recompensa por la renuncia al juicio* (*waiver reward*) y, en el segundo, ante la imposición de una *penalización por la elección del juicio* (*trial penalty*).[33]

Ahora bien, a diferencia de la concesión de una *recompensa*, la imposición de una *penalización* es una conducta moralmente reprobable porque "los acusados tienen derecho a esperar que, si son condenados en un juicio, el sistema penal de justicia aplicará una pena justa adecuada a las características del delito y del condenado" (Langer, 2006, p. 239). Entonces, si la propuesta de la fiscalía incluye esa clase de penalización, su plan unilateral declarado no es legítimo, mientras que, si contiene una recompensa, sí lo es.[34]

Del mismo modo, el respeto de esta condición permitiría descartar que el ofrecimiento de la fiscalía constituya una *amenaza*, entendida como la eliminación coactiva de una opción originalmente disponible para el receptor de la propuesta.

[33] La posibilidad de practicar esta distinción depende, claro, de la existencia de un procedimiento confiable para la determinación de la sanción esperable tras la celebración ordinaria del debate. Podría tratarse, por ejemplo, de la celebración de una audiencia ante el tribunal en la que se establezca la sanción justa en expectativa, de acuerdo con las circunstancias del caso, junto con la obligación de respetarla como tope en el eventual debate público (Lippke, 2011, pp. 16-23).

[34] La práctica de disminuir la sanción esperable en razón de la celebración de un acuerdo podría recibir otras objeciones. Por ejemplo, los acuerdos de culpabilidad podrían ser criticados, desde un punto de vista moral, en razón de la reducción de la pena justa dirigida a los autores culpables (Sancinetti, 2010). Sin embargo, no resulta necesario ingresar ahora en esta discusión, ya que nuestro punto es otro: aquí solo argumentamos que, mientras la fiscalía ofrezca una recompensa por la omisión del juicio (*waiver reward*) y no una penalización por haberlo escogido (*trial penalty*), no es razonable afirmar que el anuncio de la imposición de una pena mayor resulte injusto *para el acusado*, puesto que se trataría de una sanción normalmente esperable a la luz de los parámetros establecidos para su determinación.

En el caso de una víctima de asalto, es claro que el "ofrecimiento" del asaltante constituye una amenaza porque la víctima pierde injustamente una opción disponible antes de la realización de la propuesta: conservar sus pertenencias y no ser agredida en su vida o su salud. ¿Qué sucede en el caso del acusado? Si la fiscalía propone un acuerdo de culpabilidad, pero añade que —de no ser aceptado— solicitará la imposición de una pena excesiva en un eventual juicio, podríamos afirmar que, en alguna medida, elimina una opción originalmente disponible para el acusado: la de participar del juicio y obtener allí una pena justa. En cambio, si la fiscalía propone una recompensa por la evitación del juicio, el acusado gana una nueva opción (la de aceptar el acuerdo y obtener una sanción disminuida), pero no pierde las alternativas originalmente disponibles (acudir al juicio y obtener una sanción justa).

Así, una de las condiciones necesarias para proponer válidamente un acuerdo de culpabilidad —es decir, para ofrecer una sanción menor en el caso de aceptar el trato, pero declarar paralelamente, para la eventualidad del juicio, la posibilidad de solicitar una sanción mayor— es que la fiscalía no proyecte amenazas de pena exageradas (*trial penalties*), de modo que la conformidad con la sanción pactada en el juicio abreviado funcione como una auténtica recompensa por la renuncia al debate (*waiver reward*).

3. La posibilidad de llevar el caso a un juicio ordinario

Resta, entonces, analizar en qué condiciones puede la fiscalía, legítimamente, llevar a una persona a juicio.

Una de las condiciones *necesarias*, aunque no suficientes, es que la fiscalía cuente con evidencia, obtenida durante la investigación preliminar, que sea suficiente para determinar la probable existencia del hecho y la participación en él del acusado. Esto se explica porque la intervención del acusado en el juicio público, además de ser su derecho, es una de las cargas que le resultan exigibles en razón de su sometimiento a un proceso penal. El Estado tiene la potestad de requerir su presencia allí y, de hecho, en la mayor parte de las legislaciones procesales penales del mundo, tiene la facultad de compelerlo a presentarse mediante de

la fuerza pública. Esta carga, que supone la restricción de determinados derechos y libertades, debe ser exigida *razonablemente*, es decir, cuando el Estado cuente con elementos suficientes para justificar esa decisión.[35]

La satisfacción de este estándar supone también que la defensa haya tenido ocasión de conocer, de manera completa, el caso que la fiscalía pretendería llevar a juicio en caso de fracasar el acuerdo. Es decir, el acusado y su defensa deben ser puestos en conocimiento de toda la evidencia reunida por la fiscalía en su contra; solo de esa manera podrán controlarla y, en su caso, proponer las hipótesis alternativas que podrían, en su caso, evitar la realización del juicio. Efectivamente, "[l]a omisión de revelar la prueba favorable a la defensa interfiere con un mecanismo central para controlar que los fiscales no efectúen propuestas de acuerdo en casos débiles" (Langer, 2006, p. 272).[36]

En definitiva, si el plan unilateral declarado por la fiscalía es la realización de un debate oral y público, la moralidad de esa pretensión dependerá de la observancia de todas las condiciones necesarias para llevarla adelante legítimamente; en particular, de la satisfacción del mismo estándar de prueba aplicable a la decisión de remitir un caso penal a un juicio ordinario.[37]

---

[35] En su análisis del caso estadounidense, Langer agrega que, dado que el fiscal tiene el deber de buscar justicia, "no debería efectuar propuestas de declaración de culpabilidad en los casos en los que un jurado razonable no podría encontrar al acusado culpable más allá de una duda razonable". Por tanto, "si un fiscal no tiene, como mínimo, evidencia suficiente para sortear o pasar el umbral de una decisión absolutoria directa por parte del juez luego de que la fiscalía presentó su caso en juicio y antes de que la defensa presente su caso, el fiscal tiene el deber moral de no incitar al acusado a declararse culpable mediante una propuesta de declaración de culpabilidad" (2006, pp. 236-237).

[36] En el ámbito estadounidense se ha discutido la vigencia y, también, la suficiencia de la regla de *disclosure* establecida en el precedente *Brady v. Maryland* —373 U.S. 83 (1963)— en el ámbito del *plea bargaining*. De acuerdo con esa regla, se considera una violación al debido proceso, fundada en las enmiendas quinta y decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos, que la fiscalía no revele prueba de descargo decisiva para la decisión sobre la culpabilidad o la pena. Una argumentación en favor de la vigencia de dicha regla en el ámbito del *plea bargaining*, sobre la base de variados fundamentos, puede leerse en Blank (2000, pp. 2060-2085). A su vez, una argumentación en torno a la posible *insuficiencia* de la revelación según el estándar de *Brady* para el caso de los acuerdos de culpabilidad, puede verse en Douglass (2001).

[37] Este paso nos acercaría hacia una dinámica deseable: que los casos fuertes culminen en acuerdos —porque el juicio, allí, pierde "utilidad"— y los casos más débiles sean sometidos a las disputas de mérito propias del debate ordinario (Bibas, 2004, p. 2472).

4. Repercusiones epistémicas

Si se verifican los señalados requisitos de validez de la renuncia, la condena dictada luego de un acuerdo de culpabilidad gozará de un grado de justificación epistémica que no resulta despreciable.[38] Esto es así por varias razones.

En primer lugar, porque el análisis de la validez de la renuncia de derechos por parte del acusado involucrará un estudio de suficiencia probatoria; en particular, la satisfacción de un estándar probatorio bien determinado: aquel que sería exigible para considerar culminada la investigación preliminar y justificada la realización de un juicio ordinario.

En segundo lugar, porque estos procedimientos cuentan también con una declaración por medio de la cual el acusado expresa que no controvierte el relato de los hechos contenido en la hipótesis de la fiscalía. Así, al momento de adoptar la decisión del caso, no solo sabemos que el acusado no ha propuesto una hipótesis rival, sino también que ha aceptado expresamente la propuesta por la acusación. Esto debilita los rasgos dialécticos del contexto en el que se discute la hipótesis acusatoria, lo cual permite disminuir, razonablemente, el grado de justificación exigible a la hora de tomar la decisión final.[39]

Por último, contaríamos con una declaración de culpabilidad por parte del acusado que, al menos en un aspecto, sería epistémicamente confiable. En este sentido, es cierto que una de las razones por las cuales una persona inocente podría

[38] En otro trabajo (Veleda, 2021, pp. 172-180), expusimos con mayor detalle este punto, que aquí presentaremos sintéticamente.

[39] Sobre la sensibilidad de las explicaciones al contexto pueden consultarse, por ejemplo, Amaya (2010, p. 38), Schaffer (2005, pp. 115-129) y Grimaltos (2009, pp. 47-49). Si nos preocupara que la condena resultante de esta clase de procesos pudiera gozar de un respaldo en pruebas menor a aquel en el que se apoyan las decisiones tomadas en un juicio ordinario, deberíamos considerar las diferencias del contexto epistémico en el cual unas y otras son adoptadas. En este sentido, los rasgos *no dialécticos* de la primera clase de procedimientos pueden tornar razonable aceptar una disminución en el grado de exigencia de la justificación del fallo. De todos modos, debe tenerse en cuenta que el caso bien puede haber sido comparado previamente con hipótesis rivales. En efecto, al estar sometido a un determinado estándar de probabilidad, el acuerdo puede haber involucrado el rechazo de hipótesis alternativas a la de la acusación en etapas procesales anteriores (algo que, como vimos, quedaría comprendido en el examen de la legitimidad de la propuesta de la fiscalía).

decidir declararse culpable es "la conclusión de que es preferible una pena leve y personalmente asumible, que el riesgo —aunque no sea elevado— de una pena más grave y difícil de asumir", razón por la cual resulta recomendable "combatir las acusaciones exageradas o infundadas, generadoras de miedos exagerados o infundados en el imputado" (Lascuraín Sánchez y Gascón, 2018, pp. 15 y 21).

Ahora bien, sostuvimos antes que la fiscalía puede ofrecer una *recompensa* por la renuncia al juicio, pero no una *penalidad* por la elección de esa alternativa. Esto contribuye a disminuir el riesgo de que los acusados se vean psicológicamente compelidos a prestar conformidad en razón de la expectativa de imposición de una pena exagerada si optan por el juicio. La conciencia de que, en el eventual debate, solamente podrá imponerse la pena justa —según las características del hecho y las condiciones personales del acusado— o una inferior,[40] podría disminuir los incentivos para que los acusados inocentes se declaren culpables, pues removería buena parte del sustento al temor por un eventual castigo desproporcionado.

Algo similar sucedería como producto del deber de la fiscalía de poner en conocimiento del acusado y su defensa toda la prueba relevante. En efecto, si el acusador es obligado a revelar la totalidad de la prueba de cargo y de descargo, reunida durante la investigación, es menos probable que los acusados inocentes se vean compelidos a confesar en razón del temor infundado a una condena errónea. Al tener esa información, el acusado conocerá mejor el riesgo de participar de un juicio ordinario y la fiscalía no podrá forzar un acuerdo a partir de una presentación engañosa de la fortaleza de su caso.[41]

[40] Las legislaciones procesales suelen contener reglas que prohíben a los jueces imponer sanciones superiores a aquellas solicitadas por los acusadores, de manera que el imputado, si no acepta el *waiver reward*, tendría garantizado que la pena en el eventual juicio no excederá, por decisión del tribunal, aquella determinada como justa en el trámite del acuerdo de culpabilidad.

[41] Véase, en este sentido, Petegorsky (2018, pp. 3613-3614). Las implicancias de esa clase de *bluff* por parte de la fiscalía han sido objeto de estudios y experimentaciones. Un interesante examen empírico sobre los efectos de esa clase de engaños en la decisión de un acusado de aceptar un acuerdo de culpabilidad o confesar pueden verse en Wilford (2014).

Por ello, como dijimos, la observancia de las condiciones antes propuestas también redundará, aunque sea indirectamente, en la disminución del riesgo de error en la declaración de culpabilidad.

IV. Control judicial sobre la validez de la renuncia. Su alcance en la jurisprudencia de la SCJN

1. El control judicial sobre el acuerdo

Al margen de la actuación de un defensor técnico durante el procedimiento, determinar la existencia de una renuncia intencional es una tarea del juez. A este le corresponde controlar la observancia de las exigencias necesarias para considerar válida la propuesta de la fiscalía y la conformidad del acusado —y, en su caso, determinar si esa defensa técnica fue eficaz—.[42]

Como adelantamos, la tarea de los jueces suele concentrarse en descartar la existencia de presiones psicológicas ilegítimas dirigidas a que el acusado acepte el juicio abreviado (provenientes de la aplicación de malos tratos, intimidaciones u ofrecimiento de beneficios ilegítimos) y en asegurar que aquel haya conocido y comprendido el contenido de la imputación y las consecuencias de su aceptación. Sin embargo, de acuerdo con lo que afirmamos en el punto anterior, ello no sería suficiente para concluir que su renuncia fue intencional, porque todavía tendríamos que determinar si se verificaban las condiciones en las cuales el Estado podía colocar válidamente al imputado en la posición de optar por el acuerdo o por el juicio, esto es: (i) que la fiscalía no hubiera hecho uso de *trial penalties* y (ii) que la hipótesis acusatoria hubiera alcanzado un grado de corroboración suficiente para llevar el caso a juicio.

Con relación a lo primero, el procedimiento abreviado debería garantizar alguna manera de determinar, de manera preliminar, cuál habría sido la *pena justa* en

[42] Sobre la importancia del control judicial sobre la base fáctica de los acuerdos de culpabilidad en el sistema estadounidense, véase Langer (2006, pp. 276-277).

caso de celebrarse el debate. A partir de ello, debería asegurarse que aquella aplicada en el acuerdo sea menor y que, en caso de no prosperar el procedimiento abreviado, la sanción que la fiscalía requiera en el debate no pueda superar aquella fijada preliminarmente.

Con respecto a lo segundo, como adelantamos, el juez debería determinar si la hipótesis acusatoria se encuentra corroborada bajo el estándar exigible para llevar un caso a juicio. Usualmente se considera que la elevación de un caso a juicio se encuentra condicionada a la recolección de evidencia que haga *probable* la condena de conformidad con el estándar aplicable a la decisión final.[43] Entonces, ¿qué características debería tener la actividad judicial orientada a determinar este punto?

2. El control judicial en la jurisprudencia de la SCJN

La SCJN se ha referido reiteradamente a las características de la actividad que deberían desplegar los jueces a quienes se encarga el control de un procedimiento abreviado. En este sentido, en uno de sus primeros pronunciamientos sobre el asunto, afirmó que:

> en la apelación derivada de un procedimiento abreviado sólo *podrá ser objeto de cuestionamiento* la violación al cumplimiento de los presupuestos jurídicos fundamentales para la procedencia de esa forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio, lo cual comprende el análisis de la *congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción invocados por el Ministerio público en la acusación* […] En contraposición, *no puede ser materia* [de cuestionamiento]

[43] Para solicitar la realización de un juicio "no se le requiere al acusador que demuestre con certeza la culpabilidad del acusado", sino que "demuestre la probabilidad de que la persona sometida a proceso haya cometido el hecho", noción que, "en punto al requisito cognoscitivo, [tiene] cierta similitud con el estándar probatorio de la *preponderancia de la prueba*" (Limardo, 2018, p. 99). Según ese estándar, cabe elegir el "enunciado que parezca relativamente `más probable´, sobre la base de los medios de prueba disponibles" (Taruffo, 2008, pp. 137-138). De modo semejante, la idea de la *probabilidad prevaleciente* es un criterio de selección entre hipótesis contradictorias o incompatibles según el cual resulta aceptable seleccionar aquella que "reciba el apoyo *relativamente* mayor sobre la base de los elementos de prueba conjuntamente disponibles" (Taruffo, 2011, p. 299).

> […] *la acreditación del delito y la responsabilidad penal del acusado, ni la exigibilidad de valoración de pruebas*, pues ello no tiene aplicación en dicha forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio. Debe recordarse que en un procedimiento especial abreviado no estuvieron a debate, tanto la acreditación del delito como de la responsabilidad del acusado en su comisión, debido a la aceptación del acusado de ser juzgado con base en los medios de convicción que sustentan la acusación. Por lo tanto, dichos elementos no admiten contradicción en sede judicial, precisamente, porque son resultado del convenio asumido por las partes para obtener una pena menos intensa a las que pudieran imponérsele como resultado de la tramitación del procedimiento ordinario de juicio oral.[44]

Otros precedentes sirven también para examinar el modo en que el Alto Tribunal ha intentado delimitar los alcances del control judicial de los acuerdos de culpabilidad. Así, por ejemplo, la SCJN ha señalado que:

> la labor del juez de control se constriñe a *determinar si la acusación contiene una lógica argumentativa capaz de ser corroborada con los medios de convicción que la sustentan* con la finalidad de que la aceptación del acusado de su participación en del delito no sea el único dato de prueba, sino que se encuentre relacionado con otros datos que le den congruencia y solidez a la acusación […]
>
> [E]n el supuesto de que *no existan medios de convicción suficientes para corroborar la acusación*; es decir, *que la acusación no tenga sustento lógico en otros datos diversos a la aceptación del acusado* de haber participado en la comisión del delito, el juzgador estará en posibilidad de rechazar la tramitación del procedimiento especial abreviado. *Sin que lo anterior implique que el resultado dependa de la valoración que la autoridad judicial deba realizar de los medios de convicción sustento de la acusación*, a fin de declarar el acreditamiento del delito y afirmar la responsabilidad penal del acusado […]
>
> En este procedimiento especial, *el juez no debe realizar un ejercicio valorativo profundo para formarse una convicción cierta* sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. *Ello ha sido retirado del debate por pacto expreso de las partes*. En efecto, ante ello prevalece la aceptación de común acuerdo con el acusado en el sentido de

[44] Sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 56/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 22 de febrero de 2016, énfasis añadido.

> que se juzgue con los antecedentes recabados durante la investigación, los que deberán constituir los medios de convicción para corroborar la acusación. Elementos que tendrán que ser suficientes para tal efecto, pues es evidente que *no podrá admitirse la apertura de un procedimiento abreviado sustentando la acusación únicamente con la aceptación de culpabilidad del acusado*.[45]

En un sentido similar, la SCJN ha sostenido que:

> [l]a frase *"existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación"*, contenida en el artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Federal, se traducía en la *obligación del juzgador de revisar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción reseñados por el Ministerio Público, para sustentar la acusación*, como uno de los requisitos previos a la admisión de la forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio. Así, en caso de existir una *inconsistencia sustancial de estos datos de prueba, el juzgador podía rechazar la tramitación del procedimiento abreviado*, al no cumplirse con los requisitos necesarios para su apertura, lo que dependía de *la eficacia y coherencia en la formulación de la acusación, y no de la valoración de los elementos de convicción* para acreditar los elementos del delito atribuido y la responsabilidad penal del inculpado en su comisión.[46]

En los casos reseñados, puede notarse cierto esfuerzo de la SCJN por aclarar que la tarea de control que debe llevar adelante el magistrado a quien se propone un acuerdo de juicio abreviado *no involucra la valoración de prueba*.[47] Así, por ejemplo,

---

[45] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6389/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 30 de noviembre de 2016, énfasis añadido. En el mismo sentido se había pronunciado antes el Alto Tribunal en la Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1619/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 16 de marzo de 2016. Más adelante, en el mismo sentido, sostuvo que "la decisión sobre la procedencia del procedimiento abreviado no depende del ejercicio de valoración de los datos de prueba con los que el Ministerio Público sustentó la acusación para afirmar el acreditamiento del delito y la demostración de la culpabilidad del acusado. Es decir, en este procedimiento el juez de control no tiene por qué realizar un juicio de contraste para ponderar el valor probatorio de cada elemento y de este resultado formarse una convicción sobre la culpabilidad o inocencia del sentenciado" (Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2018/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 10 de octubre de 2018).

[46] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 950/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 3 de julio de 2019, énfasis añadido.

[47] Es bueno aclarar que en los precedentes citados la SCJN se refiere a procedimientos recursivos, posteriores a la celebración de un acuerdo y a la sentencia de condena. Sin embargo, en ese contexto el Alto

se explica que, cuando el artículo 20.A.VII de la Constitución Política establece que uno de los requisitos de ese procedimiento es la existencia de "medios de convicción suficientes para corroborar la imputación", esto debería entenderse en el sentido de exigir un control de "congruencia", "idoneidad", "pertinencia" y "suficiencia" de las evidencias que el Ministerio Público invoca en sustento de la acusación, pero no de su *valoración*. En otras ocasiones, se busca precisar el contenido de ese control y se sostiene que éste requeriría verificar si existe una "lógica argumentativa" en la acusación, que la haga "susceptible de ser corroborada" por los medios de prueba invocados, y examinar que aquélla no contenga ninguna "inconsistencia sustancial". Ahora bien, ¿es suficiente ese tipo de examen judicial para garantizar la validez de la renuncia de derechos por parte del acusado?

Para responder a este interrogante, debemos recordar que —según propusimos— la validez de la renuncia depende de una evaluación de ciertas condiciones que la propuesta de la fiscalía debería satisfacer para no resultar coercitiva. Esa evaluación exige, entre otras cosas, determinar si la acusación contaba con el mismo nivel de evidencia que habría sido necesario para promover la realización de un juicio ordinario con respecto al acusado —*i.e.,* si alcanzó el estándar de corroboración asociado a esa específica decisión intermedia—.

Un estándar de prueba es una regla —en sentido amplio— que contiene criterios de suficiencia probatoria que deben indicar "cuánto el acervo probatorio apoya objetivamente a las distintas hipótesis en conflicto, esto es, el grado de corroboración alcanzado por las mismas a la luz de las pruebas" (Ferrer Beltrán, 2021, p. 33). Conocer si el grado de corroboración de una hipótesis es suficiente para adoptar una determinada decisión,[48] supone saber cuál es ese grado de corroboración que la hipótesis ha alcanzado. Puesto más claramente: si no conocemos cuál

Tribunal se pronuncia también sobre el alcance que, a su juicio, debería tener la actividad judicial de supervisión de un acuerdo, que es lo que nos interesa aquí.

[48] Los procesos judiciales suelen contemplar la adopción de resoluciones intermedias que demandan algún grado de corroboración de las hipótesis del caso —por ejemplo, el encarcelamiento preventivo del imputado—. Esto explica que uno de los requisitos metodológicos para la formulación de estándares de prueba deba ser que éstos resulten capaces de reflejar la gradualidad de la exigencia probatoria a lo largo de un proceso —generalmente incremental— y de indicar el grado de suficiencia probatoria aplicable a cada una de esas decisiones intermedias (Ferrer Beltrán, 2021, pp. 100-107).

es ese nivel de corroboración, es imposible saber si es suficiente. Ahora bien, *valorar* la prueba es, justamente, dilucidar el grado de confirmación que esa prueba aporta a las hipótesis relevantes del caso. Más precisamente, determinar "el apoyo empírico que [los] elementos de juicio aportan individual y conjuntamente a las distintas hipótesis fácticas disponibles sobre lo ocurrido" (Ferrer Beltrán, 2007, p. 91).[49]

Habíamos señalado que para evaluar la validez de la renuncia de derechos resulta necesario determinar si la prueba sustenta la acusación con determinado grado de corroboración. Ahora añadimos que esa determinación no puede hacerse sin *valorar* la prueba. A la luz de estas consideraciones, el control propuesto por la SCJN podría ser insuficiente para asegurarnos que ha existido una renuncia válida, ya que —como hemos visto— el Alto Tribunal se esfuerza en dejar afuera del control judicial a la valoración de prueba. No obstante, si examinamos con atención la jurisprudencia de la SCJN encontraremos que ésta resulta más compatible con el tipo de control judicial propuesto en este trabajo de lo que pareciera a primera vista. Veamos.

En primer lugar, puede observarse que la SCJN se refiere reiteradamente a la noción de *suficiencia* de la prueba de la acusación entre aquellas cuestiones que los jueces sí deberían supervisar. Esta noción, como señalamos, se encuentra directamente conectada con el concepto de estándar de prueba —en tanto umbral de *suficiencia* probatoria— y éste a su vez, con la valoración de la prueba como mecanismo para determinar cuál es el nivel de corroboración alcanzado.

En segundo lugar, la SCJN parece conectar su rechazo de la valoración probatoria en los acuerdos con todo aquello asociado a la justificación final de la condena. Así, insiste en que el análisis sobre la prueba que debería conducir el juez está orientado a determinar el grado de sustento de la acusación y no a formar un juicio que permita "declarar el acreditamiento del delito y afirmar la responsabilidad penal del acusado".[50] Algunas ideas que expusimos anteriormente podrían acom-

[49] Sobre las diferentes teorías de confirmación de hipótesis que podrían servir como herramientas para el desarrollo de esa actividad puede consultarse Ferrer Beltrán (2007, pp. 91-138).
[50] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6389/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 30 de noviembre de 2016.

pañar una posición semejante. Dijimos que, si conceptualizamos a los acuerdos como renuncias de derechos, será esa decisión del acusado, dirigida a omitir los procedimientos ordinariamente destinados a determinar la culpabilidad, la que sustente la condena. De ahí que la verificación de un determinado grado de corroboración de la hipótesis acusatoria sea necesaria, pero no como fundamento directo de la decisión final, sino como requisito de validez de la renuncia. Con ello, las afirmaciones de la SCJN en torno a la impertinencia de la *valoración de la prueba* podrían considerarse dirigidas a precisar que la suficiencia del grado de corroboración de la acusación funciona, en el contexto de los acuerdos, como un requisito de validez de la renuncia de derechos del acusado y no como fundamento directo de la condena —ya que, como bien afirma, ello "ha sido retirado del debate por pacto expreso de las partes"—.[51]

En otras palabras, la SCJN podría estar sugiriendo que la condena dictada en el marco de un juicio abreviado no está fundada, de manera directa, en la determinación de la culpabilidad del acusado bajo el estándar de prueba aplicable en un juicio ordinario, sino que, en todo caso, uno de los presupuestos de validez del acuerdo es que la acusación tenga sustento en prueba suficiente, algo que los jueces sí deberían controlar. Como sostuvimos, esto es compatible con la conceptualización de los acuerdos como *renuncias* —y no como *especies de juicios*—. Por ello, una vez que se las interpreta de ese modo, las afirmaciones de la SCJN sobre el alcance del control judicial resultan a nuestro ver razonables. Lo que, en cambio, restringiría demasiado la supervisión judicial sería negar que en el procedimiento abreviado cualquier clase de valoración probatoria, pues —como vimos— la evaluación de la validez de la renuncia sí la exige.

Ahora bien, para interpretar de ese modo la posición de la SCJN, algunas de sus afirmaciones deberían ser matizadas. Un análisis de suficiencia probatoria no se alcanza únicamente determinando la "conexión lógica" entre la evidencia reunida o invocada y la hipótesis acusatoria. Al menos no si por "conexión lógica" se entiende, en sentido débil, el determinar si los medios de prueba ofrecidos por la fiscalía eran *relevantes* y podrían haber sido admitidos como tales para el eventual

[51] *Ibidem*.

debate.[52] Como adelantamos, el control necesario para evaluar la validez de la renuncia del acusado exige algo más: realizar las inferencias probatorias necesarias para determinar si las evidencias ofrecidas son *suficientes*, es decir, si aportan a la hipótesis el grado de corroboración que sería requerido para promover un juicio contra esa persona.

También debería ser tomada con cuidado la remisión que en algunos precedentes la SCJN efectúa al dictado del *auto de vinculación a proceso* como requisito que bastaría para garantizar la suficiencia de corroboración de la acusación y su control por parte de los jueces. En este sentido, la SCJN ha afirmado, por ejemplo, que:

> debe tomarse en cuenta también que, previo a la solicitud de apertura al procedimiento abreviado, necesariamente se habrá dictado la vinculación a proceso del imputado, en términos del artículo 389 del Código Procesal Penal del Estado de México, pues es hasta esta audiencia en que por primera vez puede plantearse su apertura.
>
> Por tanto, el análisis realizado en el procedimiento abreviado para determinar si los medios de convicción presentados por el ministerio público sustentan la acusación, no se realiza por primera vez en esta forma de terminación anticipada, sino que ha sido hecho, a su vez, por el juez de control al momento del dictado del auto de vinculación al proceso. En efecto, al determinar la procedencia del procedimiento abreviado, el juzgador suma a lo ya estudiado en el auto de vinculación, el análisis de la aceptación del imputado de su participación en el delito, así como, en su caso, las posibles modificaciones de la acusación o la pena que se solicita imponer.[53]

Complementariamente, al analizar el nivel de justificación necesario para dictar ese auto de vinculación, la SCJN ha señalado que:

> basta con que el juez encuadre la conducta a la norma penal, que permita identificar, independientemente de la metodología que adopte, el tipo penal aplicable.

[52] Sobre la noción de relevancia como conexión lógica entre el medio de prueba y la hipótesis a comprobar puede consultarse Taruffo (2008, pp. 39-41) y Dei Vecchi (2020, pp. 34-40).
[53] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6389/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 30 de noviembre de 2016.

> Este nivel de exigencia es acorde con los efectos que genera dicha resolución, los cuales se traducen en la continuación de la investigación...[54]

Si el dictado de un auto de vinculación a proceso exige tan solo "encuadrar la conducta en una norma" para "identificar el tipo penal aplicable", esto podría resultar insuficiente para cumplir con el requisito de validez de la renuncia que aquí analizamos, sobre todo porque las razones en las que la SCJN justifica el establecimiento de una exigencia tan débil son los efectos de esa resolución, que no serían más que la *continuación de la investigación*. Ahora bien, si la pesquisa continúa, entonces el caso podría no estar listo para promover la realización del debate y tampoco para proponer un acuerdo de culpabilidad. En esta medida, si bien el previo dictado del auto de vinculación a proceso podría resultar una condición *necesaria* para solicitar la apertura del procedimiento abreviado,[55] esto no sería *suficiente* para evaluar la validez de la renuncia a menos que el control propio de esa etapa incluyese verificar si la hipótesis acusatoria goza del nivel de justificación exigido para provocar la realización del juicio. Dependiendo, entonces, de cómo se interprete ese control probatorio previo, éste resultará o no suficiente para satisfacer la exigencia probatoria asociada a la válida proposición de un acuerdo.

Para finalizar, veamos uno de los riesgos que puede presentar una interpretación muy débil sobre la exigencia de suficiencia probatoria como condición de la validez de la renuncia del acusado. Obsérvese el siguiente caso en el que, luego de la

[54] Sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 87/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 1° de febrero de 2017. Vale aclarar que en este precedente la SCJN analizaba el artículo 280 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua. La norma establecía, en lo que nos interesa, que el dictado del auto de vinculación a juicio exigía que "de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión". La regla que actualmente rige el punto en el ámbito nacional, esto es, el artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales, indica que "se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo". Restaría determinar si este agregado sobre la "razonabilidad de los indicios" —tendientes a acreditar la existencia del delito y la intervención del acusado— sería suficiente para cambiar la posición de la SCJN en torno al grado de suficiencia probatoria exigible para el dictado de la resolución en cuestión.

[55] Así lo dispone, en efecto, el artículo 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

celebración de un procedimiento abreviado, el imputado alegó haber sido víctima de torturas. La SCJN afirmó:

> [d]ebido a la propia naturaleza del procedimiento abreviado, es posible concluir que, en este caso, el alegato de la supuesta tortura o incomunicación no refleja un impacto procesal en tanto en el procedimiento abreviado no se examinan pruebas y estas tampoco son el fundamento de la sentencia. Lo que ha tenido efectivo impacto procesal ha sido la propia aceptación del imputado de ser juzgado con los hechos y medios de convicción tal como obran en la carpeta de investigación, mismos que se han sustraído del debate procesal que para efectos del dictado de una sentencia sólo es propio del juicio oral, pero cuya congruencia y suficiencia han sido tomadas en cuenta por el juzgador a efectos de que la condena no se base exclusivamente en la sola aceptación del imputado de su participación en el delito.[56]

Sin abrir juicio sobre el acierto o error de la solución aplicada a las concretas circunstancias de esa causa, que no son analizadas aquí, es equivocado creer que la ilegalidad en la obtención de la prueba (en este caso, a raíz de la alegada aplicación de torturas) jamás podría tener *impacto procesal* luego de que el acusado haya aceptado un acuerdo de culpabilidad. Podría suceder, por ejemplo, que esas denuncias mostrasen que parte de la evidencia que sustentaba la acusación debía ser excluida (en el supuesto examinado, por razones extrínsecas, asociadas a la violación de algún derecho fundamental) y que la restante no resultase suficiente para aportar el nivel de corroboración exigido para llevar el caso a juicio. En este escenario, la renuncia de derechos no debería ser admitida, ya que el Estado no estaba en condiciones de proponer válidamente el procedimiento abreviado.

En suma, la afirmación genérica de que en el procedimiento abreviado "no se examinan pruebas", aunque sea cierto que ellas no son el fundamento *directo* de la sentencia, puede llevar a resultados indeseables, al desatender una de las condiciones en las cuales la renuncia de derechos del acusado puede reputarse válida.

[56] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6389/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 30 de noviembre de 2016.

V. Control externo de los acuerdos: el recurso contra la condena

Como adelantamos, en países de la tradición jurídica anglosajona, como los Estados Unidos, los fiscales suelen incentivar la inclusión de una cláusula de renuncia de la facultad del acusado de recurrir la sentencia de condena en el marco de las negociaciones del *plea bargaining* (Kamisar *et al.*, 2008, p. 1495). En este apartado final, sin embargo, intentaremos mostrar que no hay buenas razones para sostener que el derecho al recurso sea una de las prerrogativas de renuncia *necesaria* en el contexto de los acuerdos de culpabilidad, ni tampoco para incentivar esa clase de práctica.

En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de confrontar la acusación o con la exigencia de que la culpabilidad sea probada más allá de toda duda razonable, no existe ninguna inconsistencia conceptual entre la declaración de conformidad con la hipótesis acusatoria, propia de un acuerdo de culpabilidad, y la preservación de una facultad recursiva. Para comenzar, no es razonable interpretar que la conformidad del acusado implica consentir la condena en todos sus términos. Primero, su contenido es desconocido de antemano, ya que el acuerdo podría ser alterado por el juez.[57] Por otra parte, la condena depende de la previa determinación de la validez de la conformidad y sería una petición de principios afirmar que la conformidad es válida simplemente porque el acusado ya la ha prestado. Dicho de otro modo, dado que existen requisitos que deben verificarse para hacer válido el acuerdo, independientes de la mera existencia de esa conformidad, no resulta para nada incoherente mantener un control externo, ante la eventualidad de que los controles internos hayan estado ausentes o hayan sido ejercidos defectuosamente (como sucedería, por ejemplo, en casos de asistencia técnica ineficaz o de control judicial insuficiente).

[57] En este sentido, Dias explica que "el condenado debe saber cuál es el contenido de la sentencia para poder recurrir" y, "[s]i de antemano se lo obliga a renunciar a las vías recursivas, o directamente no se prevé la posibilidad de apelar, se estaría cercenando el derecho, más que restringiéndolo legítimamente" (2015, p. 238).

En segundo lugar, debemos tener en consideración que, aunque se respeten todos los resguardos sugeridos en este trabajo, los mecanismos consensuales siguen siendo procedimientos que reducen la cantidad de testeos y controles a los que, ordinariamente, es sometida una acusación. No parece aconsejable, por ende, suprimir otros mecanismos de supervisión si esto no es imprescindible,[58] máxime si se repara en que, en el contexto de los ordenamientos procesales latinoamericanos, el recurso contra la condena sí tiene estatus constitucional o convencional.

Ahora bien, esto no significa que el alcance de la impugnación deba ser equivalente al que se prevé respecto de la sentencia dictada en el marco de un juicio ordinario. Del mismo modo que sucedía con el problema de la justificación epistémica, el ejercicio del recurso contra la condena también puede depender de la significación que se otorgue a los acuerdos y a la conformidad del acusado. En este sentido, si el recurso es un remedio para revisar si se han satisfecho las condiciones de legitimidad de la condena y corregir posibles errores, es importante conocer en primer lugar cuáles son esas condiciones. Como hemos visto, ello podría depender de la significación que se otorgue al acuerdo: si es entendido como un *juicio*, el recurso podría dirigirse a reexaminar si se alcanzó el estándar de certeza, o más allá de toda duda razonable; en cambio, si se lo conceptualiza como una *renuncia de derechos*, el objeto del reexamen serán las condiciones de validez de esa decisión.

Complementariamente, debemos considerar una cuestión adicional: el control que se implemente mediante un recurso abarcará también la *supervisión de la supervisión* desarrollada por el juez que homologó el acuerdo, lo que servirá para descartar que ésta haya sido insuficiente y, además, para evaluar si acaso el juez se ha extralimitado.

[58] En un reciente estudio sobre la utilización de los acuerdos en distintas jurisdicciones del mundo, Langer explica que las diferentes adaptaciones de estos procedimientos de omisión del juicio comparten un elemento común de *administratización* del proceso. Según explica, "las condenas basadas en el consentimiento del acusado y en la evidencia recolectada en procedimientos administrativos le otorga mayor poder a la policía, a otras agencias administrativas y a la fiscalía, quienes los desarrollan en la medida en que no son cuestionados ni responsabilizados a través de un juicio y dado que sus decisiones de detener e imputar a un individuo por un determinado delito pueden no ser accesibles o transparentes para terceros, los ciudadanos o los medios de comunicación" (2019, p. 25).

Teniendo en cuenta estos puntos de partida, revisaremos a continuación distintos escenarios en los que podría ejercerse una facultad recursiva tras un acuerdo y, en cada caso, examinaremos qué tipo de facultad recursiva sería coherente —por un lado— con el modo en que hubiera sido conceptualizado el acuerdo precedente y —por el otro— con las características del control desarrollado por el juez. Presentaremos un primer escenario en el cual (i) el juez rechaza el acuerdo; luego, (ii) el caso del juez que homologa el acuerdo, pero altera sus términos y, por último, (iii) el caso del juez que homologa el acuerdo y respeta todos sus términos.

En el primer escenario, es claro que la resolución provocaría un agravio a quienes propusieron el acuerdo, entendido como una contradicción entre lo pretendido y lo resuelto, o la afectación de un interés legítimo del recurrente (Maier, 2011, p. 286). Los motivos de agravio de la impugnación dependerán, claro, de las razones que hubieran sustentado la negativa del juez y éstas, a su vez, de cómo sea conceptualizado el acuerdo.

Si se considerara al acuerdo como *juicio*, entonces el juez podría rechazarlo si considerase que la hipótesis acusatoria no ha quedado probada más allá de toda duda razonable. En tal caso, la impugnación no diferiría demasiado de aquella que podría seguir a la condena en un juicio ordinario. Es que, de acuerdo con esta perspectiva, la conformidad del acusado podría aportar, eventualmente, algún grado de corroboración a aquella hipótesis, pero no alteraría las condiciones de legitimidad de la condena, que debería seguir sosteniéndose en la comprobación de la culpabilidad bajo el mismo estándar aplicable a un juicio ordinario.

Esto no tendría sentido si se entendiese al acuerdo como un procedimiento de *renuncia de derechos*, porque desde esta otra perspectiva la corroboración más allá de toda duda razonable no es una de las condiciones necesarias para el dictado de la condena. Sin embargo, el juez sí podría rechazar el convenio si considerase, por ejemplo, que la fiscalía no ha alcanzado el estándar de corroboración necesario para formular debidamente la propuesta, o que ha amenazado al acusado con el anuncio de una pena desproporcionada para el caso de que optase por el debate (*trial penalty*), o que la defensa no ha asistido debidamente al imputado

durante el procedimiento, etcétera. Estos asuntos podrían ser objeto de impugnación y, como veremos seguidamente, algunos de ellos podrían involucrar una discusión sobre valoración probatoria.

En el segundo escenario, el juez ha homologado el acuerdo, pero ha alterado sus términos. Aquí también es clara la configuración del agravio, en la medida en que existe una diferencia entre lo pretendido y lo resuelto.

Ahora bien, ¿podría el juez que controla el acuerdo no respetar sus términos? Para contestar ese interrogante, deberíamos preguntarnos si todos los asuntos que las partes convienen en un acuerdo de culpabilidad se encuentran *en sus manos* y esto depende en gran medida del modelo procesal subyacente. Si concebimos al proceso como una disputa entre partes iguales, dueñas de su contienda, es posible que la cantidad de asuntos que queden en sus manos sea mayor, pero si no adoptamos un principio dispositivo de esa clase, entonces varios asuntos quedarán fuera de su esfera de control.[59] Si considerásemos que todos los asuntos que forman parte del acuerdo están completamente en manos de las partes, entonces veríamos a la resolución que se aparta de sus términos como una extralimitación jurisdiccional, esto es, un comportamiento del juez que excede su ámbito de competencia.

Sin embargo, aun en los sistemas procesales más semejantes al modelo de la disputa —y mucho más en aquellos que se distancian de él— existirán varias clases de reglas cuya disponibilidad por las partes podría ser controversial. Piénsese en el caso de las reglas vinculadas a la modalidad de las penas. En el caso argentino, para poner un ejemplo, el Código Penal establece que quien registra antecedentes criminales y comete un nuevo delito (sin que hubiera transcurrido entre uno y otro evento un tiempo determinado por la ley) no puede ser beneficiado con una condena de ejecución condicional, sino que deberá cumplirla de manera efectiva. ¿Podrían el fiscal y el imputado pactar una pena en suspenso en un caso donde este último registre antecedentes condenatorios? Esto resultaría

[59] El contenido de los modelos procesales de la *disputa* y de la *investigación oficial*, que sirven de marco a este análisis, puede consultarse en Langer (2005, pp. 114-123).

problemático, evidentemente, si considerásemos que las normas aplicables al asunto, dotadas de legitimidad democrática, sólo pueden ser dejadas de lado mediante una declaración de invalidez o inconstitucionalidad, en razón de un deber de reserva o de sometimiento general a la ley.[60]

Una vez establecido que podrían existir algunos asuntos reservados al control jurisdiccional, cabe preguntarse cuál debería ser el comportamiento del juez que supervisa un acuerdo que incumple alguna de esas reglas indisponibles. Parece claro que un acuerdo que no respetara, por ejemplo, las reglas vinculadas al monto y modalidad de la pena en expectativa podría ser rechazado sin que el magistrado excediera su ámbito de competencia. En este caso, el motivo de agravio del eventual recurso podría estar dirigido a discutir las consideraciones que hubieran llevado al juez a entender que tales reglas no habían sido respetadas (en el caso del ejemplo, podría cuestionarse el modo en que el juez contabilizó el tiempo transcurrido desde el antecedente registrado hasta el nuevo crimen).

Pero ¿podría el juez homologar el acuerdo *ajustando* sus términos a las reglas inobservadas? Éste sería el caso del juez que homologa un acuerdo en el que había sido acordada una pena en suspenso, pero aplica una pena de cumplimiento efectivo, con el señalamiento de que las normas aplicables al caso así lo ordenan. Como regla, la respuesta debería ser negativa. Si el juez procediera de ese modo, estaría resolviendo el caso más allá de la pretensión acusatoria, al aplicar una clase de pena que no fue solicitada por el fiscal. Por aplicación de distintas reglas de garantía, cuya existencia y alcances mínimos están, en general, fuera de controversia,[61] ese comportamiento no debería estar autorizado. En pocas palabras, alterar los términos del acuerdo en perjuicio del acusado hace desaparecer la validez de su conformidad y la existencia misma del acuerdo como tal.

[60] Este argumento de reserva de ley no operaría, claro, si el apartamiento de alguna regla legal no es tal, ya que alguna otra regla lo autoriza. Por ejemplo, si una norma que autorizase que los acuerdos operen por debajo del punto más bajo de las escalas penales previstas para los delitos, o permitiese apartarse de las reglas sobre la ejecución de la pena, etcétera.

[61] Tal como aquella que exige una correlación entre la acusación y la sentencia, en resguardo del derecho de defensa en juicio; o bien el principio acusatorio, entendido aquí como exigencia de separación entre las funciones de acusar y juzgar, con la consiguiente prohibición de que el juez ejerza funciones requirentes o promotoras de la acusación.

En este segundo escenario, en síntesis, una conducta respetuosa de los límites del rol que cabe al juez sería la de rechazar el juicio abreviado, pero no la de mantenerlo y modificar lo que fue acordado por las partes. Si hiciera esto último, la resolución debería poder ser impugnada para denunciar esa extralimitación jurisdiccional. El triunfo de ese recurso no debería conducir a la homologación de un acuerdo ilegal —si es que las partes, de hecho, lo habían propuesto en violación de alguna norma— pero sí a dejar sin efecto una "homologación" que, en rigor de verdad, no es tal, pues ha alterado oficiosamente lo convenido de un modo más gravoso para el acusado.[62]

El tercer y último escenario es aquel en el cual el juez ha resuelto condenar sin alterar los términos del acuerdo. En tal caso, no es fácil pensar en un agravio que pudiera ser canalizado a través de un recurso, ya que no hay una contradicción entre lo pretendido y lo resuelto. Podríamos concluir, entonces, que no debería reconocerse al acusado la facultad de impugnar esa decisión. Sin embargo, consideramos que esa conclusión sería apresurada. Y aquí aparece, una vez más, y con claridad, la importancia de conocer cuál es el tipo de juicio abreviado con el que estamos tratando.

Si consideramos que los acuerdos son una *especie de juicio*, entonces no hay buenas razones para hacer distinciones en relación con la impugnación subsiguiente. Sabemos que, desde esta perspectiva, la legitimación de la condena no depende de la expresión de voluntad del acusado, sino de que se haya alcanzado un determinado estándar de prueba sobre su culpabilidad. Por tanto, la sentencia de condena que es producto de un procedimiento abreviado puede considerarse tan agraviante como aquella que hubiera seguido a un procedimiento ordinario. El corolario de esto es que esa sentencia debería poder impugnarse mediante un recurso amplio, que permitiese revisar si la culpabilidad del acusado fue corroborada más allá de toda duda razonable.

[62] Es posible que esta clase de desajustes exhiban también una actuación defectuosa de la defensa, asociada a la generación de expectativas en el acusado que, sin embargo, no podrían ser razonablemente incluidas en el acuerdo.

En cambio, si conceptualizamos a los acuerdos como *renuncias de derechos*, el alcance de la facultad recursiva podría ser distinto al que se prevé en caso de juicios ordinarios. En este sentido, el TEDH ha afirmado:

> [Es] normal que el alcance del ejercicio del derecho a la revisión en apelación sea más limitado con respecto a la condena basada en un acuerdo, el cual representa una renuncia del derecho a que sea examinado el mérito de la acusación contra el acusado, que con respecto a una condena basada en un juicio penal ordinario.[63]

Ahora bien, ¿qué quiere decir que el recurso resulte *limitado*? Según veremos, el recurso solamente resultará limitado si se lo compara con aquel que seguiría a la sentencia dictada tras un procedimiento ordinario. En cambio —como veremos— si se atiende a las características peculiares del procedimiento abreviado, esa "limitación" no es tal.

La impugnación de la condena que es producto de un acuerdo podría, por ejemplo, negar que la hipótesis acusatoria hubiera alcanzado el grado de corroboración suficiente para la formulación de la propuesta, o alegar que la fiscalía empleó *trial penalties* para presionar indebidamente al acusado, o plantear que ha existido un supuesto de defensa técnica ineficaz, etcétera. Como hemos visto, la verificación de estas condiciones no depende de la mera existencia de conformidad por parte del acusado, de manera que, si existiesen problemas al respecto y fueran denunciados mediante el ejercicio de una vía recursiva, tales cuestiones deberían ser reexaminadas.

Ahora bien, dado que ésas son, justamente, las condiciones de legitimidad de la decisión en el caso de los acuerdos, un recurso que permitiera discutirlas sería un recurso que habilitaría la *revisión integral de esa clase de condena* y satisfaría, en esa medida, las exigencias convencionales.[64] De ese modo, la "limitación" vendría

[63] TEDH, *Natsvlishvili*, §93.

[64] Artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con la interpretación que de esa cláusula ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Para mayores precisiones sobre el alcance del derecho al recurso en la jurisprudencia del Tribunal de San José puede consultarse, en este mismo Manual, el trabajo de Javier Mariezcurrena.

dada únicamente por la imposibilidad de discutir si la culpabilidad ha sido corroborada más allá de toda duda razonable, pero ello, en rigor de verdad, no quedaría excluido por restricciones en el alcance de la impugnación, sino simplemente porque no forma parte de las condiciones de validez del acuerdo de culpabilidad. No obstante, también sería equivocado afirmar que el recurso no admite como agravio uno que remita al análisis de suficiencia probatoria, debido a que —como se ha visto— la impugnación bien podría dirigirse a cuestionar la evaluación de ese punto en tanto requisito de validez de la renuncia.

En definitiva, no es cierto que los recursos, en el caso de los acuerdos, sean siempre limitados, ni es cierto que esté completamente vedado, por medio de ellos, cuestionar la prueba de la culpabilidad. Por el contrario, la impugnación debería dar al tribunal revisor la posibilidad de examinar la validez de la renuncia del acusado y, con ello, la suficiencia de la prueba presentada por la fiscalía para proponer el acuerdo.

VI. Algunas conclusiones

A modo de recapitulación, caben las siguientes conclusiones.

Como se ha visto, por fuera de aquellas posiciones que consideran que los acuerdos no son procedimientos legítimos, éstos pueden ser caracterizados como *especies de juicios* o como *renuncias de derechos*. Según el caso, la legitimidad de la condena dependerá, de manera directa, de un determinado grado de corroboración de la culpabilidad del acusado —por ejemplo, prueba más allá de toda duda razonable—, o bien de la decisión del imputado de omitir el juicio ordinario y la producción, en ese contexto, de prueba sobre su culpabilidad.

En el modelo de la renuncia, entre los derechos que el imputado deja de lado cuando presta conformidad con el procedimiento abreviado se encuentran, necesariamente, su derecho de confrontar la acusación y su derecho a que la condena se justifique, de manera directa, en la corroboración de que su culpabilidad ha sido acreditada más allá de toda duda razonable. Esto no significa que no sea posible

alcanzar este estándar en el contexto de los acuerdos, sino simplemente que ello no resulta exigible.

La conceptualización de los acuerdos como renuncias de derechos no implica, sin embargo, que la condena resultante carezca de toda justificación epistémica, ya que para descartar el carácter coercitivo de la propuesta de la fiscalía debe verificarse el cumplimiento de determinadas condiciones que tienen repercusiones epistémicas positivas.

Una de estas condiciones de validez de la renuncia es que la fiscalía sólo puede proponer un acuerdo de culpabilidad a un acusado que esté en condiciones de llevar a juicio, de manera que la hipótesis acusatoria debe haber alcanzado el grado de corroboración necesaria para promover la realización del juicio.

En consecuencia, el control judicial sobre los acuerdos puede comprender tareas de valoración probatoria y de decisión sobre los hechos, no como justificación *directa* de la decisión condenatoria, pero sí como parte de la evaluación acerca de la validez de la renuncia en la que se apoya la condena.

Finalmente, el ejercicio de facultades recursivas contra la condena no es incoherente con la celebración de un acuerdo de culpabilidad y puede funcionar como un remedio para los casos en los que los jueces se aparten indebidamente del acuerdo formulado por las partes, o bien para controlar la observancia de los requisitos de legitimidad de esos procedimientos.

Bibliografía

ALEXY, R. (2002), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

AMAYA, A. (2010), "Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho", *Discusiones*, núm. X, pp. 21-64.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2007), *En torno a la jurisdicción*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007.

BIBAS, S. (2004), "Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial", *Harvard Law Review*, vol. 117, núm. 8, pp. 2463-2547.

BLANK, D. P. (2000), "Plea Bargain Waivers Reconsidered: A Legal Pragmatist´s Guide to Loss, Abandonment and Alienation", *Fordham Law Review*, vol. 68, núm 6, pp. 2011-2095.

CÓRDOBA, G. (2005), "El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación", en Maier, J. B. J. y Bovino, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 229-250.

DAMAŠKA, M. R. (1997), "Evidence Law Adrift", Yale University Press, New Haven & London. Citado por la trad. de J. Picó i Junoy, *El derecho probatorio a la deriva*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

DEI VECCHI, D. (2020), "Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión", en Rovatti, P. y Limardo A. (dirs.), *Pensar la prueba*, vol. 1, Buenos Aires, Editores del Sur, pp. 27-54.

DIAS, L. (2015), "Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Pensar en derecho*, núm. 6, pp. 195-243.

DÍAZ, E. M. (2017), *Sobre la verdad y la protección de la inocencia en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc.

_____, (2019), *Condenas erróneas en los Estados Unidos*, Buenos Aires, Ad Hoc.

DÍAZ CANTÓN, F. (2005), "Juicio abreviado vs. estado de derecho", en Maier, J. B. J. y Bovino, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 251-276.

DOUGLASS, J. G. (2001), "Fatal Attraction? The Uneasy Courtship of Brady and Plea Bargaining", *Emory Law Journal*, vol. 50, pp. 437-5118.

FARRELL, M. y SPECTOR, H. (1992), "Dos tesis sobre amenazas y ofertas", en Cornblit, O. (comp.), *Libertad y Mercado*, Buenos Aires, Macchi.

FERRAJOLI, L. (1989), "Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale", Roma, Laterza y Figli. Citado por la trad. de P. Andrés Ibáñez et al., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

FERRER BELTRÁN, J. (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

_____, (2021), *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons.

GRIMALTOS, T. (2009), "Creencia, aceptación y conocimiento", *Episteme*, vol. 29, núm. 1, pp. 35-50.

KAMISAR, Y., LAFAVE, W. R., ISRAEL, J. H., KING, N. J. y KERR, O. S. (2008), *Advanced Criminal Procedure*, 12a ed., Thompson/West, St. Paul, Minnesota.

KASSIN, A. M. (2012), "Why Confessions Trump Innocence", *American Psychologist*, vol. 67, núm. 6, pp. 431-445.

KIPNIS, K. (1976), "Criminal Justice and the Negotiated Plea", *Ethics*, vol. 86, pp. 93-106.

LANGER, M. (2004), "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal*, 2004, vol. 45, pp. 1-64. Citado

por la trad. de L. Tassara: "De los trasplantes a las traducciones legales: la globalización del plea bargaining y la tesis de la `americanización´ en el proceso penal", *Discusiones*, núm. 21, 2018, pp. 25-134.

_____, (2005), "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en Maier, J. B. J. y Bovino, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, pp. 97-133.

_____, (2006), "Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure", *American Journal of Criminal Law*, vol. 33, pp. 223-299.

_____, (2021), "Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions", *Annual Review of Criminology*, vol. 4, pp. 377-411.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. e INCHAUSTI, F. G. (2018), "¿Por qué se conforman los inocentes?", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, pp. 1-28.

LAUDAN, L. (2006), *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press. Citado por la trad. de C. Vázquez y E. Aguilera, *Verdad, error y proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

LIMARDO, A. (2018), "Control judicial de la acusación: alcance y operatividad respecto del mérito de la prueba", en Rúa, G. (dir.), Limardo, A. y Rovatti, P. (coords.), *Estudios sobre el sistema penal adversarial*, Buenos Aires, Didot, pp. 95-126.

LIPPKE, R. L. (2011), *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford University Press, Oxford.

MAIER, J. B. J. (2004), *Derecho Procesal Penal*, t. I., 2a. ed., Buenos Aires, Del Puerto.

_____, (2004b), "¿Es la inmediación una condición de la condena penal?", *Jueces para la democracia*, núm. 49, pp. 13-20.

_____, (2011), *Derecho procesal penal*, t. III, Buenos Aires, Del Puerto.

MANZANERO, A. L. (2010), *Memoria de testigos*, Madrid, Ediciones Pirámide.

PÉREZ BARBERÁ, G. (2020), "Prueba legítima y verdad en el proceso penal I: la independencia metafísica de la verdad", *Isonomía*, núm. 52, pp. 5-29.

PETEGORSKY, M. N. (2013), "Plea Bargaining in the Dark: The Duty to Disclose Exculpatory Brady Evidence during Plea Bargaining", *Fordham Law Review*, vol. 81, ps. 3599-3650.

ROVATTI, P. (2020), "Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos", *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm.1, pp. 31-66.

SANCINETTI, M. A. (2010), "Avenimiento y mediación: ¿la pena como `objeto de negocios jurídicos´?", *El Dial.com*, año XIII, 3043.

SCHAFFER, J. (2005), "What shifts? Thresholds, Standards, or Alternatives?", en Preyer, G. y Peter, G. (eds.), *Contextualism in Philosophy: Knowledge, Meaning and Truth*, pp. 115-130.

TARUFFO, M. (1992), *La prova dei fatti giuridici*, Giuffré Editore, Milán. Citado por la trad. de J. Ferrer Beltrán, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2011.

_____, (2008), *La prueba*, trad. de L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons.

_____, (2010), "Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial", trad. de P. Salazar Ugarte y P. Vázquez Sánchez, en Cruz Parcero, J. A. y Laudan, L. (comps.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, México, UNAM - Instituto de Investigaciones Filosóficas, pp. 45-74.

VARELA, A. (2020), "Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba `hearsay´ en el derecho anglosajón", en Ledesma, A. E. (dir.) y Lopardo, M. (coord.), *El debido proceso penal*, vol. 2, Buenos Aires, Hammurabi, pp. 179-218.

VELEDA, D. (2020), "La influencia de las partes en la determinación del objeto de la prueba", en Rovatti, P. y Limardo A. (dirs.), *Pensar la prueba*, vol. 1, Buenos Aires, Editores del Sur, pp. 257-294.

_____, (2021), "La decisión sobre la quaestio facti en los acuerdos de culpabilidad", *Quaestio Facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 2, pp. 155-184.

WERTHEIMER, A. (1979), "The prosecutor and the gunman", *Ethics*, vol. 89, núm. 3, pp. 269-279.

WILFORD, M. (2014), "Bluffed by the dealer: Distinguishing false pleas from false confessions", *Graduate Theses and Dissertations*, Iowa State University, 13877. Disponible en: «https://lib.dr.iastate.edu/etd/13877».

Capítulo IX

Derecho al recurso, principio de inmediación y diálogo jurisprudencial entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Javier Mariezcurrena*

* Abogado, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Maestro en Derecho Internacional de Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Abogado Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Algunas de las reflexiones que se presentan en este texto provienen del diálogo con Pablo Rovatti, coordinador del Manual, cuando coincidimos en el programa de litigio internacional de la defensa pública federal argentina, donde buena parte de los casos presentados ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se referían al derecho al recurso. A él un especial agradecimiento, además, por la atenta lectura y discusión de una versión preliminar de este trabajo.

Derecho al recurso, principio de inmediación y diálogo jurisprudencial entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. I. Introducción; II. El derecho al recurso en el derecho internacional de los derechos humanos; III. El derecho al recurso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana; IV. El derecho al recurso en la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana: valoración de la prueba, principio de inmediación y revisión integral de la condena; V. Conclusiones.

I. Introducción

El derecho al recurso reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, "CADH" o "Convención Americana") es, sin lugar a dudas, una de las garantías judiciales mínimas que mayores debates interpretativos ha generado en las últimas décadas. Este trabajo sistematiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH" o "Corte Interamericana") en la materia, desde sus primeros pronunciamientos hasta los más recientes, y explora algunos de los principales impactos que los estándares allí establecidos tienen en los procedimientos penales de los Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica.

Esta tarea de sistematización, por un lado, permitirá identificar los problemas interpretativos más salientes que ha debido enfrentar la Corte Interamericana y, con ello, las tensiones más recurrentes entre la regulación propia de los procedimientos nacionales y las exigencias del derecho internacional y, por el otro lado, reflexionar sobre los fundamentos del derecho y los requisitos que debería reunir un recurso, más allá de su nombre jurídico, para garantizar adecuadamente el derecho reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana.

Si bien son variados los problemas específicos que podrían abordarse, el aspecto más importante en términos de impacto en las regulaciones domésticas y que ha concitado mayor atención de la doctrina es el de la delimitación de la integralidad de la revisión o, con otras palabras, la determinación de la materia revisable. Hasta tiempos recientes, en muchos Estados parte una extendida tradición procesal dejaba fuera de los confines de la impugnación de la condena la revisión de las cuestiones relativas a hechos y pruebas.

Sin embargo, la consideración del recurso contra la condena como un derecho elemental de toda persona, que trajo consigo el derecho internacional de los derechos humanos, implicó un reordenamiento de sus valores fundantes: si la preocupación por el error judicial —en especial, el error que conduce a la condena de una persona inocente— es parte fundamental del derecho, la exclusión de las cuestiones fácticas y probatorias no parece ser una opción compatible con la garantía. Éste ha sido el entendimiento de la Corte Interamericana, al exigir un examen o revisión "integral" del fallo y esta jurisprudencia ha tenido un significativo impacto en los procesos penales latinoamericanos.

No obstante, esta nueva comprensión del recurso no ha estado exenta de dificultades a la hora de delimitar, con alguna precisión, la frontera que separa las cuestiones revisables de las no revisables en materia de valoración de la prueba y determinación de los hechos y encontrar el equilibrio entre la necesidad de garantizar el derecho a una revisión amplia de la condena y los alcances y fundamentos del llamado principio de inmediación.

II. El derecho al recurso en el derecho internacional de los derechos humanos

En las últimas décadas y, especialmente, en los últimos años, el derecho internacional de los derechos humanos ha resignificado el derecho nacional en muchos Estados de nuestra región. En algunos casos el derecho nacional se vio respaldado por la normativa y la jurisprudencia internacional, en ciertas ocasiones el derecho internacional amplió los márgenes del derecho doméstico y, en otros casos, decididamente, lo ha confrontado.

Hay, finalmente, ocasiones en las cuales, sin que necesariamente se presenten como una contradicción, la jurisprudencia internacional, a la vez que va precisando el alcance de una disposición contenida en un tratado, le impone numerosos desafíos al derecho interno de los Estados. Esto último ocurre con la regulación del derecho a recurrir el fallo y sus múltiples dimensiones y consecuencias.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, "SIDH" o "Sistema Interamericano"), la Convención Americana reconoce el derecho al recurso en su artículo 8.2.h de la siguiente manera:

> Artículo 8. Garantías Judiciales […]
>
> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
>
> […] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Evidentemente, la brevísima formulación de la norma y su característica de ser una disposición abierta no favorecen una interpretación simple y unívoca; por el contrario, dejan numerosas cuestiones fundamentales libradas a la interpretación internacional y nacional en un asunto que, de por sí, no está exento de complejidades.

Frente a esta redacción lacónica de la cláusula, el recurso a los trabajos preparatorios de la Convención Americana podría ser de utilidad para buscar mayores explicaciones o precisiones sobre el alcance y contenido del derecho, pero tampoco resulta de mucha ayuda. En las Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la única referencia que consta sobre la materia, cuando se deliberaba la redacción de la disposición que finalmente se convertiría en el artículo 8 del Pacto de San José, es una observación del delegado de Ecuador quien advirtió que "en algunos países hay dos instancias, pero puede ser que en otros haya hasta tres. Por lo tanto, sugi[rió] que se diga `derecho a recurrir del fallo ante el tribunal superior´, proposición que [fue]

sometida a votación y aprobada".[1] De esta manera, su propuesta modificó la redacción original del entonces artículo 7.i del Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos que reconocía "el derecho al recurso ante un tribunal superior, del fallo de primera instancia".[2]

A diferencia de muchos de los derechos reconocidos en los tratados fundantes del derecho internacional de los derechos humanos que, en general, reproducen en mayor o menor medida varios de los derechos y garantías incluidos en las constituciones nacionales, el reconocimiento del derecho al recurso es novedoso; se trata de un derecho, en el ámbito internacional, nuevo o, si se prefiere, joven. En efecto, las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos, ambas de 1948, no reconocen el derecho al recurso y tampoco lo hace la Convención Europea en su versión original de 1950 —incluso, en el ámbito europeo este derecho aparece más de tres décadas después, en 1984, en el Protocolo 7 al Convenio Europeo y con una formulación muy diferente a la de los sistemas interamericano y universal—.[3]

A pesar de su inexistencia inicial en el derecho internacional de los derechos humanos, lo cierto es que los distintos órdenes jurídicos nacionales reconocen, con un sinnúmero de especificidades, diferentes mecanismos de supervisión del juicio y la sentencia, previendo alguna instancia y medio que, fundamentalmente, resuelva impugnaciones que puedan hacerse en caso de una sentencia condenatoria. Ello se hace con una enorme diversidad en cuanto a los tipos de medios de impugnación, la competencia de los órganos revisores, entre muchas otras particularidades [Weissbrodt y Wolfrum (eds.), 1998].

---

[1] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, D.C.OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 202.

[2] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Actas y Documentos, p. 17.

[3] El Protocolo 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado el 22 de noviembre de 1984, establece en su artículo 2:

> 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley.
>
> 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

La aparición en el ámbito de los tratados internacionales del derecho al recurso sucede en 1966, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que lo reconoce mediante una mejor formulación, más clara y completa, que su homóloga americana. En efecto, el artículo 14.5 del Pacto establece: "[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".[4]

Los trabajos preparatorios del Pacto enseñan que esta disposición "fue considerada por la mayoría de los representantes como una garantía importante" y que "expresaba un principio que debía ser aplicado por los Estados de conformidad a los métodos que ellos considerasen apropiados" (Bossuyt, 1987, p. 310).

III. El derecho al recurso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

El derecho al recurso contra la sentencia penal condenatoria es un derecho humano que integra el conjunto de derechos de debido proceso o garantías judiciales, que ha recibido una significativa atención por parte de la Corte Interamericana. Hay una importante y rica jurisprudencia acerca del derecho reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana.

En este trabajo no se presentará un relevamiento de cada uno de los casos que resolvió el Tribunal de San José sobre la materia, sino que se pondrá el foco en aquellas decisiones más importantes y que han marcado ciertos hitos que han servido para resolver y precisar diferentes cuestiones sobre el alcance y contenido del derecho al recurso.

En su competencia consultiva, tan temprano como 1991, la Corte Interamericana se vio requerida por primera vez a tratar la cuestión del derecho al recurso y de responder a una solicitud presentada por el Estado de Costa Rica respecto de la

[4] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

compatibilidad de un proyecto de ley —que, entre otras reformas, creaba un Tribunal de Casación Penal— con el artículo 8.2.h de la Convención Americana.[5]

Sin perjuicio de que la Corte IDH entendió que el proyecto de ley tendía a corregir para el futuro problemas con el derecho al recurso, decidió ejercer su facultad de no responder a la consulta puesto que había casos en trámite sobre la materia contra Costa Rica ante la Comisión Interamericana. El Tribunal regional consideró que responder las preguntas del Estado y emitir su opinión "podría traer como resultado una solución de manera encubierta, por la vía de la opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no sometidos a consideración de la Corte, sin que las víctimas tengan oportunidad en el proceso, [lo cual] distorsionaría el sistema de la Convención".[6]

Independientemente de la respuesta —correcta— dada a la solicitud de opinión consultiva, lo cierto es que esta decisión indica las tensiones que, desde entonces, generaba la norma interamericana, y muestra que el derecho al recurso concita la atención de los órganos del Sistema Interamericano y de algunos Estados de la región desde hace ya varias décadas.

En su competencia contenciosa, la cuestión del derecho al recurso se planteó por primera vez en el *Caso Maqueda vs. Argentina*, en el año 1995. El caso, en síntesis, trataba sobre una condena a una pena privativa de libertad de diez años impuesta al peticionario en un proceso de instancia única, sin posibilidad de revisión, por aplicación de la Ley 23.077 de Defensa de la Democracia, que creaba un procedimiento penal especial para casos de actos de violencia que tuvieran como fin atentar contra el orden constitucional y la vida democrática.[7]

La Comisión Interamericana había solicitado a la Corte IDH que declarase que Argentina había violado, entre otros, el derecho a recurrir el fallo ante un juez o

[5] Corte IDH. *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12.
[6] Corte IDH. *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párrs. 28-30.
[7] Corte IDH, *Caso Maqueda vs. Argentina*. Resolución de 17 de enero de 1995. Serie C No. 18, párrs. 2 y ss.

tribunal superior y el artículo 2 de la Convención Americana, al no adoptar disposiciones de derecho interno tendientes a hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 8.2.h del Pacto de San José. Entre otras medidas, solicitaba al Tribunal que ordenara al Estado establecer un mecanismo de impugnación ordinario que garantizara la doble instancia en el procedimiento previsto por la Ley 23.077. Sin embargo, en las etapas iniciales del trámite del caso ante la Corte Interamericana, el Estado y la Comisión Interamericana llegaron a un acuerdo —el cual fue analizado y homologado por el Tribunal— mediante el cual Argentina conmutó la pena y otorgó la libertad condicional al señor Maqueda y la Comisión Interamericana desistió del caso internacional.[8]

La segunda ocasión en la que se planteó una violación del derecho al recurso —y la primera vez que se condenó a un Estado por ello— fue en el *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú*.[9] El caso se refiere a cuatro ciudadanos chilenos a quienes un tribunal militar sin rostro de Perú condenó a prisión perpetua por el delito de traición a la patria. Si bien las víctimas del caso internacional habían podido interponer, aun con ciertas restricciones, diferentes recursos contra sus condenas, la Corte Interamericana —sin necesidad de desarrollar el contenido del derecho— encontró una violación al derecho al recurso por las características del Tribunal revisor. En efecto, la Corte IDH declaró la violación del artículo 8.2.h. de la Convención Americana porque el tribunal revisor era un tribunal militar, en un caso donde se estaba juzgando a civiles, y ello violaba la garantía de juez natural consagrada en el artículo 8.1 del Pacto de San José:

> El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez

[8] Corte IDH, *Maqueda*, párrs. 2, 16 y ss.
[9] Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

> natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. En el caso que nos ocupa, el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece.[10]

El primer caso donde la Corte Interamericana comienza a referirse a aspectos específicos del alcance y contenido del artículo 8.2.h de la CADH y a sentar las bases de lo que consistiría su interpretación del derecho al recurso es el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* El caso ante el Tribunal de San José trataba, además del derecho a la libertad de expresión y otras garantías judiciales, sobre el derecho al recurso frente a la condena penal de un periodista por delitos de difamación, quien había interpuesto un recurso de casación declarado sin lugar por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.[11]

En *Herrera Ulloa*, la Corte Interamericana indicó que el derecho a recurrir el fallo es "una garantía primordial" para que una sentencia adversa pueda ser revisada por "un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica", que el derecho debe ser garantizado "antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada" y que busca "proteger el derecho de defensa" durante el proceso.[12]

Luego de reiterar su precedente acerca de que el derecho "no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior" que revise la condena, la Corte Interamericana sostuvo que el artículo 8.2.h del Pacto requiere "un recurso ordinario eficaz". Asimismo, indicó —llamativamente, haciendo uso de la "doctrina

[10] Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros*, párr. 161.
[11] Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
[12] Corte IDH, *Herrera Ulloa*, párr. 158.

del margen de apreciación", que casi nunca es utilizada en el ámbito interamericano— que si bien los Estados pueden regular ampliamente en esta materia "no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho". Adicionalmente, indicó que el recurso "debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades" que lo tornen ilusorio, y recordó el deber de especial protección que tiene el juez o tribunal superior respecto de las garantías judiciales y el debido proceso en un proceso penal.[13]

Con cita del *Caso Sineiro Fernández v. España*, resuelto en el año 2001 por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que se refería a la revisión integral de la sentencia (en el caso español, la revisión se había limitado a "los aspectos formales o legales de la sentencia"), la Corte Interamericana concluyó que en el caso costarricense el recurso de casación, previsto como medio de impugnación de la sentencia condenatoria, no satisfacía el requisito de ser un recurso amplio que permitiera al tribunal superior realizar un análisis comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior, de modo que declaró la violación del derecho al recurso.[14]

Luego de esa importante sentencia, pasarían cinco años hasta que la Corte Interamericana decidiese el *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela.* En éste, el Tribunal Interamericano enfrentó por primera vez la cuestión de una condena impuesta por un tribunal de instancia única a un ex funcionario público. La Corte IDH comenzó reiterando los criterios generales expresados en su sentencia previa sobre la vinculación del derecho al recurso con el derecho a la defensa, su doble finalidad —la de otorgar mayor credibilidad al acto jurisdiccional y la de brindar mayor seguridad a los derechos del condenado— y la idea del margen de apreciación en la regulación del recurso.[15]

En cuanto a la resolución del caso, la Corte Interamericana afirmó que el establecimiento de fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios

[13] Corte IDH, *Herrera Ulloa*, párrs. 159 y 161.
[14] Corte IDH, *Herrera Ulloa*, párrs. 162-168.
[15] Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 88-90.

públicos es, en principio, conforme con la Convención Americana, aunque añadió que también en esos casos los Estados deben permitir que la persona cuente con la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio. Así, ejemplificó que ello podría ocurrir si "el juzgamiento en primera instancia est[uviera] a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación correspond[iera] al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso". En el caso del señor Barreto Leiva se había aplicado una regla de conexidad que derivó en la acumulación de procesos de varias personas ante un mismo tribunal de instancia única que lo privó del derecho reconocido en el 8.2.h de la Convención Americana.[16]

El siguiente fallo de importancia sería el dictado en el *Caso Mohamed vs. Argentina* en el año 2012. Un tribunal de segunda instancia había revertido la absolución del señor Mohamed e impuesto, en esa misma instancia, una condena por homicidio culposo. El caso permitió a la Corte Interamericana pronunciarse sobre este nuevo aspecto: el derecho al recurso frente a la condena impuesta, por primera vez, por un tribunal revisor. Como se recordará, éste es un aspecto donde no hay uniformidad en el derecho internacional de los derechos humanos; precisamente, el supuesto de una condena dictada en el marco de un recurso contra la absolución es una de las excepciones previstas en el artículo 2.2. del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos.[17]

La Corte Interamericana centró su análisis en que, según la propia Convención Americana, el derecho al recurso es una de las garantías mínimas reconocidas a "[t]oda persona inculpada de delito". De allí que el Tribunal interpretara que el derecho no podría ser efectivo "si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado" y que sería contrario al propósito de la norma que el derecho al recurso no fuera garantizado a quien es condenado por una sentencia que revoca una previa decisión absolutoria. Una interpretación diferente haría distinciones donde la Convención Americana no las hace ("*toda* persona inculpada"). La Corte

[16] Corte IDH, *Barreto Leiva*, párr. 90.
[17] Corte IDH, *Caso Mohamed vs. Argentina*. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Serie C, No. 255. Asimismo, véase *supra*, nota 3.

Interamericana recordó, en este sentido, que el derecho al recurso es una garantía del individuo y "no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación de los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención".[18]

Luego, la sentencia se refiere al argumento del Estado que, teniendo en cuenta la excepción expresa del Convenio Europeo en esta materia, subrayaba la necesidad de uniformidad en el derecho internacional. La Corte Interamericana rechazó ese argumento: con cita del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho a "[t]oda persona *declarada culpable* de un delito", destaca que se trata de una norma muy similar a su par americana y concluye que la Convención Americana "no previó excepciones como sí lo hizo expresamente la disposición del Sistema Europeo".[19]

Previo al examen del caso particular, la Corte IDH reiteró sus criterios generales de interpretación de la cláusula, esto es, que se trata de una "garantía primordial" del debido proceso legal, que se satisface con la revisión "por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica", que brinde la posibilidad de "un examen integral de la decisión recurrida", que debe tratarse de un "recurso ordinario y eficaz", de formalidades "mínimas", que "no debe requerir mayores complejidades" que pudieran tornar ilusorio su ejercicio, y que debe respetar las garantías del artículo 8 de la Convención que resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados, lo que no implica realizar un nuevo juicio oral.[20]

La respuesta para el *Caso Mohamed* era, más bien, simple. En el derecho interno argentino no había ningún recurso penal ordinario con las características señaladas por el Tribunal de San José que le permitiera al peticionario recurrir la sentencia impuesta en la instancia revisora, ya que contra ésta sólo podía interponer un recurso extraordinario federal y, en caso de inadmisibilidad, un recurso de queja. El recurso extraordinario federal argentino no es un medio de impugnación

[18] Corte IDH, *Mohamed*, párrs. 91-92.
[19] Corte IDH, *Mohamed*, párrs. 93-94.
[20] Corte IDH, *Mohamed*, párrs. 97-101.

penal, tampoco es uno de naturaleza ordinaria —como su nombre lo indica—, ni permite una revisión integral de la sentencia al excluir, precisamente, las cuestiones fácticas, probatorias y todas cuestiones de derecho de naturaleza no constitucional. La Corte Interamericana observó que, por la propia regulación del recurso extraordinario federal, los agravios del señor Mohamed estaban condicionados desde el inicio por las estrictas y limitadas causales de admisibilidad del recurso. De hecho, el recurso presentado por el señor Mohamed había sido rechazado *in limine*, puesto que los argumentos presentados se referían "a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que habían sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado" y el recurso de queja fue desestimado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina sin ninguna fundamentación, con la sola mención de que "era inadmisible" con base en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.[21] La Corte Interamericana condenó a Argentina por no garantizar el derecho al recurso y por no adoptar las disposiciones de derecho interno para modificar esa situación.[22]

La cuestión de la violación del derecho al recurso y de la reforma normativa del sistema de impugnación penal en el ámbito federal y en una provincia volvería a ser motivo de debate internacional y de una nueva condena contra Argentina unos pocos meses después en el *Caso Mendoza y otros vs. Argentina.*[23] Posteriormente, a pesar de haber transcurrido varios años, en el *Caso Gorigoitía vs. Argentina*[24] y en el *Caso Valle Ambrosio y otro vs. Argentina,*[25] la Corte Interamericana establecería nuevamente la responsabilidad internacional del Estado por la violación del artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 8.2.h del mismo instrumento.

Varios años después del *Caso Barreto Leiva*, la Corte IDH volvió a abordar la cuestión de la condena penal emitida en instancia única en el *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. El caso se refiere a una condena dictada por tres jueces de la Alta

[21] Corte IDH, *Mohamed*, párrs. 102-110.
[22] Corte IDH, *Mohamed*, párrs. 112-117.
[23] Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.
[24] Corte IDH, *Caso Gorigoitía vs. Argentina*. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 382.
[25] Corte IDH, *Caso Valle Ambrosio y otro vs. Argentina*. Sentencia de 20 de julio de 2020. Serie C No. 408.

Corte de Justicia, el tribunal de mayor jerarquía dentro del sistema judicial de Surinam, en contra del señor Liakat Alibux a un año de pena privativa de la libertad y tres años de inhabilitación para ocupar el cargo de ministro. El ordenamiento jurídico interno no garantizaba ningún recurso para impugnar una sentencia condenatoria impuesta por ese alto tribunal.[26]

La Corte Interamericana recordó que el derecho debe ser garantizado a toda persona condenada y, por una parte, reiteró lo sostenido en el *Caso Mohamed,* en el sentido de que el Sistema Interamericano no prevé excepciones como su par europeo. Por otra parte, citó al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para indicar que sólo habría sido posible prever una excepción para un caso como el examinado mediante la interposición de una reserva estatal a la norma:

> Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto.[27]

La Corte Interamericana consideró que el establecimiento de la Alta Corte de Justicia como tribunal natural competente para efectos del juzgamiento, en razón de su cargo, del señor Alibux era compatible, en principio, con la Convención Americana, sin perjuicio de lo cual el Estado debió garantizar que contara con la posibilidad de interponer un recurso contra la condena que garantizara la revisión íntegra del fallo, cosa que en el caso no fue posible porque no existía un tribunal de mayor jerarquía. A este respecto, la Corte regional reiteró que "la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto

[26] Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.
[27] Corte IDH, *Liakat Ali Alibux*, párr. 90, con cita de ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, artículo 14: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 47.

con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente".[28]

Una de las cuestiones que aún quedan pendientes de un desarrollo más robusto es la eventual aplicación de la garantía prevista en el 8.2.h del Pacto a las sanciones no penales. Como es sabido, desde hace más de dos décadas la Corte Interamericana extendió la aplicación de las garantías judiciales previstas en el artículo 8.2 de la Convención Americana a otros procesos, particularmente a procesos administrativos.[29] Sin embargo, algunos contornos de esa aplicación extensiva de la garantía aún necesitan ser precisados y continúan siendo debatidos dentro de la propia Corte Interamericana.[30]

Ahora bien, este debate sobre la aplicabilidad o no de la garantía prevista en el artículo 8.2.h de la Convención Americana a sanciones administrativas o no penales, no significa que, si se respondiese al interrogante de modo negativo, tales decisiones queden sin ningún tipo de posibilidad de revisión o fuera de todo control judicial. La jurisprudencia interamericana aún tiene pendiente profundizar su reflexión sobre este tema; esto es, si la revisión de una sanción administrativa se hace mediante una interpretación aún más extensiva del derecho al recurso previsto originalmente como una garantía judicial para los procesos penales, o bien si aquella situación se puede analizar bajo el artículo 25 del Pacto de San José, que garantiza el derecho a un recurso judicial y a la protección judicial que, por lo demás, es una vía de control usual y regular de los procesos y sanciones administrativas y no penales en muchos de los Estados de la región.

En todo caso, es indiscutible que los Estados deben garantizar un control y revisión de los procesos y de las sanciones no penales; sin embargo, el debate se centra en cuál sería la correcta subsunción de esos hechos en las normas interamericanas —entre los artículos 8.2.h y 25 de la Convención Americana— y, en

[28] Corte IDH, *Liakat Ali Alibux*, párrs. 102-105.
[29] Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.
[30] Corte IDH. *Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311. Véase el voto concurrente del Juez Humberto Sierra Porto respecto de la aplicación del artículo 8.2 a procesos no penales.

consecuencia, el contenido de las obligaciones estatales y de los derechos de las personas en una y otra opción. La jurisprudencia interamericana no muestra en esta materia un criterio claro y se ha pronunciado por distintas opciones.

El *Caso Vélez Loor vs. Panamá* fue el primero en el que se debatió si el Estado garantizó el derecho a recurrir ante un juez o tribunal superior una sanción impuesta mediante una resolución emitida por la Dirección Nacional de Migración, por la cual se había privado de la libertad por casi diez meses al señor Vélez Loor. La Corte Interamericana examinó la sanción emanada de un proceso y de una autoridad administrativa desde la perspectiva del artículo 8.2.h, excluyendo expresamente la aplicación del artículo 25.1 de la Convención Americana. Ello, porque, según entendió el Tribunal, la primera de las normas "consagra un tipo específico de recurso que debe ofrecerse a toda persona sancionada con una medida privativa de libertad, como garantía de su derecho a la defensa".[31]

En el caso, se consideró que la falta de notificación de esa resolución administrativa colocó al peticionario en un estado de indefensión e incertidumbre que "tornó impracticable el ejercicio del derecho a recurrir del fallo sancionatorio". Por ello, el Tribunal consideró que hubo "una situación de impedimento fáctico para asegurar un acceso real al derecho a recurrir". Otro aspecto interesante del caso fue el rechazo a la posición del Estado que pretendía que se considerase a la Defensoría del Pueblo "como recurso no jurisdiccional". La Corte regional sostuvo que esta institución "no satisface la exigencia de un órgano revisor de grado superior con características jurisdiccionales", ni permite tramitar un recurso que sea capaz de efectuar un análisis integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por la autoridad que ordenó la privación de la libertad. Por ello, la Corte Interamericana declaró que Panamá violó el derecho del señor Vélez Loor reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana.[32]

En este caso, la aplicación de la garantía penal prevista en el artículo 8.2.h de la CADH a un proceso y a una sanción administrativa parece razonable y justificada,

[31] Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 178.
[32] Corte IDH, *Vélez Loor*, párrs. 179-181.

por cuanto se fundamenta en el hecho de que la sanción —más allá del procedimiento y la autoridad administrativa de la que emanó— era, *materialmente*, una sanción penal, puesto que consistió en una pena de privación de libertad que se ejecutó en un centro penitenciario común.

Sin embargo, poco tiempo después, en el *Caso López Mendoza vs. Venezuela,* la Corte Interamericana extendió, sin fundamentación, el derecho reconocido en el artículo 8.2.h a sanciones administrativas que no conllevaban una privación de la libertad personal.[33] Aun cuando no encontró una violación en el caso concreto, el Tribunal no dudó en utilizar esa cláusula respecto de sanciones que no implicaban, de ningún modo, una afectación a la libertad personal, sino que se trataban de sanciones administrativas de determinación de responsabilidad y multa. La Corte Interamericana observó "que el señor López Mendoza tuvo la posibilidad de recurrir las decisiones en su contra y que en la respuesta a los recursos de nulidad interpuestos hubo una valoración judicial de los alegatos de la defensa en relación con la determinación de los hechos y del derecho aplicable en relación con los ilícitos administrativos adscritos y las multas impuestas" y que, por ello, no se había configurado una violación "del derecho a recurrir del fallo sancionatorio del señor López Mendoza, en relación con los procedimientos administrativos que finalizaron en determinación de responsabilidad y sanciones de multa".[34]

Más recientemente, en el *Caso Rico vs. Argentina*, se volvió a plantear ante la Corte Interamericana la disyuntiva entre la aplicación de esta norma o la relativa a la protección judicial de la Convención Americana en relación con la sanción de inhabilitación aplicada a un juez por un jurado de enjuiciamiento.[35] La Corte Interamericana examinó este caso a la luz del artículo 25 del Pacto y sobre esa base analizó los recursos extraordinario federal y de queja que había interpuesto el señor Rico contra la sanción. Finalmente, descansando en las decisiones de los tribunales revisores internos, el Tribunal de San José no encontró una violación al derecho a la protección judicial previsto en esa norma. Parece correcto que la

[33] Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Sentencia de 1° de septiembre de 2011. Serie C No. 233.
[34] Corte IDH, *López Mendoza,* párrs. 122-123.
[35] Corte IDH, *Caso Rico vs. Argentina*. Sentencia de 2 de septiembre de 2019. Serie C No. 383, párrs. 84 y 88 y ss.

Corte IDH analizara los hechos desde la norma específica prevista por la Convención Americana, y no bajo una interpretación quizá muy extensiva y, por el momento, sin fundamentos suficientes como lo hizo en *López Mendoza.*

Volviendo a los casos penales, en el *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*, de manera práctica y pedagógica, la Corte Interamericana sistematizó los requisitos que a lo largo de los años fue integrando a la garantía del artículo 8.2.h del Pacto. Adicionalmente, el Tribunal brindó luces sobre el alcance de la actividad revisora en la instancia superior y la obligación de motivar las decisiones.[36] En cuanto a lo primero, señaló que el medio de impugnación que satisface derecho al recurso convencional debe contar con los siguientes requisitos:

> *a) Recurso ordinario*: el derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, pues busca proteger el derecho de defensa evitando que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona[;]
>
> b) *Recurso accesible:* su presentación no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho[.] Las formalidades requeridas para su admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente[;]
>
> *c) Recurso eficaz:* no basta con la existencia formal del recurso, sino que éste debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido[.] Independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea[.] Este requisito está íntimamente vinculado con el siguiente[;]
>
> *d) Recurso que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido:* debe asegurar la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida[.] Por lo tanto, debe

[36] Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

> permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria[.] De tal modo se podrá obtener la doble conformidad judicial, pues la revisión íntegra del fallo condenatorio permite confirmar el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, al paso que brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado[;]
>
> *e) Recurso al alcance de toda persona condenada:* el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Debe ser garantizado inclusive frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria[;]
>
> *f) Recurso que respete las garantías procesales mínimas:* los regímenes recursivos deben respetar las garantías procesales mínimas que, con arreglo al artículo 8 de la Convención, resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, sin que ello implique la necesidad de realizar un nuevo juicio oral...[37]

Por otra parte, en cuanto a la actividad revisora de la instancia superior, la Corte Interamericana analizó si los recursos de nulidad interpuestos habían cumplido con esos requisitos y, respecto de un grupo de casos, indicó que:

> [e]n ninguna parte de la sentencia [del tribunal revisor] consta que se haya hecho un examen de los hechos del caso ni de las consideraciones jurídicas sobre tipicidad para verificar que las afirmaciones en que se había basado la sentencia recurrida hubiesen estado basadas en pruebas convincentes y en un análisis jurídico adecuado. Simplemente pretendió hacer un análisis de coherencia interna de la sentencia…[38]

[37] Corte IDH, *Norín Catrimán y otros*, párr. 270.
[38] Corte IDH, *Norín Catrimán y otros*, párr. 278.

En ese caso, el tribunal revisor no había hecho un análisis de fondo sobre la sentencia recurrida, sino que se había limitado a hacer referencias descriptivas o citas de los hechos, de la adecuación típica y del análisis de prueba del tribunal inferior. En un aporte más sobre el contenido del derecho al recurso y su vinculación con la obligación de motivar por parte de la instancia revisora, la Corte Interamericana advirtió que:

> [l]a simple descripción de los argumentos ofrecidos por el tribunal inferior, sin que el tribunal superior que resuelve el recurso exponga un razonamiento propio que soporte lógicamente la parte resolutiva de su decisión, implica que éste no cumple con el requisito de eficacia del recurso protegido por el artículo 8.2.h de la Convención que asegura que sean resueltos los agravios o inconformidades expuestas por los recurrentes, esto es, que se tenga acceso efectivo al doble conforme...[39]

En cuanto al otro grupo de personas que habían interpuesto recursos de nulidad, la Corte Interamericana indicó que el tribunal revisor tampoco había realizado un examen integral ni valorado lo dicho por los recurrentes respecto de determinados medios probatorios que consideraban relevantes para sostener su defensa. En sentido similar a lo mencionado sobre el deber de motivación del tribunal revisor, la Corte IDH señaló que:

> el tribunal superior que resuelve el recurso debe controlar […] que el tribunal inferior cumpla con su deber de exponer una valoración que tenga en cuenta tanto la prueba de cargo como de descargo. Aun si el tribunal inferior optara por valorar la prueba de manera conjunta, tiene el deber de exponer claramente en qué puntos existen coincidencias y en cuáles contradicciones en la misma, así como ocuparse de las objeciones que la defensa hiciere sobre puntos o aspectos concretos de esos medios de prueba. Esos aspectos planteados por la defensa en el recurso contra la condena no fueron suficientemente resueltos por parte del tribunal superior en el presente caso.[40]

[39] Corte IDH, *Norín Catrimán y otros*, párr. 279.
[40] Corte IDH, *Norín Catrimán y otros*, párr. 289.

En uno de los casos más recientes sobre la materia, el *Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica*, resuelto por la Corte Interamericana en 2018, se trató, principalmente, la alegada violación del artículo 8.2.h respecto de 17 personas por inexistencia o aplicación restrictiva del recurso contra el fallo condenatorio. El Tribunal analizó los diferentes recursos interpuestos en cada uno de los casos y concluyó que el Estado no había violado el derecho a recurrir el fallo, entendiendo que se había garantizado en ellos la revisión integral de las condenas y que las decisiones de los tribunales revisores estaban suficientemente motivadas.[41]

Más allá del análisis particular de cada caso, *Amrhein y otros* resulta interesante porque puso a prueba las reformas legales que Costa Rica había adoptado como consecuencia de la sentencia dictada en *Herrera Ulloa*. En este último caso, en efecto, la Corte Interamericana había dispuesto como medida de reparación que "dentro de un plazo razonable, el Estado deb[ía] adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 de la misma".

Notablemente, y demostrando su compromiso con el derecho internacional y el sistema regional de protección, Costa Rica adoptó dos reformas legales para subsanar los problemas relativos al derecho al recurso, en cumplimiento de aquel fallo. En primer lugar, muy rápidamente, a dos años de dictada aquella sentencia, adoptó la Ley 8503, de apertura del recurso de casación penal, y, en 2010, adoptó la Ley 8837, por medio de la cual creó el recurso de apelación contra la sentencia penal. En *Amrhein* la Corte IDH consideró que las reformas legales repararon "las deficiencias en la aplicación de las normas recursivas".[42]

Hasta aquí, este recorrido ilustra cómo la Corte Interamericana ha ido resolviendo diferentes situaciones problemáticas relativas al derecho al recurso y cómo fue ampliando su interpretación respecto de diferentes aspectos controvertidos de la garantía.

[41] Corte IDH, *Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica*. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354.
[42] Corte IDH, *Amrhein y otros*, párr. 265.

Uno de los puntos centrales todavía objeto de debate, y que se ha discutido ampliamente en varias de las altas cortes nacionales, es la eventual tensión entre los principios de oralidad e inmediación, que rigen en la etapa de juicio de los procesos penales de la región, y la exigencia de revisión integral derivada del derecho previsto en el 8.2.h. del Pacto. En ocasiones se ha planteado que esta última podría poner en riesgo o desnaturalizar aquellos principios y, como veremos en lo que sigue, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (en adelante, "Suprema Corte" o "SCJN") ha propuesto avances interesantes para profundizar esta reflexión.

IV. El derecho al recurso en la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana: valoración de la prueba, principio de inmediación y revisión integral de la condena

Del mismo modo que la Corte Interamericana y otras altas cortes de la región, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha ido precisando diversos aspectos del derecho al recurso, tales como la imposibilidad de limitar su ejercicio en función del monto de la pena, el saneamiento o la salvaguarda del derecho frente a problemas en sus requisitos formales, o su alcance en materia de procedimientos abreviados.

Así, por ejemplo, el Alto Tribunal ha resuelto que el derecho de recurrir la condena no admite excepciones basadas en la entidad de la sanción penal aplicable y ha declarado contrario al artículo 8.2.h de la Convención Americana el artículo 199, fracción I, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, vigente hasta el 30 de abril de 2014, que impedía las apelaciones en los casos en los cuales no se impusiera al condenado una pena de prisión o que autorizase la sustitución de la pena privativa de libertad. Además, allí se aclaró, en línea con la jurisprudencia interamericana, que el juicio de amparo directo no constituye un recurso de impugnación penal ordinario idóneo para garantizar la revisión integral que exige el sistema regional, pues ha sido diseñado legislativamente como un recurso extraordinario de protección de derechos humanos.[43]

[43] Tesis: P./J. 1/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 50, Tomo I, enero de 2018, p. 5. Registro digital 2015993.

Esta decisión se encuentra en línea con el precedente "Giroldi" de la Corte Suprema argentina.[44] En el caso argentino se cuestionaba la constitucionalidad de una disposición procesal que impedía al condenado recurrir en casación aquellas sentencias iguales o inferiores a tres años de prisión. La Alta Corte argentina consideró que el recurso extraordinario federal no era un medio idóneo para satisfacer el derecho al recurso debido a su carácter restringido a cuestiones de índole constitucional y a la facultad de declararlo inadmisible sin invocación de razones, y consideró que la forma más adecuada para asegurar la garantía convencional era declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inciso 2°, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto vedaba la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena.[45]

Por otra parte, la Suprema Corte mexicana se ocupó de las condiciones o requisitos para el ejercicio del derecho al recurso y cuestionó la validez constitucional del artículo 470, fracción IV, del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante, "CNPP"), en cuanto prevé que corresponde al tribunal de apelación declarar inadmisible el recurso cuando el escrito de interposición "carezca de fundamentos de agravio o de peticiones concretas".[46]

En estas y en otras decisiones, el punto de partida ha sido, en diálogo con la jurisprudencia interamericana, que, si bien los Estados tienen cierto margen para regular el ejercicio del derecho al recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan su esencia, ni complejidades que lo tornen ilusorio.

Ahora bien, uno de los aspectos que ha planteado mayores dificultades interpretativas en toda la región —y del que me ocuparé a partir de aquí— es el modo de asegurar una revisión integral de la sentencia condenatoria, que comprenda,

[44] CSJN, Fallos: 318:514, sentencia del 7 de abril de 1995.
[45] Otros altos tribunales de la región han resuelto en el mismo sentido. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (sentencias n° 282/90, de 13 de marzo de 1990 y n° 719/90, de 26 de junio de 1990), por ejemplo, derogando las limitaciones similares que contenía el artículo 474, incisos 1° y 2° del Código Procesal Penal de ese país.
[46] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4321/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 20 de junio de 2018.

como ha señalado la Corte Interamericana, entre otras, cuestiones de hecho y prueba, sin menoscabar el principio de inmediación, que en México resulta un imperativo constitucional.[47]

Al respecto, la SCJN se ha ocupado de examinar la adecuación del artículo 468, fracción II, del CNPP al estándar interamericano de amplitud e integralidad de la revisión y ha concluido que esa disposición es inconstitucional e inconvencional, en tanto el recurso de apelación allí establecido procede para revisar la sentencia de primera instancia tan sólo cuando se hagan valer consideraciones "distintas a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación".[48]

La idea de excluir la valoración de la prueba de lo revisable en la instancia superior, presente en el señalado artículo 468 del CNPP, pudo haber obedecido a varios factores, uno de los cuales es la supuesta incompatibilidad entre la vigencia del principio de inmediación al momento de producir o desahogar determinadas pruebas y una revisión de la justificación externa de la premisa fáctica de la decisión de primera instancia.[49] Esa alegada incompatibilidad se basa en una

[47] Artículo 20, párrafo primero, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[48] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6643/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 14 de agosto de 2019. En el mismo sentido: Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 777/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, 14 de agosto de 2019.

[49] En referencia a las discusiones tradicionalmente planteadas a propósito del recurso de casación, Dei Vecchi (2018, pp. 720-723) distingue tres tipos de argumentos entre los que han sido empleados para restringir el alcance de ese medio de impugnación de sentencias. El primero es de carácter político o histórico y se refiere a la "naturaleza jurídica" del recurso de casación. En lo que respecta a los otros dos, Dei Vecchi señala que se encuentran estrechamente vinculados. Por un lado, se habla de un auténtico impedimento epistemológico, uno que derivaría de la idea de que, para valorar correctamente la prueba, es indispensable presenciar su desahogo, con las ventajas y bondades de la inmediación, que el tribunal de juicio puede aprovechar, pero de las que carece el tribunal de segunda instancia. Según este segundo argumento, son razones cognitivas las que impedirían la revisión de las cuestiones de hecho en instancia de apelación. Por último, el tercer argumento puede ser visto simplemente como una derivación del anterior, a la que se suma una suerte de "preferencia" por la inmediación en la supuesta disyuntiva entre preservar las bondades del enjuiciamiento regido por ese principio o garantizar una revisión integral de la sentencia, que incluya la evaluación de la prueba. Como explica Dei Vecchi, "[s]e trata de un obstáculo híbrido: por una parte, es de carácter político, ya que se pone a la garantía de inmediación por sobre la de revisión en segunda instancia. Mas esta elección depende de la concepción epistémica que se tiene frente a la inmediación" (2018, p. 721).

interpretación del principio de inmediación que impediría la revisión del modo en que el tribunal de juicio formó su convicción sobre la fuerza y la credibilidad de ciertos elementos de prueba, o del peso de la prueba como un todo. En otras palabras, no se trataría tanto de que el tribunal de alzada no *deba* revisar la valoración de la prueba, sino de que, por razones de falta de paridad o desventaja epistémica con el órgano de juicio, particularmente por no haber observado directamente la producción de las pruebas personales, no *puede* hacerlo, o no puede hacerlo con la misma solvencia. La imposibilidad, en fin, no sería tanto jurídica como epistémica.

Es justamente esta supuesta "imposibilidad epistemológica" (Dei Vecchi, 2018, pp. 720 y ss.) lo que se debatió en el Amparo Directo en Revisión 6643/2018 y en decisiones posteriores.[50] En ese caso, en primera instancia se había dictado una condena, que luego fue revocada en segunda instancia bajo el argumento de que "existió insuficiencia probatoria y por ello no se acreditaron los elementos que integran la descripción típica en estudio". Contra este fallo de segunda instancia, la víctima del delito promovió un juicio de amparo directo. El tribunal de amparo hizo lugar al remedio interpuesto con el argumento de que el órgano de apelación había excedido su competencia revisora al haber ingresado en un terreno reservado al tribunal de enjuiciamiento, único facultado, en virtud del principio de inmediación, para "establecer el valor que le da a cada prueba que es desahogada en su presencia".

En el entendimiento del tribunal de amparo, esta limitación del tribunal de apelación derivaba de que sus integrantes no estaban en la misma condición epistémica con respecto al órgano de juicio. En el fallo se señaló, por un lado, que "el juzgador es quien percibe la producción de las pruebas de manera directa por medio de sus sentidos" y "a su libre arbitrio le asigna […] el valor correspondiente a cada una de las pruebas, de manera libre y lógica". Por el otro, se consideró que "no se puede limitar la valoración de los medios de convicción a sólo lo que digan las personas, sino que implica también atender al lenguaje no verbal, como

[50] Se sigue la exposición de lo resuelto en el Amparo Directo en Revisión 6643/2018, aunque el citado Amparo Directo en Revisión 777/2019 fue resuelto en sentido similar.

es el tono de la voz, modulación, gestos, señas, etcétera; de lo cual, solamente el juzgador del proceso, que es quien desahoga las pruebas, puede darse cuenta".[51]

Como se observa, el tribunal que admitió el amparo defendió una concepción muy amplia del principio de inmediación que parece reservar, casi con exclusividad, al tribunal de juicio la valoración de la prueba. Al conocer la revisión del amparo directo, la SCJN revocó el fallo y reputó inconstitucional e inconvencional el artículo 468, fracción II, del CNPP en cuanto veda la revisión integral del fallo, al excluir del ámbito recursivo la valoración de la prueba.

Para decidir de ese modo, la Suprema Corte empleó, entre otras razones, los estándares interpretativos de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, la utilización del criterio de *revisión integral* interamericano no es suficiente para resolver el problema del alcance de la revisión *posible* en materia de valoración de la prueba. En efecto, si la falta de inmediación del tribunal revisor fuese efectivamente un obstáculo epistemológico *insuperable* para examinar la corrección de la justificación de la premisa fáctica del fallo, entonces resultaría estéril exigir de la alzada su revisión, pues ésta sería una *misión imposible*.[52]

Del fallo de la Suprema Corte mexicana surgen dos cuestiones centrales que ameritan algunas reflexiones. En primer lugar, los fines a los cuales sirve la inmediación en el debate oral y, en segundo lugar, qué actividades intelectuales comprende la valoración racional de la prueba en sistemas de "libre convicción".

---

[51] En definitiva, según el fallo de amparo, al abordar "directamente la valoración de los medios de prueba desahogados ante el tribunal de enjuiciamiento", el tribunal de apelación había soslayado que este último "es el único facultado para apreciar, bajo los principios de inmediación y contradicción, la prueba que ante él se produce", lo que en su criterio constituía una violación del principio de inmediación previsto en el artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[52] En todo caso, si se aceptase el argumento de la imposibilidad epistemológica *insuperable*, el sistema recursivo quizá debería variar radicalmente. Las críticas del condenado al fallo, si resultasen en principio dignas de atención, deberían en todo caso conducir a la celebración de un segundo debate, donde se desahogasen nuevamente todas las pruebas. En caso de que la persona fuese condenada por segunda vez, estaría entonces asegurada la doble conformidad condenatoria. En cierta medida, aunque por razones distintas al argumento de la imposibilidad epistemológica, éste es el sistema que proponía Maier (1996, pp. 713-733 y 793-804).

La SCJN se explayó sobre la primera de estas cuestiones, apoyándose en sus pronunciamientos previos acerca de los alcances del principio de inmediación.[53] Varias son las facetas de este principio que el Alto Tribunal ha considerado, pero aquí interesa aquella que se refiere a que el juez es quien debe percibir directamente, sin intermediarios, el desahogo de las pruebas, especialmente de las personales.[54] A este respecto, la Suprema Corte indicó que el principio de inmediación debe ser entendido como "una herramienta metodológica de formación de la prueba" y destacó especialmente su valor como instrumento puesto al servicio de la evaluación de la sinceridad y precisión de los declarantes:

> […] en la producción de las pruebas personales, la presencia del juez en la audiencia le proporciona las condiciones óptimas para percibir una serie de elementos que acompañan a las palabras del declarante, esto es, componentes paralingüísticos como el manejo del tono, volumen o cadencia de la voz, pausas, titubeos, disposición del cuerpo, dirección de la mirada, muecas, sonrojo, etcétera. De manera que el juez, gracias a su inmediación con la prueba, le permitirá formarse una imagen completa del contenido y exactitud de lo expuesto, para luego de motivar su valor y alcance probatorio decida la cuestión esencial del asunto: si el delito quedó o no demostrado.[55]

[53] Particularmente, la Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 492/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 15 de noviembre de 2017.

[54] La SCJN ha distinguido, por un lado, dos finalidades de la inmediación y, por el otro, tres facetas o derivaciones de ese principio. En lo que respecta a las *finalidades*, la primera, de orden más general, es simplemente la de garantizar, mediante la presencia del juez en la audiencia, que se respeten los derechos fundamentales de las partes, y velar por un enfrentamiento transparente y justo entre éstas. La segunda finalidad se vincula más estrechamente con lo que interesa en este trabajo: se considera que la inmediación pone al órgano judicial en las mejores condiciones de conocer el objeto del proceso, pues elimina intermediarios "que puedan distorsionar, voluntaria o involuntariamente lo transmitido" y "aporta al juzgador una posición óptima para ponderar todos los elementos y valorar correctamente" la prueba. A su vez, la SCJN distingue tres *facetas* de la inmediación en su dimensión judicial. La primera, que aquí interesa especialmente, consiste en la "percepción directa y personal de los elementos probatorios útiles para la decisión". La segunda se refiere a la "inmutabilidad del juez" y veda que el magistrado que dicte la sentencia sea uno distinto del que ha asistido a la formación de la prueba. La tercera faceta, por último, indica que la actividad probatoria debe desarrollarse en el menor tiempo posible y sin interrupciones. Las citas textuales están tomadas de la Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 492/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 15 de noviembre de 2017.

[55] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6643/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 14 de agosto de 2019, párr. 87.

Por otra parte, el Alto Tribunal precisó que "no debe confundirse la inmediación con la corrección en la motivación sobre la valoración y alcance demostrativo de la prueba personal", y señaló que "la corrección en la motivación que al respecto emita el juez o tribunal correspondiente no se verifica a través de la inmediación, sino de la observancia a las reglas que rigen el sistema de libre valoración de la prueba".[56]

Finalmente, el Alto Tribunal indicó que la revisión debe incluir el examen de la corrección de la justificación externa de la premisa fáctica, pero al mismo tiempo "dejar a salvo" aquellos aspectos "ligados a la inmediación":

> […] el tribunal de alzada únicamente revisa los fundamentos del fallo […] incluidos los que hacen a la prueba del hecho*, con el único límite de los que están ligados a la inmediación*.
>
> […] el recurso por medio del cual se revise la valoración probatoria en segunda instancia no implica reabrir el juicio oral ni la etapa de desahogo de pruebas, pues la labor del órgano jurisdiccional al revisar el ejercicio probatorio hecho en la instancia natural, debe consistir, a manera expositiva y no limitativa —*siempre y cuando se apegue al principio de inmediación*— en analizar si la audiencia de juicio oral se desarrolló con apego a las reglas previstas para ello, si existe prueba de cargo suficiente para vencer la presunción de inocencia, si las pruebas fueron desahogadas y/o valoradas racionalmente y si el resultado de esa valoración está debidamente fundado y motivado en la sentencia correspondiente.[57]

La finalidad de este fallo de la Suprema Corte mexicana parece indiscutible: ampliar el ámbito de lo revisable en segunda instancia, en diálogo y sintonía con el mandato de revisión integral interamericano. Una posición similar sostuvo algunos

---

Más recientemente, en la tesis jurisprudencial 54/2019 se reproduce prácticamente de manera literal el párrafo citado, esto es, se destaca el valor de los llamados "componentes paralingüísticos" como buenos indicadores para juzgar de la credibilidad de los testigos, que el juez sólo puede apreciar gracias a su inmediación en la práctica contradictoria de la prueba. Tesis: 1a./J. 54/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 68, Tomo I, julio de 2019, p. 184. Registro digital 2020268.

[56] Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 6643/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Luis María Aguilar Morales, 14 de agosto de 2019, párrs. 89-91.

[57] *Ibidem*, párrs. 106, 107 y 119, énfasis añadido.

años antes la Corte Suprema argentina en el fallo "Casal", en el que señaló que no existiría una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación, pues "[a]mbos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar".[58] Ahora bien, el problema de ambas Cortes surge a la hora de distinguir qué resultaría *posible* revisar y qué no.

La respuesta de la Corte argentina ha sido que "esto sólo puede establecerse en cada caso", pero que "en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación" y que "[l]a principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos", aunque de cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen". Al respecto, añadió que "[l]o no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc.".[59]

En el caso de la Suprema Corte mexicana se observa también un esfuerzo por distinguir entre la percepción del desahogo de la prueba y la motivación o justificación del valor probatorio que corresponda otorgarle, orientación que parece correcta, aunque ciertos aspectos de esa delimitación pueden resultar complejos. Por otra parte, se aprecia que la SCJN otorga un valor importante a los "componentes paralingüísticos" como eventuales indicadores confiables para juzgar sobre la mayor o menor credibilidad de quien declara, algo que —como veremos— merece algunas observaciones.

[58] CSJN, Fallos 328:3399, sentencia del 20 de septiembre de 2005, considerando 25.
[59] *Ibidem*. Pérez Barberá (2006) ha señalado, con razón, que si bien la Corte argentina brindó algunas pautas para trazar la distinción entre las cuestiones que quedarían "reservadas a la inmediación" y las que no, tales pautas no son lo suficientemente claras como para orientar la actividad de los tribunales revisores y de las partes.

En lo que respecta al primer punto, la Suprema Corte indica que deben revisarse en la instancia de apelación todos los fundamentos del fallo, "incluidos los que hacen a la prueba del hecho", pero "con el único límite de los que están ligados a la inmediación". Cabe preguntarse, entonces, cuáles son esos fundamentos "ligados a la inmediación", que escaparían a la revisión en segunda instancia en virtud de la mencionada imposibilidad epistemológica.

Algunas distinciones pueden ayudarnos a responder a este interrogante. En primer lugar, conviene diferenciar entre enunciados *de inmediación* y enunciados *inferenciales*. En este sentido, Bouvier y Pérez Barberá (2004) propusieron un criterio general de distinción que permite deslindar correctamente enunciados de una y otra clase, criterio que luego Pérez Barberá (2006) utilizó para intentar clarificar el criterio de distinción empleado por la Corte Suprema argentina en el caso "Casal".

Los enunciados de inmediación pueden describirse como enunciados "últimos", en el sentido de que no hay antes de ellos otros enunciados sino una percepción sensorial respecto del entorno empírico. Por eso, "[c]ontrolar la corrección de los enunciados de inmediación no importa analizar la validez de un argumento, la viabilidad de una inferencia, etc., sino determinar si el hablante percibió bien el entorno circundante" (Pérez Barberá, 2006, p. 12). Para ello, es necesario estar en la misma condición epistémica que el hablante.[60] Otra cosa ocurre con los llamados enunciados inferenciales, que "son aquellos que derivan de otros enunciados y, por tanto, conforman argumentos o razonamientos. Como tales, pueden ser revisados por un tribunal que no esté en igualdad de condiciones epistémicas con el que los emitió, pues la tarea de revisión, en estos casos, se limita a un control de inferencias, que en tanto tal puede ser llevado a cabo por cualquiera" (Pérez Barberá, 2006, pp. 12-13).

[60] Gascón Abellán se refiere a las "constataciones" o "enunciados de observación", como "el resultado de un procedimiento de prueba directa", entendiendo por tal a aquel "consistente en la contrastación empírica directa del enunciado que se prueba, es decir, en la observación inmediata del hecho al que ese enunciado se refiere" (2010, p. 79). La clave está en que en que aquí no hay un proceso inferencial, lo que le permite a la autora sostener que "si pudiera sostenerse que no ha habido errores de percepción", la calidad epistemológica de las constataciones "puede considerarse absoluta, por ser el resultado de la observación del juzgador" (p. 86).

Un ejemplo comúnmente usado ayudará seguramente a comprender la diferencia y, a su vez, permitirá observar cómo, en ocasiones, ciertos enunciados inferenciales son confundidos con enunciados de inmediación. Un juez observa detenidamente al acusado mientras declara ante sí en la sala de audiencias, puede ver cómo le tiemblan ligeramente las manos, cómo golpetea ligeramente su pie derecho contra el suelo, repetidamente, que su rostro está colorado y que suda considerablemente. El juez puede exponer en la decisión cada una de estas constataciones. Se trata de enunciados de inmediación, que buscan poner en palabras, simplemente, lo que ha sido el fruto de la percepción, sin avanzar conclusiones todavía. En principio, quien quiera discutir estas observaciones debería estar en condición de paridad epistémica, es decir, debería haber observado también al acusado mientras declaraba.

Ahora bien, el juez puede también indicar en el fallo que, a su criterio, la versión del acusado no es digna de crédito y puede pretender basar esta conclusión en el comportamiento de aquél durante el interrogatorio. En este caso, no estaríamos ya frente a un enunciado de inmediación, sino ante un enunciado inferencial. En efecto, en el supuesto del ejemplo, el juez ha *inferido* la mendacidad o falta de credibilidad de la versión del acusado a partir de su aparente nerviosismo al declarar; ha conectado ciertos datos probatorios —enunciados de inmediación— con una conclusión, y para ello —lo haya expuesto o no en el fallo— ha debido incorporar a su razonamiento una premisa según la cual el nerviosismo de una persona al prestar declaración suele ser un síntoma de su mendacidad.[61]

[61] Que un enunciado sea de inmediación o inferencial no depende del modo en que el tribunal lo exponga en la sentencia. De hecho, como explican Bouvier y Pérez Barberá (2004) es necesario cuidarse de no confundir enunciados de inmediación con enunciados inferenciales "entimemáticos". Es frecuente que por razones de economía argumental un juez o tribunal no haga explícitas todas las premisas que le permiten llegar a cierta conclusión sobre un aspecto fáctico del caso. A los argumentos en los cuales algunas de las premisas o la conclusión permanecen ocultas o implícitas se los llama *entimemas*. El caso del ejemplo expuesto en el texto principal es justamente un ejemplo de enunciado inferencial entimemático, que podría ser confundido con un enunciado de inmediación, debido a que ha quedado oculta una de sus premisas, *i.e.* la generalización empírica según la cual "el nerviosismo de una persona al prestar declaración suele ser un síntoma de su mendacidad". Como indica Pérez Barberá a propósito del fallo "Casal" de la Corte argentina, "la confusión de entimemas (esto es: enunciados inferenciales apoyados en premisas implícitas) con enunciados de inmediación, aumenta artificialmente la cantidad de enunciados supuestamente no controlables de una sentencia, y esto es, técnicamente, lo que la Corte identifica como `magnificación´ de las consecuencias de la inmediación: creer que en una sentencia hay más enunciados de inmediación auténticos de los que en realidad hay" (2006, p. 13).

En este punto, debe notarse que esa premisa —una "máxima de la experiencia" o generalización empírica— es indispensable para enlazar los datos con la conclusión, y que su utilización, por tanto, es inevitable si se quiere avanzar argumentalmente a partir de ciertos datos probatorios.[62] Debe notarse, también, que la corrección o incorrección de la generalización empírica empleada no depende en absoluto de la percepción de quien la emplea y, por tanto, puede ser criticada y revisada por otras personas sin que para ello resulte necesario estar en condición de paridad epistémica.[63]

Como se aprecia, esta distinción entre enunciados de inmediación y enunciados inferenciales es útil para aplicar el criterio sentado por la Suprema Corte mexicana (y lo mismo vale para la Corte Suprema argentina) pues permite comprender mejor el ámbito de lo revisable en la instancia superior en materia de valoración de la prueba.

Por otra parte, en cuanto al contenido de la revisión integral respecto de la actividad probatoria, de la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana se observa que quedan comprendidos dentro de lo "revisable" dos aspectos: la actividad de valorar la prueba en sentido estricto —esto es, en las palabras ya citadas de la SCJN, "si las pruebas fueron desahogadas y/o valoradas racionalmente"— y la de decidir sobre la suficiencia de esa prueba a los fines de aceptar como probada una hipótesis determinada —es decir, también en palabras de ese alto Tribunal, "si existe prueba de cargo suficiente para vencer la presunción de inocencia"—.[64]

[62] A este respecto pueden consultarse, entre otros, González Lagier (2018 y 2020); Dei Vecchi (2018) y Limardo (2021).

[63] En efecto, en el caso del ejemplo, la defensa bien podría aceptar la constatación del tribunal de que el acusado estaba nervioso al declarar, sin verse obligada, sin embargo, a aceptar la conclusión de que, por esa razón, su versión es menos digna de crédito. Para ello, bastaría con que cuestionase la generalización empírica empleada, lo que podría hacer mediante múltiples estrategias. Podría afirmar que se trata de una generalización espuria o sin sostén epistémico; podría cuestionar el grado de probabilidad que la generalización empírica expresa; podría proponer una o varias generalizaciones que apuntan en otra dirección —por ejemplo, que es la primera vez que declara ante un tribunal de justicia con las solemnidades que tal acto entraña, o que simplemente está nervioso porque se encuentra en juego su libertad—; etcétera.

[64] Accatino emplea justamente esta distinción en un trabajo donde busca clarificar la diferencia entre un "control formal del razonamiento" y un "control sustancial de la valoración de la prueba", propia de la jurisprudencia chilena sobre los alcances del recurso de nulidad: "[e]l primer momento, que podemos

Éste es un aporte de la Suprema Corte mexicana al diálogo jurisprudencial respecto del contenido del derecho al recurso, en tanto la Corte Interamericana no ha hecho todavía un gran desarrollo sobre el control por parte del tribunal revisor de estos distintos aspectos de la actividad probatoria, más allá de la indicación que efectivamente la actividad probatoria debe formar parte de lo revisable.

Las actividades de valoración y de decisión, aunque están estrechamente relacionadas, tienen un contenido propio. En los sistemas de "libre convicción" la valoración de la prueba consiste en evaluar el apoyo o respaldo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una determinada hipótesis, de acuerdo con las reglas de la lógica y con los criterios de racionalidad epistemológica (Gascón Abellán, 2010, pp. 140-167; Ferrer Beltrán, 2007, pp. 45-47 y 91-138; González Lagier, 2020, pp. 418-423). Este momento de la actividad probatoria permite comparar las hipótesis según su mayor o menor grado de corroboración. En el lenguaje de los procesalistas se suele hablar de valorar la prueba de acuerdo con las llamadas "reglas de la sana crítica racional", y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 20, A.II) expresa la misma idea cuando prevé que la prueba debe ser valorada de manera "libre y lógica".[65]

llamar el de la valoración en sentido estricto, designaría la determinación del apoyo empírico que los elementos de juicio aportados al proceso proporcionan a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto […] Esas relaciones de corroboración se expresan como inferencias inductivas que en ningún caso pueden demostrar la verdad de una hipótesis, sino que sólo la confirman en un cierto grado, como una posible explicación de la existencia de ese elemento de juicio. De ahí que sea necesario considerar un segundo momento en la valoración de la prueba, que podemos llamar el de decisión sobre la prueba, en el que corresponderá determinar si el apoyo inductivo aportado por los elementos de juicio disponibles a una hipótesis es suficiente para tenerla por probada en el contexto de una determinada clase de proceso […] La distinción entre estos dos momentos en la valoración de la prueba y en la justificación de los enunciados probatorios aporta claridad a la diferenciación jurisprudencial entre un control formal del razonamiento y un control sustancial de la valoración de la prueba. El primero apuntaría a verificar la existencia de relaciones lógicas de corroboración, correctamente establecidas en la fundamentación de la sentencia, entre los elementos de juicio aportados al proceso y los enunciados empíricos que se tienen por probados. El segundo apuntaría en cambio a controlar si se encuentra correctamente justificada o no, de acuerdo al estándar de prueba, la suficiencia (o la insuficiencia, en su caso) de los elementos de juicio para tener por probado un cierto enunciado empírico" (2009, pp. 351-353).

[65] Está claro que esa "libertad" en la valoración se predica respecto de reglas estrictamente jurídicas —reglas legislativas que predeterminen el valor de tal o cual clase de elementos de juicio, *i.e.* las llamadas reglas de prueba legales o tasadas— pero no puede significar ausencia de toda regla o criterio racional, en el sentido de una renuncia dentro de los procesos judiciales a los criterios no formales con los cuales evaluamos la solidez de las inferencias empíricas en cualquier ámbito de conocimiento.

Puede entenderse a esas "reglas de la sana crítica racional" como un conjunto de criterios que indican cómo debe valorarse racionalmente la prueba, es decir, qué clase de razonamientos son correctos para tal fin. Con otras palabras, se trata de los argumentos que "cuentan como buenas razones para establecer el grado de corroboración de una hipótesis" en el ámbito de la valoración de la prueba, *i.e.* de "los criterios de solidez no formales de las inferencias probatorias empíricas" (González Lagier, 2020, pp. 416 y 419). No es una tarea sencilla la de explicar cuáles son exactamente esos criterios, pero siguiendo a González Lagier es posible proponer una serie de ellos, que se pueden dividir a su vez según se orienten o atiendan a las características de los elementos de juicio o pruebas de los que disponemos, hacia las máximas de la experiencia o generalizaciones empíricas que se emplean, o hacia las hipótesis que se formulan y testean a partir de unos y otras.

Así, en lo que concierne a los datos probatorios o elementos de prueba deben evaluarse factores tales como su cantidad, variedad, pertinencia y fiabilidad. Si pensamos en las máximas de la experiencia, habrá que examinar, por ejemplo, cuán bien fundamentadas en generalizaciones inductivas están y cuán alta es la probabilidad que expresan, en caso de que expresen una regularidad probabilística. Por último, en lo que respecta a las hipótesis, evaluaremos si la hipótesis en consideración no ha sido refutada por ninguna prueba, el grado de confirmación de otras hipótesis que puedan derivarse de ella, la existencia de hipótesis alternativas plausibles, su capacidad explicativa de todos los elementos de juicio disponibles, su coherencia e incluso su simplicidad.[66]

Ahora bien, la valoración de la prueba permite otorgar a las hipótesis en competencia, o bien a la hipótesis bajo examen, en caso de que se haya planteado sólo una, un determinado grado de confirmación. Pero a fin de decidir si ese grado de confirmación es suficiente para declarar a tal hipótesis como probada y asignarle las consecuencias que la ley prevé es imprescindible contar con un estándar de prueba y otras reglas auxiliares de decisión como las de la carga de la prueba o las presunciones (Taruffo, 2008, pp. 145-155; Ferrer Beltrán, 2007, pp. 139-149).

[66] Véase, para mayor desarrollo sobre estos aspectos, González Lagier (2018, pp. 27-28; 2020, pp. 419-420).

En el ámbito penal se afirma que la acusación debe derrotar la presunción de inocencia, lo cual puede equipararse a que debe probarse "más allá de toda duda razonable" la culpabilidad del acusado para que proceda un pronunciamiento de condena. En este sentido, será parte del control en segunda instancia, además de la actividad de valoración probatoria, la revisión de la actividad decisoria; es decir, deberá evaluarse también si el tribunal de juicio ha acertado o no al aseverar que la prueba de cargo era suficiente para vencer la presunción de inocencia.

En suma, a fin de dilucidar el ámbito de lo revisable, hasta aquí se ha distinguido, por un lado, entre enunciados de inmediación y enunciados inferenciales y, por el otro, entre las actividades de valoración de la prueba y de toma de una decisión sobre los hechos probados (aunque con la aclaración de que estas dos actividades quedan englobadas dentro de una noción *amplia* de "valoración", como la que emplea la SCJN).

Estas distinciones permiten comprender con mayor claridad que el principio de inmediación y las técnicas de formación contradictoria de la prueba en el debate no representan un impedimento u obstáculo epistémico para la revisión en segunda instancia de la valoración probatoria, pues existe paridad epistémica entre los tribunales de distintas instancias acerca de los enunciados inferenciales: el juez o tribunal de juicio y el de alzada son igualmente "competentes" en términos epistémicos para examinar la corrección o incorrección de las generalizaciones empíricas usadas para enlazar datos probatorios e hipótesis. Lo mismo puede decirse acerca del uso correcto o incorrecto de las reglas de la sana crítica y de la aplicación al caso del estándar de prueba.

Sólo quedarían "reservados" al tribunal de juicio los enunciados de inmediación, esto es, enunciados emitidos por el tribunal acerca de lo que ha sucedido en su presencia y la de las partes dentro de la sala de audiencias, pues a este respecto sí existe una disparidad: los magistrados de apelación no han estado ahí, no han podido oír lo que ha dicho el declarante, ni han podido observar su comportamiento, expresiones, vacilaciones, silencios, etc. En principio, y pensando en el sistema de registro por actas, éstos son factores que quedarían reservados a la inmediación del juez o tribunal de juicio.

Ahora bien, en este punto son necesarias algunas reflexiones complementarias. La primera es que es verdaderamente muy poco lo estrictamente reservado a la inmediación, esto es, lo que escaparía al control en segunda instancia de la valoración probatoria. El alcance de la inmediación se limita, como hemos visto, a la percepción de la práctica de la prueba, y no se extiende a las inferencias probatorias que de esa percepción puedan extraerse a partir de uso de generalizaciones empíricas, ni a la aplicación de las reglas de la sana crítica, ni a la decisión acerca de si la prueba reunida es suficiente para condenar bajo cierto estándar de prueba (Ferrer Beltrán, 2018, pp. 157-160).

La segunda cuestión se vincula con la mayor o menor fidelidad de los sistemas de registro del debate. En otros tiempos, cuando no había más remedio que exponer los dichos de los testigos en un registro escrito, mediante actas, podía resultar razonable el otorgar una mayor deferencia al tribunal de juicio sobre la evaluación de las pruebas personales. Si se piensa en la fidelidad de los métodos actualmente empleados para registrar lo que sucede en las audiencias, la incidencia de lo reservado a la inmediación es prácticamente insignificante o nula.

En tercer lugar puede decirse que, por lo general, las críticas de las partes a la valoración probatoria expresada en la sentencia no están basadas en la atribución al tribunal de errores de percepción acerca de lo expresado por los testigos en la sala de audiencias, pero aun si ése fuera el caso, frente a la alegación de una discordancia entre lo afirmado como percibido por el tribunal y aquello que efectivamente ha ocurrido, sería sencillo para el tribunal revisor consultar los registros audiovisuales y decidir sobe ese aspecto concreto.[67]

La última reflexión, y quizá la más importante, se relaciona con el interrogante inicial acerca del valor que la Corte Suprema mexicana (y, como vimos, también la argentina) parece conferirles a los llamados "componentes paralingüísticos" de las declaraciones de testigos, víctimas y acusados. En este aspecto resulta necesa-

[67] Una defensa bien preparada, además, debería indicar qué ha dicho el testigo, o cómo deben interpretarse sus dichos, y en qué difieren de lo aseverado por el tribunal. Esto llevaría a identificar los pasajes relevantes del registro audiovisual del debate e incluso del propio testimonio en cuestión, lo que facilitaría aún más esa específica tarea del tribunal revisor.

rio distinguir cuidadosamente las verdaderas ventajas epistémicas de la oralidad y de la inmediación de lo que, en rigor de verdad, constituyen afirmaciones muy discutibles acerca de las capacidades cognitivas de las personas para juzgar, por ejemplo, la sinceridad o insinceridad de una persona que declara a partir de las expresiones de su rostro, o de la "disposición del cuerpo, dirección de la mirada, muecas, sonrojo", para usar las ya citadas palabras de la SCJN.

La inmediación permite que el juzgador perciba por sí mismo, sin intermediarios, los resultados de la prueba, pero no lo convierte en un detector de mentiras. Naturalmente, las ventajas de la inmediación son evidentes si se las compara con un sistema en el cual el encargado de decidir recibe la información mediatizada, de "segunda mano", posiblemente en actas que reflejan sólo parcialmente lo que los testigos o el acusado han dicho. El contacto "cara a cara" del tribunal con las partes y testigos permite que controle que el interrogatorio se practique de la manera más productiva, que rechace preguntas que lleven a confusión al declarante o lo expongan indebidamente a un trato que pueda torcer su declaración, e incluso que pida aclaraciones o profundice una línea de interrogatorio que resulte necesaria para conocer mejor algún aspecto controvertido (Nieva Fenoll, 2010, pp. 28-30 y 38-39). Así, parece razonable reconocerle a la inmediación, como hace Ferrer Beltrán, su importante papel como "mecanismo de reducción de errores al eliminar intermediarios en la transmisión de la información que aportan las pruebas (especialmente las personales)", y notar que la inmediación brinda también "una oportunidad para el desarrollo integral del principio de contradicción y para la participación del propio juzgador en el debate probatorio en contradicción" (2018, p. 157). Ciertos indicadores verbales y no verbales de la declaración, en ese contexto, pueden desempeñar un papel en el marco del juicio oral; así, por ejemplo, "la zozobra o el embarazo del declarante ante una pregunta que pudiera comprometerle será un indicador para quien la ha hecho de que, probablemente, debiera abundar en ella, insistir en esa dirección" (Andrés Ibáñez, 2009, pp. 61-62), y esto podría mejorar la calidad de la información que se obtiene.

Esas ventajas de la inmediación difícilmente puedan discutirse. Sin embargo, los avances en psicología cognitiva señalan que el comportamiento del declarante en la audiencia, en cuanto tal, no es un buen indicador para formarse un criterio

acerca de su sinceridad o precisión. Se ha llamado la atención, en esta línea, acerca de que "en la cultura dominante y en la práctica procesal ha estado y sigue estando muy arraigada la idea de que la expresión corporal ofrece elementos de juicio de particular valor para apreciar la calidad del testimonio, que deben ser atendidos" y se ha advertido, con acierto, que esta manera de abordar el asunto "ha sido llamativamente insensible a las aportaciones de la psicología experimental, que dan cuenta, desde antiguo, del riesgo de tal clase de apreciaciones".[68]

En este sentido, los especialistas en psicología del testimonio coinciden en que muchos errores judiciales serían determinados por una valoración inadecuada de las pruebas personales, valoración que el juez, el jurado o el fiscal hacen directamente, o indirectamente a través de las pericias psicológicas sobre las declaraciones de las víctimas y testigos (Diges Junco, 2010, pp. 52 y ss.; Mazzoni, 2010; Roberts y Zuckerman, 2004, pp. 218-221). Tal como se señala en una obra reciente, la creencia generalmente aceptada es que las personas son capaces de discernir la veracidad o credibilidad de otra sobre la base de su comportamiento, sus gestos o sus expresiones (Saks y Spellman, 2016, pp. 122-123). Sin embargo, la información empírica que recogen los autores, a partir de estudios que han testeado a miles de participantes en la tarea de distinguir mentiras de verdades, demuestra que las personas realmente no son muy hábiles a la hora de hacer ese tipo de evaluación sobre la base del comportamiento del declarante. En efecto, puede afirmarse de modo global a partir de tales estudios que la precisión para distinguir mentiras de verdades es apenas superior al 50% —esto es, escasamente mejor que lanzar una moneda al aire—. Un dato sorprendente, pero de toda relevancia,

[68] Andrés Ibáñez (2009, pp. 58-59). Por eso mismo el autor critica la arraigada concepción según la cual la relación directa del juzgador con las fuentes personales de prueba sería "un contacto intransferible y personalísimo" (por tanto, no susceptible de controles ulteriores) y, a su vez, aclara que "la inmediación no es un método que garantice por sí y sin más un efecto de buen conocimiento, sino un medio […] [q]ue facilita, pero no resuelve, porque la calidad del resultado depende de la calidad del uso" (pp. 61-62). Taruffo, asimismo, ha alertado sobre los riesgos derivados del empleo, en el análisis de la fiabilidad de un testigo y de su declaración, de "criterios psicológicos sin fundamento extraídos de un sentido común que, en realidad, está lleno de errores y de prejuicios", con el señalamiento de que "éste es el aspecto más incierto y peligroso de la valoración de la prueba, del cual el propio juez debe desconfiar asumiendo una actitud de distancia crítica, más que dejarse envolver emocionalmente por él" (2003, pp. 81-84). Contreras Rojas (2015, pp. 147-192 y 313-329) se ocupa también del tema, empleando aportes valiosos de los expertos en psicología del testimonio.

es que la dependencia de "pistas visuales" no sólo no mejora la precisión, sino que la empeora.[69]

En suma, frente a estos hallazgos, parece difícil seguir sosteniendo que el juez o tribunal que presencia el comportamiento de un declarante en la sala de audiencias es portador de un conocimiento "privilegiado" sobre la credibilidad de éste, fruto de esa inmediación, y por ende no susceptible de control ulterior en instancias recursivas.

La inmediación, como hemos visto, tiene otras ventajas indiscutibles y, afortunadamente, éstas no compiten con las ventajas epistémicas de un control amplio, en una instancia revisora, de la valoración probatoria; por el contrario, unas y otras se complementan en la búsqueda de reducir el riesgo de decisiones judiciales erróneas.

V. Conclusiones

El derecho al recurso irrumpió en los derechos nacionales cuestionando muchas verdades asumidas y los modelos de enjuiciamiento penal de la región. La Corte

[69] Saks y Spellman (2016, pp. 123-125). Es esclarecedor, en el mismo sentido, el análisis de Nieva Fenoll: "[l]a credibilidad depende, en realidad, de ese conjunto de conocimientos que se ha solido designar con el nombre de `máximas de experiencia´. Y cada medio de prueba posee las suyas, habida cuenta de que cada uno de esos medios depende de una ciencia indiscutiblemente experimental que suministra esas máximas. Y lo que hay que hacer es recurrir a dicha ciencia a la hora de comprender el significado de cada medio de prueba. En el caso de las declaraciones de personas (partes, testigos y peritos), esa ciencia se ha venido conociendo con la denominación de `Psicología del testimonio´, aunque lo que analiza no son solamente las declaraciones de un testigo, sino también de cualquier persona. Esa ciencia […] se dirige a examinar no tanto la persona del declarante como aquello que declara, que sí que puede ser sometido a una valoración claramente objetiva. Vistas las afirmaciones de una persona, puede comprobarse si las mismas son coherentes internamente, así como si están contextualizadas en una situación que explica el propio declarante, y que es asimismo coherente, o bien se trata de un relato aislado de dicha contextualización, que no es capaz de recordar. O incluso resulta artificiosa al no estar confirmada por ningún dato objetivo tan simple como el tiempo o la temperatura aproximada que hacía en el lugar en que sucedieron los hechos en el momento de su acaecimiento. Además, el relato del declarante debe estar corroborado por datos que avalen lo que dice, para que no parezca que son producto de su imaginación. Ello no son más que algunos de los extremos, sorprendentemente objetivos, que cabe valorar en una declaración para evaluar su credibilidad. Y no puede decirse que los jueces no los tengan en cuenta, porque muchas veces fundan en ellos sus convicciones. Pero lo que resulta totalmente necesario es que expliquen las razones de esa convicción siguiendo como guía, entre otros puntos, los citados, porque son los que utilizan y, probablemente, los únicos que pueden motivar sin hacer de su convicción algo arcano o incomprensible" (2010, pp. 34-36).

Interamericana y las altas cortes nacionales han ido precisando, no sin dificultades, el alcance y contenido de ese derecho y han ido resolviendo distintos aspectos problemáticos que surgen en el reconocimiento y aplicación de esta garantía.

Como se evidencia a partir del breve recorrido realizado en este trabajo, frente a difíciles interrogantes interpretativos el diálogo jurisprudencial resultó fructífero y ha dado pautas fundamentales para optimizar el enjuiciamiento penal democrático, tendiendo a hacerlo más justo y con menos posibilidades de error. En este debate, las altas cortes de la región, como la Suprema Corte de la Nación de México han avanzado y abordado temas cruciales en sintonía con los estándares interamericanos, e incluso se han pronunciado sobre aspectos todavía no abordados en detalle por la Corte Interamericana.

Este derecho nuevo —o joven— está en pleno crecimiento y quizá ciertas imprecisiones y prevenciones frente a ese rápido desarrollo sean naturales y razonables. Aquí se han propuesto algunas reflexiones sobre la distinción, destacada por la doctrina, entre enunciados de inmediación y enunciados inferenciales, y una revisión crítica de algunas asunciones respecto de ciertas "ventajas" comúnmente atribuidas al principio de inmediación, para concluir en que la tensión entre inmediación y control amplio de la valoración de la prueba en la instancia revisora podría ser más aparente que real.

Más allá de lo imprescindible de continuar con estas reflexiones, el diálogo jurisprudencial en esta materia ha permitido ampliar el ámbito de lo revisable y ha moldeado y modernizado los sistemas procesales latinoamericanos. En todo caso, se trata de un debate vital para la vigencia de los derechos humanos y el estado de derecho en la región.

Bibliografía

ACCATINO, D. (2010), "Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 31, núm. 1, 2010, pp. 347-362.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2003), "Sobre el valor de la inmediación. (Una aproximación crítica)", *Jueces para la democracia*, núm. 46, pp. 57-66.

_____, (2009), *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi.

BARREIRO, A. (2003), "Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)", *Jueces para la democracia*, vol. 48, pp. 67-80.

BOUVIER, H. y PÉREZ BARBERÁ, G. (2004), "Casación, lógica y valoración de la prueba", *Pensamiento penal y criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, vol. 9, pp. 171-195.

BOSSUYT, M. J. (1987), *Guide to the travaux préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Boston, Martinus Nijhoff.

CONTRERAS ROJAS, C. (2015), *La valoración de la prueba del interrogatorio*, Madrid, Marcial Pons.

DEI VECCHI, D. (2018), "La apelación por errores en la valoración de la prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales", *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, vol. 51, núm. 153, pp. 711-738.

DE PAULA RAMOS, V. (2019), *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, trad. de L. Criado Sánchez. Madrid, Marcial Pons.

DIGES JUNCO, M. (2010), "La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos", *Jueces para la Democracia*, núm. 68, pp. 51-68.

FERRER BELTRÁN, J. (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

_____, (2018), "Los hechos en la casación penal", *Instituto pacífico: actualidad penal*, núm. 48, pp. 153-175.

GASCÓN ABELLÁN, M. (2010), *Los hechos en el derecho*, 3a. ed., Madrid, Marcial Pons.

GONZÁLEZ LAGIER, D. (2005), *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra.

_____, (2018), "Tres modos de razonar sobre hechos (y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos)", en Vázquez C. (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, Buenos Aires, Editores del Sur, pp. 17-42.

_____, (2020), "¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba", en Ferrer Beltrán, J. y Vázquez C. (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*, Madrid, Marcial Pons, pp. 415-434.

JACKSON, J. D. y SUMMERS, S. J. (2012), *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Madrid, Cambridge University Press.

LANGER, M. (1998), "El principio in dubio pro reo y su control en casación", *Nueva Doctrina Penal*, 1998/A, pp. 215-234.

LIMARDO, A. (2021), "Repensando las máximas de experiencia", *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 2, pp. 115-153.

MAIER, J. B. J. (1996), *Derecho Procesal Penal, t. I: Fundamentos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto.

_____, (2003), "¿Es la `inmediación´ una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. Composición", *Jueces para la democracia*, núm. 49, pp. 13-20.

MAZZONI, G. (2010), *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, trad. de J. M. Revuelta, Madrid, Trotta.

NIEVA FENOLL, J. (2010), "Oralidad e Inmediación en la prueba: luces y sombras", *Civil Procedure Review*, vol. 1, núm. 2, pp. 27-41.

PÉREZ BARBERÁ, G. (2006), "La casación penal y la llamada `capacidad de rendimiento´. Con motivo del caso `Casal´", *La Ley Sup. Penal*, septiembre, pp. 1-21.

ROBERTS, P. y ZUCKERMAN, A. (2004), *Criminal Evidence*, Oxford, Oxford University Press.

SAKS, M. y SPELLMAN, B.A. (2016), *The Psychological Foundations of Evidence Law*, Ney York, New York University Press.

TARUFFO, M. (2003), "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba", trad. de D. González Lagier, *Discusiones*, vol. 3, pp. 81-97.

_____, (2008), *La prueba*, trad. J. Ferrer Beltrán. y L. Manríquez, Madrid, Marcial Pons.

_____, (2010), *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. de D. Accatino, Madrid, Marcial Pons.

TRECHSEL, S. (2005), *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, Oxford University Press.

WEISSBRODT, D. y WOLFRUM, R. (eds.) (1998), *The Right to a Fair Trial*, New York, Springer.

WRÓBLEWSKI, J. (2013), *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de F. J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Lima, Grijley.

Capítulo X

Prisión preventiva justificada *vs.* prisión preventiva oficiosa: una curiosa distinción

Diego Dei Vecchi*

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Doctor en Filosofía del Derecho por la Università degli Studi di Genova, Italia. Investigador Juan de la Cierva, Universitat de Girona, España. Por sus comentarios a la primera versión de este texto agradezco a Marianela Delgado Nieves, Jesús Gutiérrez Estrada y a Sidney Marcos Escobar.

Prisión preventiva justificada *vs.* prisión preventiva oficiosa: una curiosa distinción. I. Introducción; II. La prisión preventiva en el SIDH: un argumento clásico; III. La prisión preventiva en México: la falta de un argumento; IV. ¿La prisión preventiva oficiosa como un caso de presunción iuris de peligrosidad?; V. ¿Una antinomia dentro del SIDH?

El precepto aludido dispone las causas de procedencia para la imposición de la prisión preventiva justificada —para diferenciarla con la prisión preventiva oficiosa—, estableciendo que el Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de Control dicha medida cautelar o el resguardo domiciliario, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes...[1]

I. Introducción

En las páginas que siguen me propongo plantear algunas reflexiones relativas al instituto de la *prisión preventiva oficiosa* previsto en los artículos 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP).

Se tomarán como punto de partida ciertos compromisos que, por medio de sus decisiones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) y algunos Tribunales Colegiados de Circuito dicen asumir respecto de la prisión preventiva en general. Estos compromisos conciernen al marco dentro del cual ha de encuadrarse el encarcelamiento sin condena a efectos de no violentar garantías

[1] Sentencia recaída al Amparo en Revisión 297/2017, Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Ponente: Francisco Javier Sarabia Ascencio, 26 de abril de 2018.

procesales básicas. En general se trata de una serie de postulados que se han ido consolidando en el marco del llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) y que fijan las condiciones de legitimidad de la prisión preventiva. De entre ellas, algunas delimitan la actividad legislativa, a modo de exigencias que enmarcan la articulación legislativa del instituto; otras, en cambio, delimitan la actividad judicial, como exigencias relativas a las decisiones que determinan la aplicación del encarcelamiento cautelar en casos concretos.[2]

La prisión preventiva consiste en el encarcelamiento, durante los procesos penales, de personas acusadas por la comisión de algún delito. En este sentido, se trata de una medida materialmente idéntica a la más grave pena admitida dentro del sistema penal, *i.e.* el encierro de personas en cárceles; con la diferencia crucial de que la prisión *preventiva* se dispone en perjuicio de personas todavía no juzgadas ni, por ende, condenadas. Es decir, se trata del encierro en cárceles de las personas que, de conformidad con un mandato constitucional (además de "convencional"), están bajo la órbita de protección de la presunción de inocencia.

En este trabajo denomino SIDH al conjunto de normas que emergen de las disposiciones normativas que componen los tratados y convenciones usualmente identificados como *Documentos Básicos*[3] de la OEA. El modo en que esas normas

[2] Esos postulados se cristalizan, en general, a partir de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Son estos instrumentos, en definitiva, los que dotan de contenido a los tratados de derechos humanos a cuya aplicación o interpretación se dirigen. Sobre el poder unificador que este conjunto de decisiones posee, véase Zavala Baquerizo (2005, pp. 86 y ss.).

[3] Los *Documentos Básicos* incluyen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (del 2 de mayo de 1948; en adelante DADDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde julio de 1978; en adelante CADH). Luego de ellas se introdujo la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), los Protocolos Adicionales a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988), y el relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990), así como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como "Convención de Belém do Pará", 1994); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999); la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013), la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013) y la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de Personas Mayores (2015). Asimismo, se incluyen la Carta de la OEA, la Carta Democrática Interamericana y la Carta Social de las Américas y, adicionalmente, las siguientes declaraciones aprobadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Princi-

emergen y son sistematizadas depende en una medida muy importante de la labor interpretativa que de los tratados y convenciones han venido llevando a cabo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH).[4]

En lo que aquí interesa, la Corte IDH y la CIDH han fijado su posición respecto del instituto de la prisión preventiva en varios fallos e informes, muchos de ellos hoy sumamente conocidos. La primera gran exigencia consiste en que la prisión preventiva debe ser concebida en cada ordenamiento como una *medida cautelar* y no como una medida punitiva. Este requerimiento atañe tanto al diseño legislativo interno propio de cada ordenamiento pretendidamente inserido en el SIDH, como a las decisiones que, dentro de ese ordenamiento, procuren aplicar el instituto a casos concretos. La razón primordial que parece informar esta exigencia radica en que la concepción cautelar de la prisión preventiva es el único modo de hacer compatibles, por un lado, el encarcelamiento de una persona durante un procedimiento en que se investiga su participación en algún delito y, por el otro, la presunción de inocencia de que, en teoría, esa persona goza durante todo el procedimiento:

> [...] el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, *la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.*[5]

pios sobre Libertad de Expresión; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas; Principios sobre Políticas de Memoria en las Américas; Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Incluidos los Refugiados, los Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas. Para mayor detalle, véase «http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/introduccion.asp».

[4] En este orden de ideas, la construcción de un sistema normativo suele ser vista como el producto de un trabajo conjunto de una "legislatura" y un conjunto de órganos encargados de dotar de significado a las disposiciones legisladas. En este trabajo conjunto cumplen también un rol crucial las teorías dogmáticas y las propuestas interpretativas provenientes del ámbito académico. Sobre el modo en que se articulan todas estas labores, véase Guastini (2014; 2015).

[5] Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, §145.

La imposición de la concepción cautelar como un requisito genérico de configuración de la prisión preventiva acarrea varias consecuencias específicas que más adelante expondremos en detalle. Sobre la base de ello, en este trabajo se pondrá de manifiesto la incongruencia de invocar y suscribir las exigencias del SIDH legitimando al mismo tiempo la prisión preventiva oficiosa. Se sostendrá que, en rigor de la verdad, en materia de prisión preventiva oficiosa, el ordenamiento mexicano —lejos de adecuarse a los requerimientos del SIDH— pasa sobradamente por alto exigencias centrales. De todos modos, también se sugerirá que, dentro del ordenamiento normativo que configura el SIDH, parece haber una importante inconsistencia.

II. La prisión preventiva en el SIDH: un argumento clásico

Lo que hoy se conoce como *concepción cautelar* de la prisión preventiva consiste en una construcción de raigambre dogmática que procura legitimar el encarcelamiento de personas no condenadas, durante un proceso penal, frente a la presunción de inocencia y el derecho a la libertad ambulatoria. Esta construcción se remonta a los tiempos de la Revolución Francesa, lo que podría darle un aire algo paradójico, pues en esa revolución germinó lo que se conoce hoy como "el cambio de paradigma del enjuiciamiento penal": un movimiento cuyos objetivos principales se dirigían a humanizar el proceso, a garantizar un fuerte derecho de defensa, a cristalizar la presunción de inocencia, etc. En general, el movimiento se dirigía a mejorar la situación de las personas imputadas, procesadas, juzgadas y, finalmente, condenadas. De allí que pueda resultar algo extraño que el bastidor argumental que sostiene hasta hoy el encarcelamiento de personas imputadas y no condenadas se haya montado en las entrañas mismas de ese movimiento.

Es posible que hasta ese entonces la aquiescencia frente a la prisión preventiva se haya apoyado, conscientemente o no, en el hecho de que existían medidas y penas consideradas mucho más graves y dañinas que el *mero* encarcelamiento. En ese contexto, encerrar en prisión a personas no condenadas podría quizás no haberse percibido como algo tan estridente. Pero, aun siendo éste el caso, esta visión difícilmente podría haberse mantenido incólume frente a dos postulados

morales relativos a la legitimidad de los ordenamientos jurídicos propios del "cambio de paradigma", pues estos postulados generan tensiones de gran calado frente al encarcelamiento preventivo. El primero de esos postulados emana de la idea de que ningún ordenamiento jurídico en que las personas puedan ser penadas sin debido proceso y condena previos resulta moralmente aceptable. De allí que, desde entonces, se asumió que la presunción de inocencia debía consagrarse como un derecho universal dentro de todo ordenamiento jurídico estatal que se pretenda legítimo. El segundo postulado apunta a la necesidad de mitigación de las penas, lo cual vino acompañado de un cambio de visión respecto de las finalidades que justifican su imposición a las personas que hayan delinquido.[6] Estas iniciativas avanzarían desde el siglo XVIII hasta nuestros días haciendo que casi todos los países del mundo, México entre ellos, reduzcan su medida punitiva más gravosa al *mero* encarcelamiento y reconozcan la presunción de inocencia como un derecho fundamental de toda persona a la que le sean aplicables las reglas jurídicas de ese ordenamiento.[7]

Como se decía anteriormente, la cristalización de esos postulados generaba importantes tensiones frente a la prisión preventiva, algo que difícilmente podían pasar por alto los ilustrados.[8] Pero compatibilizar el encarcelamiento sin condena

[6] La discusión sobre los fines y justificaciones de las penas no puede ser abordada aquí siquiera mínimamente. Para un desarrollo detallado véase Ferrajoli (2005, III § 7).

[7] La presunción de inocencia se encuentra expresamente consagrada en numerosos documentos normativos que forman parte del SIDH y está expresamente prevista en la CPEUM. Véanse, por ejemplo, los artículos XXVI, primera parte, de la DADDH y 8.2 de la CADH. También los artículos 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (en adelante DUDH); y 6, parte 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por su parte, la CPEUM establece en su artículo 14 que "[n]adie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho"; y dispone en su artículo 20.B.I, dentro de los derechos de toda persona imputada, el derecho a que "que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa".

[8] La cuestión de la presunción de inocencia es sumamente compleja y no puede abordarse en detalle en este espacio. De esta fórmula suelen extraerse al menos dos reglas relativamente independientes: (i) la regla que impone el deber de tratar a las personas imputadas como inocentes y (ii) la regla que impone la carga de la prueba a la parte acusadora. Adicionalmente, suele invocarse a la presunción de inocencia como el postulado del cual emerge (iii) la regla que impone absolver en caso de duda (*in dubio pro reo*). En este trabajo me centraré en la presunción de inocencia como regla de trato. Sobre las muchas cuestiones que el postulado suscita, Bargis (2000); Carrara (2004a, pp. 424-425); Carrió (2005); Ferguson

con la presunción de inocencia no requeriría más que de un sencillo argumento, esbozado ya en el marco revolucionario. El argumento iría más o menos del siguiente modo:

> (a) La presunción de inocencia prohíbe tratar a las personas imputadas como culpables hasta tanto haya recaído condena (¿firme?) en su contra. (b) Tratar a una persona como culpable es someterla a la pena que le correspondería si fuese responsable de aquello de que se la acusa. (c) Se sigue de allí que la presunción de inocencia sólo prohíbe someter a las personas imputadas no condenadas a la pena que les correspondería como responsables por haber hecho aquello de lo que se las acusa. (d) Las medidas cautelares no son penas. (e) El encarcelamiento sin condena en nada afecta la presunción de inocencia, en tanto y en cuanto se lo conciba como *medida cautelar.*[9] *Prisión preventiva y presunción de inocencia son compatibles.*

Ferrajoli ha considerado a este artilugio argumental un "fraude de etiquetas" (2005, p. 556). Como la suya, muchas de las críticas al instituto de la prisión preventiva apuntan a esta "distinción conceptual" entre las facetas punitiva o sustantiva y cautelar del encarcelamiento y a veces se agotan en ella.[10] Creo que estas críticas, a más de ser defectuosas, desvían el foco de atención respecto del punto más importante a discutir, pues la posibilidad de distinguir conceptualmente estos dos institutos, o incluso asumir que la prisión preventiva es compatible con la presunción de inocencia, no dice mucho todavía acerca de por qué estaría justificado el encarcelamiento preventivo, sobre todo ante el derecho a la

(2016); Fernández López (2005); Ferrer Beltrán (2010); Fletcher (2007, p. 398); Garofoli (2000); Giocoli Nacci (2000); Grevi (2000); Illuminati (1979); Laudan (2005); Roberts (2014; 2020); Stumer (2018); Tadros (2014); Tomlin (2014); Vázquez Sotelo (1984).

[9] Véanse Beccaria (1996, p. 60); Carrara (2004b, pp. 401-402); Carrara (2004c, pp. 161-162, §897). Sobre la relación de los ilustrados con la prisión preventiva, Ferrajoli (2005, p. 551); Maier (2011, p. 380). El primero sostiene: "[n]inguno de ellos llega, sin embargo, a pedir coherentemente la supresión del vituperado instituto: cual si se tratase de una `injusticia necesaria´" (Ferrajoli, 2005, p. 552, véanse las notas 31 a 49).

[10] Ello bajo la asunción de que el encarcelamiento "tiene siempre naturaleza de pena" (Vitale, 2007, p. 59). Los fundamentos en que se sustenta esta afirmación se reducen a las idénticas consecuencias que el encarcelamiento tiene para la persona encerrada, sea cual fuere el fin institucional en cada caso. Véase, en este sentido, Carrara (2004b), así como también Bovino (2005a; 2005b, p. 98); Kees (2006); Oropeza Barbosa (2007). Expuse algunas críticas a los argumentos alegados contra la posibilidad de distinguir conceptualmente entre prisión punitiva y prisión preventiva en Dei Vecchi (2017, §3.1).

libertad ambulatoria. Desde mi punto de vista, los argumentos que es necesario desmembrar y analizar más profundamente son los alegados en esta última dirección y no tanto los elaborados para distinguir prisión como pena y prisión como medida cautelar o aquellos dirigidos a anular esta distinción. Es curioso observar lo precario de estos argumentos, tanto en doctrina como en jurisprudencia; de hecho, la justificación del encarcelamiento como medida cautelar en este específico sentido suele reducirse a afirmaciones dogmáticas.[11]

De todos modos, cabe ahora centrarse en la versión *interamericana* del argumento de la distinción y extraer las consecuencias centrales que de él se siguen, pues el artilugio de la "naturaleza cautelar" ha guiado la articulación legislativa y aplicación de la prisión preventiva en gran parte del globo, por varios siglos, y ha sido expresa y enfáticamente delineado tanto por la Corte IDH cuanto por la CIDH. Asimismo, como veremos, la SCJN ha manifestado con insistencia su adhesión a la concepción cautelar de la prisión preventiva como único salvoconducto para sostener que, en el país, la presunción de inocencia se mantiene indemne. En este sentido, la Corte IDH parece no encontrar obstáculos para la validez de la prisión preventiva. A la luz de su jurisprudencia, en el SIDH, como en muchos otros ordenamientos supraestatales y estatales, el carácter *cautelar* de la prisión preventiva salva al instituto frente a su sólo aparente tensión con la presunción de inocencia.

Ahora bien, ¿de qué depende que un encarcelamiento sea punitivo y otro cautelar? ¿Cómo verificar que en cierto ordenamiento la prisión preventiva es efectivamente concebida y aplicada como medida cautelar y no como una pena anticipada?

Esto depende del respeto de ciertas exigencias que apuntan en dos direcciones. Por un lado, hacia el diseño legislativo del instituto, es decir, el establecimiento

[11] "A no dudarlo, es indispensable adoptar medidas en relación con el sujeto, considerado probable autor de delitos. Su aseguramiento está encaminado a evitar intranquilidad social, venganzas, destrucción de vestigios dejados al ejecutarse la conducta o hecho delictuoso, etc. [...] Es un mal necesario para la realización de la propia justicia" (Colín Sánchez, 2012 [1964], p. 231). En Argentina es usual invocar como justificación suficiente, sin más explicación, la frase *afianzamiento de la justicia* que forma parte del preámbulo constitucional: véase Cafferata Nores (1988, p. 5); en sentido similar, Chiara Díaz (2005, p. 15). *Cfr*. las consideraciones de Bovino (2005b, p. 99); Dworkin (2002, p. 59); Ferrajoli (2005, p. 555); Maier (2011, p. 418); Pérez Barberá (1992); Vitale (2007, p. 100).

de disposiciones normativas (formulaciones legislativas, etc.) acordes con la concepción cautelar. Por el otro lado, las exigencias apuntan a la aplicación de la medida en cada caso concreto por medio de decisiones judiciales.[12] Esto último tiene efectos, por su parte, tanto sobre la interpretación de las disposiciones normativas pertinentes cuanto, sobre todo, respecto de las cuestiones probatorias. Por mor de brevedad presentaré estas exigencias en el modo más sucinto y sistemático que me sea posible. Las exigencias que señalaré, por lo demás, no deben considerarse exhaustivas. Me centraré en los aspectos más relevantes a efectos de abordar el problema de la prisión preventiva oficiosa en México.

1. Límites relativos al diseño legislativo

A. La medida debe estar regulada de modo tal que su aplicación sea *excepcional*. La regla ha de ser la libertad de todas las personas imputadas hasta tanto sean eventualmente condenadas.[13] Este requerimiento se condice con una característica general de las medidas cautelares, un rasgo impuesto ya desde la doctrina procesalista tradicional. La excepcionalidad es, sin embargo, algo engañosa, pues lo que indica superficialmente es que la medida debe entenderse como de *ultima ratio*, el último recurso por aplicar frente a las situaciones ante las cuales se la considera justificada. Pero bien podría ser que en cierto contexto social esas situaciones se den en la mayoría de los casos. De modo que, aunque prevista como *normativamente* excepcional, la realidad podría terminar por convertir a la medida en "la regla" de acuerdo con lo que (*empíricamente*) *id quod plerumque accidit*.[14]

---

[12] Aunque en algunos ordenamientos podría ser el caso que la competencia para fundamentar la aplicación de la prisión preventiva se deje en manos de operadores del Ministerio Público o semejantes, no me ocuparé aquí de este asunto.

[13] Corte IDH, *Caso J. vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, §157; *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, §106; *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, §74; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, §196; *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, §67, y *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206, §67. Véase también: CIDH, Informe 86/09, *Jorge, José y Dante Peirano Basso. Uruguay*, 6 de agosto de 2009, §§159 y ss.

[14] Sería algo así como lo siguiente: supongamos que en un ordenamiento constitucional OC hay un deber para el legislador de restringir las penas al máximo posible, es decir, las penas se entienden como medidas regidas por el principio de excepcionalidad o *ultima ratio*. Y supongamos que, en esa comunidad,

Esto exige distinguir la excepcionalidad *teleológico-normativa* de la excepcionalidad *empírica*. La exigencia de excepcionalidad respecto de la prisión preventiva consiste tan solo en lo primero: ella requiere que la prisión preventiva esté condicionada a la presencia de ciertas condiciones estrictas, excepcionales; pero bien podría ser el caso que, por una contingencia empírica, esas condiciones se den respecto de la mayoría de las personas acusadas en un determinado fragmento espacio-temporal.

De allí que sea necesario operar con mucha cautela frente a los informes estadísticos relativos a aplicaciones de encarcelamientos cautelares;[15] no porque no sean significativos, sino porque lo son en varias facetas diferentes que no siempre se distinguen y abordan de manera cuidadosa. No sólo hay que quedarse con el porcentaje de personas presas sin condena frente a las ya condenadas, ni tampoco hay que limitarse a ver qué porcentaje de personas imputadas son encarceladas durante los procesos seguidos en su contra. Éstos son datos importantes, sin dudas, pero lo central es dar un paso más y tratar de vislumbrar (a) cuáles son las reales situaciones ante las cuales *se está considerando justificado* aplicar esa medida y (b) bajo qué parámetros se considera que estas situaciones han quedado *acreditadas*.

La *excepcionalidad* como exigencia normativa fuerte apunta precisamente al *fin* específico del encarcelamiento cautelar y, consecuentemente, a lo peculiar de las situaciones ante las cuales puede considerarse justificado encarcelar a personas no condenadas. En este sentido, la excepcionalidad —como límite de validez material del instituto—[16] apunta a que la prisión preventiva debe ser una medida aplicable con el cometido exclusivo de *neutralizar peligros que se ciernan sobre los fines puramente procesales*:

con un espíritu *de derecho penal mínimo* (Ferrajoli, 2005, pp. 103-108), se decide que las únicas conductas ante las cuales se considerarán justificadas las penas son los homicidios. Podríamos decir que la exigencia *normativa* de excepcionalidad se ha satisfecho, pero si la mayoría de las personas que conforman esa comunidad comete homicidios y es condenada por ellos, entonces la pena se volverá de algún modo (*empíricamente*) "la regla".

[15] Véase el valioso documento de la CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 30 diciembre 2013.

[16] Una norma es *materialmente* inválida cuando contradice o no se condice con el contenido de una norma jerárquicamente superior.

> [...] la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.[17]

La razón parece muy sencilla: desde el punto de vista "empírico", es decir, en su manifestación externa, los encarcelamientos punitivo y cautelar son indistinguibles, ambos consisten en encerrar seres humanos en jaulas. Lo único que podría disociarlos es la finalidad con que uno u otro se ejecutan; así como la multa se distingue del impuesto en virtud de sus diferentes fines y condiciones de aplicación. Los fines preventivo-generales o preventivo-especiales son propios de las *penas*. Por consiguiente, si la prisión preventiva es válida en tanto y en cuanto no sea una *pena*, su finalidad habrá de ser otra, una finalidad *cautelar*. De la excepcionalidad *teleológico-normativa* así entendida se sigue, luego, que las normas que regulen el instituto habrán de condicionar el encarcelamiento preventivo a la presencia de ciertos específicos supuestos de hecho.

B. El supuesto de hecho de la norma (cuya consecuencia jurídica es, naturalmente, el encarcelamiento de la persona imputada) debe contener, como mínimo, las siguientes condiciones de aplicación:

a. *Fumus commissi delicti:*[18] debe haber cierto caudal de pruebas que indiquen que el delito existió y que la persona imputada participó en él.[19]

---

[17] Corte IDH, *J.*, § 145. Sobre el punto, véanse también: Corte IDH, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez,* § 103, y *Barreto Leiva*, § 111.

[18] Corte IDH, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez* § 101, y *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*. Sentencia de 27 de noviembre de 2012, Serie C No. 241, § 106.

[19] Este supuesto de hecho, al menos en principio, no difiere cualitativamente del que constituye el objeto del proceso, el caso en cuestión. Lo que cambiaría respecto a la decisión sobre el fondo de la cuestión (por ej., la decisión de condena) es, para decirlo quizás demasiado rápidamente, el estándar de prueba, el criterio de suficiencia (véase Ferrer Beltrán, 2018). *Cfr*. Ferrua (2007, p. 344). Muchos trabajos académicos dedicados al encarcelamiento preventivo, así como gran parte de las decisiones judiciales que lo aplican, se preocupan más por la justificación de este supuesto de hecho, que por los relativos a la peligrosidad procesal e indispensabilidad (*cfr*. Bocchini, 2008; Catalano, 2008; Maier, 2011, p. 85; Negri, 2004). A veces incluso han desdibujado en buena medida la distinción entre ambos presupuestos fácticos (véase Ramajoli, 1996, p. 40).

b. Peligro procesal:[20] consistente en el riesgo de fuga o de entorpecimiento.

c. Indispensabilidad: por ausencia de otras medidas idóneas para neutralizar el peligro.[21]

2. Límites relativos a la motivación de las decisiones aplicativas de la prisión preventiva (*i.e.* las decisiones que apliquen las disposiciones a las que se aludió anteriormente)

A. Las disposiciones han de interpretarse a la luz del espíritu *cautelar.* Esto no ha sido expresamente dicho por la Corte IDH, pero pareciera una exigencia obvia que la jurisprudencia local no pueda desbaratar aquello que se había impuesto a la legislatura.

B. Las decisiones aplicativas del instituto deben estar expresamente *motivadas.*[22]

C. La motivación relativa al supuesto de hecho sólo se satisface por medio de *prueba genuina* de la presencia de cada una de las condiciones de aplicación.[23] Sobre este último punto cabe precisar algunas cuestiones. Vale la pena reproducir las palabras textuales de la Corte IDH:

> Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva.[24]

---

[20] Corte IDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, §77; *Barreto Leiva*, §§67, 111.

[21] *Cfr*. Corte IDH, *Tibi,* §106; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207.

[22] "Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención" (Corte IDH, *J.*, §158, remitiendo en este punto al *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C No. 137, §128, y al *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, §166. El artículo 7, inciso 3º de la CADH dispone que "[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios"; el artículo 9, inciso 1º del PIDCP, que "[n]adie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias…". Véase también: CIDH, Informe 2/97, Casos 11.205 y otros. Argentina, 11 de marzo de 1997, §19.

[23] Sobre la relación entre la motivación y la prueba, véase Ferrer Beltrán (2021, cap. III).

[24] Corte IDH, *López Álvarez*, §68; *Caso Bayarri vs. Argentina*. Sentencia de 30 de noviembre de 2008, Serie C No. 187, §74. También: CIDH, Informe 35/07, *Jorge, José y Dante Peirano Basso. Uruguay*, 14 de mayo de 2007.

> El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.[25]
>
> De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia.[26]

A su vez, en palabras de la CIDH:

> [...] El juez, en cada caso, es quien debe establecer si esa presunción *prima facie* establecida por el legislador tiene fundamento en la necesidad de preservar los fines del proceso.
>
> [...] *la gravedad del delito investigado no responde a los criterios de peligro procesal establecidos para fundamentar la prisión como medida cautelar*. Por el contrario, constituye una respuesta fundada en un criterio material, no procesal, que contiene un claro carácter retributivo, que mira hacia el hecho investigado y no hacia el proceso de investigación. Ello contraviene el principio de inocencia enunciado en el artículo 8(2), primera parte, de la Convención.[27]

En síntesis: en el SIDH, la prisión preventiva es legítima si, y sólo si, opera legislativa y jurisprudencialmente como medida cautelar. La prisión preventiva opera legislativamente como medida cautelar si, y sólo si, está condicionada a la verificación del *fumus commissi delicti* y de cierto *peligro procesal*. Por su parte, la prisión preventiva opera jurisprudencialmente como medida cautelar si, y sólo si, en cada caso se la aplica luego de la verificación de esos dos condicionantes.

---

[25] Corte IDH, *Barreto Leiva*, §115.
[26] Corte IDH, *J.*, §159, que remite en estos puntos a *Palamara Iribarne*, §198; *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C No. 152, § 90; *Usón Ramírez*, §144.
[27] CIDH, Informe 86/09, §§160 y 166, énfasis añadido. Véase, asimismo, el Informe 35/07.

III. La prisión preventiva en México: la falta de un argumento

En el marco de la muy importante y prometedora reforma del sistema de enjuiciamiento penal que México inició a partir del año 2007,[28] uno de los objetivos primordiales fue el de adecuar la prisión preventiva a las exigencias de legitimidad que emergen de los postulados antedichos. En el Anteproyecto de Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos (Segunda), relativo al Código Nacional de Procedimientos Penales, puede leerse lo siguiente:

> XI. Que la regulación de las medidas cautelares, entre ellas la prisión preventiva, sea acorde con los principios constitucionales y con los instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por México y que ahora constituyen el bloque de regularidad constitucional, en virtud de la reforma de derechos humanos publicada en 2011.

En general, este objetivo se buscó supeditando la aplicación de la prisión preventiva, así como también las demás medidas cautelares (art. 155 del CNPP), a ciertos condicionamientos específicos.

A. El primero de ellos es el presupuesto previsto en el artículo 154 del CNPP (I. imputación y pedido de plazo constitucional; o II. dictado de Auto de Vinculación a Proceso, en adelante AVP).

B. De la lectura de la sección dedicada a la imposición de medidas cautelares —en especial, la prisión preventiva— alguien podría llegar a pensar que la verificación del *fumus commissi delicti* no forma parte de las condiciones de aplicación de dichas medidas en el CNPP. Aunque esto es muy discutible, tiendo a pensar que el requisito puede considerarse previsto como un presupuesto de la prisión preventiva, aun cuando, sin dudas, opera con cierta singularidad o matiz. La razón es la siguiente: la cuestión de la prisión preventiva (o la relativa a la imposición de otras

[28] Véase García Ramírez (2010).

medidas cautelares) se discute en la audiencia inicial (art. 313 del CNPP). Esta audiencia puede conducir a uno de dos resultados (asumiendo que el proceso avanza): o bien lleva directamente al AVP, o bien el dictado de este último se aplaza si la persona imputada solicita acogerse al plazo constitucional (art. 313 del CNPP). De entre los requisitos del dictado del AVP, uno de ellos consiste en constatar que:

> De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo... [art. 316, inc. III].

Así las cosas, cuando la prisión preventiva se resuelve luego del AVP (art. 154, inc. II) se podría sostener plausiblemente que el *fumus commissi delicti* se satisface con las consideraciones probatorias propias de ese auto.[29] Sin embargo, en todos aquellos casos en que la prisión preventiva (o la medida cautelar de que se trate) se resuelva antes del AVP (en los términos del art. 154, inc. I del CNPP) pareciera que ella se impone con independencia de la verificación de ese requisito (al menos hasta tanto se celebre la audiencia correspondiente y se dicte el AVP o el auto de no vinculación a proceso, luego de vencido el plazo constitucional).[30] Sea como fuere, y aunque creo que amerita un tratamiento particularizado, en lo que sigue dejaré de lado este problema por razones de extensión.

C. El tercer requisito, el más relevante a efectos de poder decir que la prisión preventiva se concibe estrictamente como una medida cautelar, es el relativo al

[29] Un punto adicional de relevancia estriba en determinar en qué consiste el *fumus commissi delicti*. Una opción es considerar que ello consiste en la prueba de la existencia del mismo e idéntico hecho en virtud del cual se impondría la condena, pero con un estándar de prueba más bajo —menos exigente— que el requerido para ello. La otra opción es la de entender que el *fumus* exige (acaso adicionalmente) justificar un pronóstico de "éxito procesal" en el sentido de que el procedimiento puede plausiblemente llevar a condena. Sobre el punto pueden verse, con diversas posturas: Dei Vecchi (2017, §6.1); Ferrer Beltrán (2018, pp. 105-106); Ferrua (2007, p. 344); Negri (2004).

[30] Véanse los artículos 313, 315 y 319 del CNPP.

periculum libertatis o peligrosidad procesal: el pronóstico de frustración de los fines del proceso como contrafáctico del estado de libertad del acusado.[31]

D. Por último, la medida de que se trate, en nuestro caso la prisión preventiva, debe ser *condición necesaria* para la neutralización de dicho peligro procesal, es decir, el encarcelamiento debe ser indispensable, una medida de *ultima ratio* para evitar el mal que quiere neutralizarse.[32]

[31] Véanse los artículos 153, 158, 168 (peligro de sustracción del imputado), 169 (peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación) y 170 del CNPP (riesgo para la víctima u ofendido, testigos o para la comunidad). En sentido equivalente, véase el artículo 137 respecto de las medidas de protección y el 138 del CNPP respecto de las providencias precautorias. Aquí cabe una aclaración. Las causales de procedencia a que refiere el artículo 170 del CNPP son de aquellas usualmente consideradas, genéricamente, como relativas a la "peligrosidad social" de las personas imputadas. Se trata de causales de procedencia altamente polémicas. Pues, aun aceptando como legítima la concepción cautelar de la prisión preventiva, lo cierto es que los riesgos a cuya neutralización se apunta en esos casos no se corresponden de ningún modo con los fines tradicionalmente asignados al proceso penal (*i.e.* descubrimiento de la verdad y actuación de la ley penal). Muy por el contrario, son peligros íntimamente vinculados con las teorías prevencionistas de la *pena* (*i.e.* aquellas según las cuales los fines que justifican la pena son la prevención general —sea positiva o negativa— o la prevención especial —también en cualquiera de las dos variantes—). Por consiguiente, normas como la que emana del artículo 170 del CNPP conllevan un liso y llano abandono de la concepción cautelar y conducen a una *sustantivización* del instituto (al menos en relación con los casos allí establecidas). Si era la concepción cautelar lo que garantizaba la compatibilidad entre prisión preventiva y presunción de inocencia, habrá que buscar ahora algún argumento adicional. Véanse De Caro (2000, pp. 172-173); Illuminati (1979, p. 43); Paulesu (2009, p. 131). Quienes aún en estos casos defienden la validez del encarcelamiento pretenden que, siendo también finalidad del proceso la de tutelar a la sociedad, tal medida seguiría distinguiéndose de la pena cuando responda a ese fin en lo *estrictamente procesal*. Defienden la introducción de este motivo de procedencia en Italia, entre otros, Baldi (2008, p. 322); Chiavario (1977, p. 237); Grevi (1976, p. 333; 1983, pp. 9-11); Illuminati (1979, p. 43). Ésta es una posición que ha sido familiar, al menos históricamente, en la jurisprudencia mexicana. En efecto, para la SCJN, dentro de los fines procesales estaría el de "evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad". Entre los doctrinarios se ha dicho que "[l]a revisión de esta evolución jurisprudencial revela que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha visualizado la prisión preventiva como una medida cautelar tendente a proteger a la sociedad del riesgo que implica una persona que, presuntivamente, cometió un delito" (Flores Rodríguez, 2013, p. 43, véase también p. 48). En el mismo sentido, Díaz de León (2000, p. 1762); Zamora Pierce (2000). Algunas posiciones críticas en Oropeza Barbosa (2007); Uribe Benítez (2009); Zepeda Leucona (2009). Desde mi punto de vista, esta pretensión es ininteligible. Si el único rasgo distintivo entre prisión punitiva y prisión preventiva, *i.e.* el aspecto teleológico, se ha unificado, entonces no queda terreno firme a partir del cual trazar la distinción. Pretender excluir en estos casos a la prisión preventiva del campo prohibitivo de la presunción de inocencia, en cuanto veta tratar a los imputados como culpables, resulta, como mínimo, forzado. Véanse, en este sentido, Maier (2011, p. 392); Pessoa (2005, p. 62). En esta orientación también CIDH, Informe 86/09, §84.

[32] Artículo 153 y 156 del CNPP. El artículo 19 de la CPEUM en su párrafo segundo establece que la prisión preventiva procede solo si otras medidas cautelares no son suficientes, y el artículo 19 del CNPP establece que la prisión preventiva es, en efecto, excepcional. El artículo 167 del mismo código establece

Hasta aquí, dejando a salvo los breves comentarios relativos a la singularidad del modo en que se trata el *fumus commissi delicti*, todo parece acomodarse bastante bien frente a las exigencias de la concepción cautelar, tal como ha sido delineada en el SIDH. En este orden de ideas, ya en el año 2012 aparecía la siguiente tesis aislada:

> Conforme al artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, no pueden suprimirse el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la propia convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Ahora bien, la privación de la libertad de una persona en forma preventiva con arreglo a la ley y al procedimiento fijado para ello no constituye una transgresión al principio de presunción de inocencia, toda vez que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, permite que se restrinja la libertad de una persona como medida cautelar, mediante un auto de formal prisión dictado por un delito que merezca pena de prisión; lo que es acorde con el artículo 7.2 de la referida Convención que dispone que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, máxime que el detenido preventivamente no purga una pena anticipada.[33]

En el Amparo en Revisión 279/2019 se ratificó expresamente la prisión preventiva como *medida cautelar,* apelando a la jurisprudencia de la Corte IDH.[34] Se discutía en ese caso sobre la peligrosidad procesal del imputado y sobre la necesidad de encarcelarlo. Lo interesante es observar cómo el tribunal evalúa la validez de la

---

en su primer párrafo la *indispensabilidad* de la prisión preventiva como condición de procedencia. No me ocuparé aquí mayormente de este problema.

[33] Tesis [A.]: 1a. CXXXV/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XI, agosto de 2012, tomo 1, p. 493. Registro digital 2001432.

[34] Sentencia recaída al Amparo en Revisión 279/2019, Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Ponente: Ricardo Paredes Calderón, 20 de febrero de 2020. En lo que aquí importa, se citan: Corte IDH, *Gangaram Panday vs. Surinam*. Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C No. 16, §47; Corte IDH, *J.*, §158; Corte IDH, *Amrhein y otros vs. Costa Rica*, Sentencia de 25 de abril de 2018, Serie C No. 354, §355. Véase también la Sentencia recaída al Amparo en Revisión 538/2018, Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimoséptimo Circuito, Ponente: Refugio Noel Montoya Moreno, 30 de agosto de 2019.

prisión preventiva que el imputado impugnaba solventando, por remisión a la CPEUM y al CNPP, las exigencias que el SIDH impone:

> [...] con base en lo expuesto en los párrafos que anteceden, tenemos que de acuerdo a la Constitución Federal, el CNPP y los criterios que respecto el artículo 7.3 de la Convención Americana, ha emitido la Corte Interamericana, *la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar será arbitraria, cuando:* [n]o sea posible revisarla o reevaluarla; [n]o sea necesaria; [n]o sea proporcional; [n]o esté prevista en la ley; [e]l riesgo pueda cautelarse por medidas menos lesivas; y, [e]xista una insuficiente o nula motivación sobre la necesidad y proporcionalidad en su imposición.[35]

En la misma orientación parece ir el Amparo en Revisión 230/2019.[36] Se trata de una sentencia en la que se resuelve una impugnación no limitada a la prisión preventiva. En el recurso se impugnaba la fundamentación probatoria del AVP y se agregaba como agravio la ausencia de justificación para imponer la prisión preventiva. El *ad quem*, luego de transcribir los artículos 7 y 8 del CADH y el 9 del PIDCP concluye que la prisión preventiva no está prohibida en el SIDH, aunque ha de establecerse como medida de excepción. De allí pasa a analizar la jurisprudencia de la Corte IDH e inmediatamente después de traer a colación el caso *Suárez Rosero* (§77), establece lo siguiente:

> [...] de la aludida sentencia se puede extraer una premisa más para la solución del presente caso, y que consiste en que conforme al artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos, la prisión preventiva no debe ir más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues se trata de una medida cautelar, no punitiva.

[35] El resaltado me pertenece. Específicamente, sobre la exigencia probatoria: "[s]e destaca que, con base en el principio de *presunción de inocencia*, para la imposición de una medida cautelar, no basta con que el fiscal indique que se actualiza una de las hipótesis previamente referidas, sino que es necesario que, con base en cuestiones probatorias, acredite los elementos que son contemplados de manera específica en cada uno de los supuestos mencionados, toda vez que contienen aspectos determinados que deben considerarse de manera individual".

[36] Sentencia recaída al Amparo en Revisión 230/2019, Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Ponente: Emma Meza Fonseca, 12 de diciembre de 2019.

> Así, de todo lo expuesto hasta este punto se tiene que:
>
> a) Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no prohíben la prisión preventiva, sino que la contemplan, pero no a manera de regla general.
>
> b) La prisión preventiva no debe ir más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues se trata de una medida cautelar, no punitiva; esos instrumentos internacionales condicionan la prisión preventiva a garantías que aseguren la comparecencia del acusado al juicio.
>
> c) La Convención Americana [sobre] Derechos Humanos establece la permisión para los Estados Parte de determinar, en sus constituciones o en las leyes dictadas conforme a ellas, las causas y las condiciones por las cuales una persona puede ser privada de su libertad.

En suma: todo indica que el paso hacia un sistema de enjuiciamiento acusatorio acarrea una suscripción irrestricta de la *concepción cautelar* de la prisión preventiva, esa concepción que pretende compatibilizar el encarcelamiento sin condena con la presunción de inocencia de la persona encarcelada. Ello parece ir en abandono de una vieja tesis presente en la jurisprudencia mexicana según la cual la prisión preventiva se entendía, no como un instituto *compatible* con la vigencia de la presunción de inocencia, sino como una *excepción legítima* a ese postulado:

> Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.[37]

[37] Tesis [A.]: P. XVIII/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo VII, marzo de 1998, p. 28. Registro digital 196720. Ha de tenerse presente que, si bien el fallo precede a la reforma acusatoria del proceso penal, el reconocimiento del postulado en cuestión es anterior a dicha modificación.

No obstante, no es oro todo lo que reluce. Como es de sobra sabido, en el nuevo procedimiento penal mexicano de corte (pretendidamente) acusatorio los supuestos de procedencia de la prisión preventiva no se agotan a los casos de comprobación de alguno de los tres "peligros procesales" señalados. Por el contrario, tanto en la CPEUM (art. 19) cuanto en el CNPP (art. 167, desde el párrafo tercero) se establecen causales de procedencia de lo que se ha dado en llamar "prisión preventiva oficiosa":

> El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.
>
> Las leyes generales de salud, secuestro, trata de personas, delitos electorales y desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, así como las leyes federales para prevenir y sancionar los delitos cometidos en materia de hidrocarburos, armas de fuego y explosivos, y contra la delincuencia organizada, establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa de conformidad con lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
>
> Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal, de la manera siguiente: I. Homicidio doloso, previsto en los artículos 302 en relación con el 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323; II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis; III. Violación, prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis; IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128; VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional, previsto en los artículos 148 Bis al

148 Quáter; VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145; IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis; X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter; XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero; XII. Abuso o violencia sexual contra menores, previsto en los artículos 261 en relación con el 260; XIII. Feminicidio, previsto en el artículo 325; XIV. Robo a casa habitación, previsto en el artículo 381 Bis; XV. Ejercicio abusivo de funciones, previsto en las fracciones I y II del primer párrafo del artículo 220, en relación con su cuarto párrafo; XVI. Enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 224, en relación con su séptimo párrafo, y XVII. Robo al transporte de carga, en cualquiera de sus modalidades, previsto en los artículos 376 Ter y 381, fracción XVII.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Fiscal de la Federación, de la siguiente manera: I. Contrabando y su equiparable, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 y 105, fracciones I y IV, cuando estén a las sanciones previstas en las fracciones II o III, párrafo segundo, del artículo 104, exclusivamente cuando sean calificados; II. Defraudación fiscal y su equiparable, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado supere 3 veces lo dispuesto en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando sean calificados, y III. La expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 Bis del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando las cifras, cantidad o valor

> de los comprobantes fiscales, superen 3 veces lo establecido en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación.
>
> El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad o bien, cuando exista voluntad de las partes para celebrar un acuerdo reparatorio de cumplimiento inmediato, siempre que se trate de alguno de los delitos en los que sea procedente dicha forma de solución alterna del procedimiento. La solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Fiscalía o de la persona funcionaria en la cual delegue esa facultad.[38]

¿Es posible incluir a la prisión preventiva oficiosa dentro de la concepción cautelar de un modo que se adecúe a las exigencias antedichas propias del SIDH?

Para responder a esta pregunta es necesario un ejercicio hermenéutico. La disposición transcripta parece admitir por lo menos dos interpretaciones diferentes. Si se hace caso omiso de este último párrafo, todo indica que la prisión preventiva oficiosa opera como una medida automática e ineludible toda vez que una persona sea imputada por alguno de los delitos enumerados. Ésta parece ser la lectura que emerge del siguiente pasaje de una sentencia relevante de la SCJN:

> En efecto, el derecho humano de libertad personal es reconocido como de primer rango y sólo puede ser limitado bajo determinados supuestos de excepcionalidad, en armonía con la Constitución Federal y los instrumentos internacionales en la materia, de manera que se salvaguarde su reconocimiento y protección de la manera más amplia, precisamente, bajo el establecido eje rector del primer precepto constitucional —*principio pro persona*—.
>
> En la contradicción de tesis 64/2017, esta Primera Sala determinó que, lo que se prioriza en el sistema penal acusatorio, es tener en cuenta la exclusión de la calificación legislativa de la gravedad de un delito, para optar por un catálogo restrictivo

[38] Artículo 167 del CNPP, tercer párrafo en adelante. Véase también el artículo 19 de la CPEUM.

> de prisión preventiva oficiosa. Ello, con la finalidad de cambiar la idea de que el proceso penal se debe instruir necesariamente con la persona privada de su libertad preventivamente, lo que además es acorde con el derecho humano de presunción de inocencia, en relación con la excepcionalidad de la prisión preventiva frente al carácter de regla que derivaba de la calificación normativa de la gravedad del delito y el acceso a la jurisdicción del Estado para que se revise el estatus de restricción de libertad en que permanecen las personas sujetas a un proceso penal.[39]

No obstante, aun cuando el "catálogo restrictivo de prisión preventiva oficiosa" pueda implicar una matización de la idea de que la prisión preventiva es la regla general, lo cierto es que ella sigue siéndolo al menos respecto de los delitos incluidos en el catálogo. Así, bajo este entendimiento, a pesar de lo que el pasaje sugiere, es sumamente implausible sostener que la prisión preventiva oficiosa constituye una medida *cautelar*, al menos bajo las exigencias que a estos efectos se han forjado en el SIDH. Pues, ante la imputación de uno de los delitos enumerados en el catálogo, el encarcelamiento se impone como regla general, con total prescindencia de la verificación de un peligro procesal cualquiera y sin importar si la medida es indispensable o no para tutelar una finalidad estrictamente procesal. En suma, difícilmente pueda legitimarse una interpretación de este talante e insistir, al mismo tiempo, en que la prisión preventiva propia del "sistema acusatorio mexicano" se adecua a las exigencias del SIDH. De allí que, así entendida, la prisión preventiva oficiosa resulta claramente contraria a los preceptos interamericanos.[40]

---

[39] Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1070/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, 3 de junio de 2020, §§85-86. Se trata de un caso cuyo punto resolutorio neurálgico no concierne, de todos modos, al carácter cautelar o no de la prisión preventiva oficiosa. Esto último, más bien, se presupone sin más (como dejan entrever numerosos parágrafos del resolutorio). En el fallo se resolvió que el artículo 314, segundo párrafo, del CNPP no viola el principio de igualdad. Este último dispositivo establece que, durante el plazo constitucional o su ampliación, solo pueden ofrecer medios de prueba las personas a las que se les impute un delito para el que se prevea "la imposición de prisión preventiva oficiosa como medida cautelar, u otra de carácter personal, siempre y cuando justifique su pertinencia".

[40] Véanse las *Observaciones de la ONU-DH sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa,* Comunicación del Representante en México de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Jan Jarab, 7 de noviembre de 2018. Algunos años antes se había sostenido en doctrina que, en rigor, el régimen mexicano no estaría en contradicción con el marco de convencionalidad ni aun instituyendo casos de delitos no excarcelables (Flores Rodríguez, 2013). El argumento se basa en la distinción entre (a) condiciones para la imposición de la prisión preventiva y (b) condiciones para la concesión de

La compatibilización, de ser posible, debería buscarse entonces con algún esfuerzo argumental adicional que concilie la prisión preventiva oficiosa con la concepción cautelar. En esta orientación podría argüirse que el rasgo distintivo de la prisión preventiva oficiosa *qua* medida cautelar residiría, ya no en la completa irrelevancia de la presencia de peligros procesales, sino en que, a efectos de su aplicación, el peligro procesal *se tiene por probado* en virtud de la calificación jurídica del delito atribuido a la persona imputada. En otras palabras, dicha calificación operaría como el "hecho base" que activa una *presunción iuris* de peligrosidad. El último párrafo del artículo 167 del CNPP favorece esta interpretación.

Las *presunciones iuris* son normas que imponen a quien juzga el deber de tener por verdadero cierto enunciado fáctico una vez acreditada la ocurrencia de un hecho base. En este caso en particular, el enunciado fáctico a tener por acreditado (por "presumido") concierne a la peligrosidad procesal de la persona imputada; el hecho base que activa la presunción, por su parte, concierne a la calificación del delito que a esa persona se atribuye.

---

la libertad bajo caución al ya encarcelado. Esta última categoría parece referir más bien al viejo sistema de enjuiciamiento, pero esto no altera, creo, la esencia del argumento. En efecto, a partir de esta distinción, se aduce, los límites que la Corte IDH y la CIDH imponen sobre la base de las convenciones que interpretan, sólo se aplican a las condiciones (b) de mantenimiento de la prisión, mas no a los de su imposición inicial: "pareciera que ni la Convención, la Comisión o la Corte, todas Interamericanas de Derechos Humanos, proscriben la posibilidad de que la prisión preventiva se dicte, en un principio, con fundamento exclusivo en que el delito imputado sea grave; incluso, resulta factible afirmar que tales criterios no impiden que dicha medida se dicte por cualquier delito, aun no grave, ya que su intención busca evitar la prolongación irrazonable de la medida" (Flores Rodríguez, 2013, p. 49). De modo que las restricciones provenientes de los tratados internacionales se tornarían operativas solamente a partir de que el plazo de duración del procedimiento se ha tornado irrazonable, pero no como garantías previas a la imposición de la medida; una lectura de los decisorios interamericanos que me resulta, a decir lo menos, desalineada. El argumento adicional del autor citado apunta a que la medida de la *excepcionalidad* que ha de regir la imposición de la prisión preventiva es prerrogativa del legislador local. De manera que el artículo 19 §2 de la CPEUM no estaría en desacuerdo con los tratados: "ni dicho pacto [PIDCP] ni su observación general señalan cuándo se estará ante un caso excepcional, por lo que debe entenderse que fueron deferentes hacia el criterio del Estado, y México hizo uso de tal deferencia al determinar que dichos casos excepcionales serán aquellos en donde el delito posiblemente cometido sea grave, así como las demás hipótesis de prisión preventiva que se prevén para casos no graves. En este orden de ideas, el sistema constitucional mexicano por el que se determina en qué casos puede dictarse o no prisión preventiva parece no ser inconvencional, pues constitucionalmente se reserva para casos excepcionales" (Flores Rodríguez, 2013, p. 49). Para algunas consideraciones críticas frente a estos argumentos, remito a Dei Vecchi (2018, cap. III).

Ahora bien, cabe preguntarse si ésta es una interpretación viable a efectos de compatibilizar la prisión preventiva oficiosa con el SIDH. Veamos más de cerca en qué consistiría el argumento presuntivo.

IV. ¿La prisión preventiva oficiosa como un caso de presunción *iuris* de peligrosidad?

Según lo dicho, las presunciones *iuris* determinan que, frente a cierto dato o ciertos datos usualmente llamados "hechos base", se torna obligatorio para quien decide tener por acreditado un cierto enunciado fáctico. El paso del dato pertinente (*e.g.* el delito atribuido a la persona imputada) a la conclusión que la presunción *iuris* impone (*e.g.* que la persona imputada es procesalmente peligrosa) es producto de una *norma* autoritativa que impone ese paso.[41] Esta norma sería, por su parte, el producto de interpretar de una cierta manera las disposiciones normativas pertinentes; en lo que aquí interesa, las disposiciones constitucionales o legislativas que refieren a la prisión preventiva oficiosa.

Suele aducirse que las normas jurídicas que instituyen presunciones *iuris* asumen dos formas diferentes que se traducen en diversos tipos de presunciones, a saber, aquellas que admiten prueba en contrario del enunciado presumido (presunciones *iuris tantum*) y aquellas que no (presunciones *iuris et de iure*). Se dice por lo común que las primeras cumplen una función *procesal* o *dialéctica* al invertir la carga de la prueba, imponiendo a la parte perjudicada con la presunción la carga de la prueba del hecho contrario al presumido.[42] En contraste, las presunciones

[41] Para una profundización sobre el modo en que operan las presunciones véase el texto indispensable de Ullman-Margalit (1983). Para algunas consideraciones más específicas sobre presunciones en el derecho y sus diferentes tipos, véanse Aguiló Regla (2017; 2018); Allen (1981; 1982); Duff (2005); Gama Leyva (2013; 2019); Macagno y Walton (2012); McBaine (1938); Mendonca (1998); Morgan (1931; 1937); Olshausen (1943); Roland Matida (2019); Santibáñez (2011).

[42] Véase Aguiló Regla (2006, p. 14). Sobre la regulación de la carga de la prueba y la necesidad de reforzamiento de las garantías procesales, Gascón Abellán (2004, p. 152). Sobre las razones que eventualmente justificarían las presunciones *iuris*, en términos generales, véase especialmente Ullman-Margalit (1983, pp. 157 y ss.).

iuris et de iure son absolutas, "inderrotables", no admiten prueba en contrario del evento presumido.[43]

Son muchos los ordenamientos en que (según las interpretaciones dominantes en diferentes momentos) se ha sostenido que la peligrosidad procesal propia de una concepción cautelar de la prisión preventiva "puede acreditarse" recurriendo a presunciones *iuris*. En esos ordenamientos las presunciones fueron extraídas a menudo por vía interpretativa a partir de disposiciones legales semejantes a aquellas que establecen en México la prisión preventiva oficiosa.[44]

En algunos de esos ordenamientos se sostuvo por largo tiempo que los textos legales que expresaban tales normas presuntivas lo hacían a modo de presunciones *iuris et de iure*, absolutas, tornándose entonces irrelevante toda prueba en favor o en contra del enunciado fáctico relativo a la peligrosidad de la persona imputada. De tal modo, si lo que las presunciones *iuris* tendían a dar por probado era tanto la peligrosidad como el carácter necesario de la prisión preventiva, los casos que cayeren dentro de la norma presuntiva serían *no excarcelables*. Estos modos de automatizar al encarcelamiento cautelar, en general, fueron duramente criticados por largos años en sede doctrinaria, alegándose la invalidez de la norma presuntiva así entendida por violatoria del principio de presunción de inocencia.[45]

---

[43] Hay quienes niegan que se trate de auténticas presunciones. Con diferentes matices, pueden encontrarse referencias en esta dirección en Ackerman (1977); Aguiló Regla (2006, pp. 25-27; 2018, p. 223); Gama Leyva (2013, p. 77); Olshausen (1943, p. 316); Roberts (2005, pp. 184-185); Schauer (2013, p. 230); Taruffo (1991, p. 1). En contra Plaxton (2010). En esta dirección, criticando al "reduccionismo" respecto de las presunciones *iuris et de iure*, remito a Dei Vecchi (2019).

[44] Se trata de disposiciones que, en general, identifican el "hecho base" con la categoría de delito atribuido en el proceso, el monto de la pena amenazada, la previsión de inaccesibilidad por el imputado a ciertos beneficios que la ley sustantiva prevé para los casos de condena o bien, en definitiva, otras características del hecho que motiva el proceso penal. Véanse, por ejemplo, los artículos 140 del CPP Chile; 240 del CPP Costa Rica; 243 del CPP Paraguay; 310 del CPP Colombia; 262 del CPP Guatemala; 174 del CPP Nicaragua; 179 del CPP Honduras; 251, inc. 2 y párrafo final del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela; 269, inc. 2, del CPP Perú.

[45] Circunscrito a un específico ordenamiento procesal en Argentina, pero con argumentos extensibles a cualquier otro ordenamiento propio del SIDH, se decía hace años que "[e]sta presunción debería dejar de ser *iuris et de iure* para transformarse en *iuris tantum*" (Cafferata Nores, 1988, p. 55, nota 94 *in fine*; Cafferata Nores y Tarditti, 2003). Véanse, asimismo, Nardiello (2007, p. 74); Solimine (2003); Vivas Ussher (1999). Incluso puede decirse que, al margen del caso específico de la prueba de la peligrosidad procesal, la presencia de presunciones *iuris et de iure* es una cuestión institucionalmente conflictiva de

En consonancia con esas críticas, la utilización de normas presuntivas absolutas (*i.e. iuris et de iure*) de peligrosidad procesal fue desacreditada reiteradamente por muchos tribunales, entre ellos la misma Corte IDH: "[l]as características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva".[46] Desde esta perspectiva, entonces, las presunciones *iuris et de iure*, y el consecuente establecimiento de delitos no excarcelables *a priori*, pareciera ser indudablemente antinómico con el SIDH.

Las principales razones aducidas a efectos de rechazar el establecimiento de delitos no excarcelables a través de presunciones *iuris et de iure*, han girado, en general, en torno a dos tipos de consideraciones.

(a) Por un lado, la fijación de presunciones absolutas no responde a *pruebas genuinas* que liguen —a modo de "máxima de experiencia"— la imputación por delitos graves con conductas que pongan en peligro los fines del proceso por parte de las personas imputadas (por ejemplo, dada cierta regularidad estadística observada).[47]

(b) Por el otro lado, a falta de pruebas genuinas, la institución de las presunciones *iuris et de iure* no podría basarse en valores que no sean *puramente cautelares* o *procesales*, es decir, exclusivamente referidos a los fines del proceso. Si los valores que informan el establecimiento de presunciones *iuris et de iure* trascendieran de esos fines exclusivos (como sería el caso, por ejemplo, si se buscase prevención general o especial), el encarcelamiento perdería su carácter exclusivamente cautelar, violándose la presunción de inocencia.

por sí: Nino (2005, pp. 449-450). En la misma orientación se ha pronunciado en diversas ocasiones Jordi Ferrer Beltrán, alegando la tensión entre las presunciones *iuris et de iure* y el derecho a la prueba.

[46] Corte IDH, *López Álvarez*, §68.

[47] Aunque es necesario destacar los intentos, más bien modernos, dirigidos a buscar bases empíricas, en general de corte estadístico, que permitan enlazar ciertos *indicios* con consideraciones relativas a la peligrosidad procesal. Véanse como ejemplos VanNostrand y Keebler (2007; 2009).

De modo que, así las cosas, la versión *iuris et de iure* de la interpretación "presuntivista" de la prisión preventiva oficiosa sería también inútil como estratagema interpretativa dirigido a "adecuar" la regulación mexicana a las exigencias al SIDH.

Sin embargo, quedaría todavía una salida, una lectura presuntivista debilitada, a saber: aquella que interprete que el listado de delitos de los artículos 19 de la CPEUM y 167 del CNPP refiere a "hechos base" de presunciones *iuris tantum* de peligrosidad. Así entendidas, estas disposiciones normativas estarían fijando presunciones de peligrosidad respecto de cualquier persona imputada por alguno de los delitos enumerados, pero presunciones susceptibles de ser desactivadas si la persona imputada prueba que no es peligrosa. En muchos otros ordenamientos esta interpretación se tornó dominante y pacífica.[48] Y lo cierto es que la Corte IDH no la ha impugnado de manera categórica. La CIDH ha dicho incluso que:

[48] En rigor de verdad, si bien la norma presuntiva así entendida daría por probada la peligrosidad procesal, quedaría en pie en todos los casos la necesidad de justificar, *i.e.* de probar, la *indispensabilidad* de la medida. En Italia se produjo una situación peculiar a este respecto. La disposición normativa relevante, *prima facie* expresiva de una presunción *iuris*, había sido introducida en una primera versión en 1991 (decreto-ley no. 152) para una amplia gama de delitos (una estrategia similar a la mexicana). Se preveía allí expresamente la posibilidad de ofrecer prueba en contrario de (a) la ausencia de los peligros cautelares presumidos y/o (b) de la necesidad o indispensabilidad del encarcelamiento. Es decir, se entendía que la presunción era *doble* (al mismo tiempo de peligrosidad y de indispensabilidad) y que ambas eran *iuris tantum*. En una reforma producida a pocos meses de la promulgación de la norma se impuso una limitación a esta interpretación, quedando tan solo la primera presunción como *iuris tantum* (d.l. no. 292 de 1991). La presunción de indispensabilidad pasó a entenderse como *iuris et de iure* (Cristiani, 1995, pp. 39-42; Illuminati, 1996, p. 93). Desde el año 1995 esta doble presunción había sido limitada a los delitos relacionados con la mafia. La Corte Europea de Derechos Humanos avaló esta consideración (*Pantano c. Italia*, no. 60851/00, 6 de noviembre de 2003, §70). Sin embargo, como viene sucediendo en México respecto del listado inicial, leyes sucesivas fueron multiplicando la cantidad de tipos penales cuya atribución sería, bajo esta interpretación, considerada por el ordenamiento procesal como razón suficiente para considerar indispensable la medida de encarcelamiento (en particular, art. 2 del d.l. no. 11 de 2009). Ello llevó a una buena serie de críticas orientadas a mostrar la falta de coincidencia entre el cimiento axiológico alegable en favor de la norma presuntiva (absoluta) en los casos de delitos relacionados con la mafia respecto de cualquier otro (véase Cristiani, 1995, p. 36). Especialmente dada la explícita finalidad del legislador de incluir en la norma presuntiva a los delitos en cuestión con fines preventivo-generales y/o preventivo-especiales, vinculados con la gravedad del delito. Frente a ello, la Corte di Cassazione italiana declaró ilegítima la interpretación de la disposición en términos de presunción *iuris et de iure*. Los argumentos fueron básicamente los siguientes: (a) la presunción absoluta no puede *fundarse* en finalidades "meta-cautelares" (como la prevención general o especial) que tornarían ilegítimo al encarcelamiento procesal (CCI, no. 164 de 2011; igualmente, en nos. 265 de 2010 y 231 de 2011); y (b) la presunción absoluta se justificaría tan solo sobre la base de una estadística que respalde la generalización, lo cual, si bien puede ser sostenido en relación con asociaciones mafiosas, no es sostenible respecto de los restantes delitos (sentencia no. 139 de 2010, cuya doctrina judicial resulta

> [...] el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva. Sin embargo, nada impide que el Estado imponga condiciones limitativas a la decisión de mantener la privación de libertad.[49]

Se trata de una lectura que, aunque acaso de un modo algo forzado, parece incluso casar con el párrafo séptimo del artículo 167 del CNPP. Recordémoslo:

> El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad o bien, cuando exista voluntad de las partes para celebrar un acuerdo reparatorio de cumplimiento inmediato, siempre que se trate de alguno de los delitos en los que sea procedente dicha forma de solución alterna del procedimiento. La solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Fiscalía o de la persona funcionaria en la cual delegue esa facultad.

Este párrafo indica que, después de todo, la prisión preventiva oficiosa no es insoslayable ni siquiera en los casos en que se produce el "hecho base" que la determina, es decir, la imputación por uno de los delitos del catálogo. Aunque, a decir verdad, hay dos consideraciones que operan en contra de una lectura de este tipo. En primer lugar, el hecho de que sea el Ministerio Público quien debe pedir la no aplicación del encarcelamiento hace que, incluso si entendida como una

aplicada a los casos que aquí importan a través de las sentencias nos. 265 de 2010, 164 de 2011 y 231 de 2011). Sobre este último punto, véase Rigo (1995). Entiendo por finalidad "meta-cautelar" una finalidad que trasciende a las consideradas genuinas finalidades del proceso penal: descubrir la verdad acerca de los hechos históricos y actuar la ley penal sustantiva.

[49] CIDH, Informe 35/07, §85; asimismo, Informe 86/09, §85.

presunción *iuris tantum* de peligrosidad, la institución funcione de una manera un tanto extraña, pues la persona imputada quedaría completamente al margen de la discusión. En todo caso, nada que no pueda ser "corregido" mediante una interpretación judicial de la disposición. En segundo lugar, en contra de esta orientación interpretativa podía invocarse la Contradicción de Tesis 300/2019 de la propia SCJN.[50] Ese decisorio se desencadenó a partir del Amparo en Revisión 621/2018, resuelto por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimoséptimo Circuito. Dicho Tribunal consideró que, en todos los casos en que se investigasen delitos de prisión preventiva oficiosa, en términos de los artículos 19 de la CPEUM y 167 del CNPP, resulta legítima la orden de aprehensión sin mediación de citatorio. La razón por la que se admite esta orden sin citatorio previo radica en que, a juicio del Tribunal, el solo hecho de que el delito atribuido habilite para una ulterior prisión preventiva oficiosa debe considerarse suficiente para tener por acreditada la necesidad de cautela para la emisión de una orden de aprehensión. Así, parece razonable conjeturar que el Tribunal presupone que los casos de prisión preventiva oficiosa operan como una presunción de peligrosidad procesal. En este sentido, el argumento subyacente a efectos de la admisión de la aprehensión sin citatorio previo sería algo así como un argumento *a fortiori*. La disquisición iría más o menos en la siguiente orientación:

> (a) [Presupuesto] Los casos de prisión preventiva oficiosa son casos donde el legislador presume que las personas involucradas son peligrosas para el proceso. (b) Si la imputación de cierto delito constituye una presunción *iuris* de peligrosidad a efectos de aplicar la prisión preventiva, con mayor razón esa imputación será suficiente como presunción de peligrosidad a efectos de librar orden de aprehensión. Por tanto, (c) la mera imputación a una persona de un delito que habilite la prisión preventiva oficiosa es suficiente para librar orden de aprehensión sin citatorio.

En cambio, el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito, al resolver el Amparo en Revisión 114/2017, sostuvo que la necesidad de cautela debe ser siempre acreditada a la luz del artículo 16 de la

[50] Sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 300/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, 22 de enero de 2020.

CPEUM. Ante ello, la SCJN resolvió en este segundo sentido. En lo que aquí importa, la *jurisprudencia prevaleciente* de la Suprema Corte establece lo siguiente:

> [...] la necesidad de cautela no se satisface con la sola circunstancia de que los hechos del caso correspondan a un delito que amerita prisión preventiva oficiosa, pues al constituir formas y medidas con fines diferentes para el proceso penal, se requiere necesariamente una serie de circunstancias que conduzcan al juez a determinar que la única forma de conducir al imputado al proceso es mediante una orden de aprehensión, no así por una forma diversa. En efecto, la orden de aprehensión a que se refiere el artículo 16 de la Constitución Federal y el numeral 141, fracción III, del Código Nacional de Procedimientos Penales es una forma de conducción excepcional al proceso penal que tiene como finalidad llevar a la persona ante la presencia de un juez de control para que la representación social le comunique la imputación que existe en su contra y formalice la investigación, siempre que otra forma sea insuficiente para garantizar la presencia del inculpado a la audiencia inicial. En ese contexto, la orden de aprehensión presupone una carga para el Ministerio Público que le obliga a justificar frente al juez la necesidad de cautela de la persona, ya sea porque: a) existe riesgo de que se sustraiga de la acción de la justicia, b) se ponga en riesgo la integridad de la víctima, del ofendido, de los testigos, y/o la comunidad, o bien, c) se ponga en peligro el desarrollo de la investigación misma. De ahí que, la necesidad de cautela no se justifica por el solo hecho de que el delito investigado amerita prisión preventiva oficiosa, pues esa medida cautelar no guarda relación con la finalidad que persigue la citada forma de conducción, pues aquélla tiene por objeto garantizar la presencia del imputado en el procedimiento penal, por lo que ambas figuras buscan fines distintos dentro del mismo.[51]

De este decisorio surgen muchas cosas interesantes que no pueden ser abordadas en este marco. Poniendo el foco de atención en nuestro tema central, cabe decir lo siguiente. En primer término, la SCJN parece asumir sin más que la prisión preventiva oficiosa *no posee una finalidad genuinamente cautelar*. La razón es muy sencilla: sobre el final del pasaje transcripto se dice expresamente que la aprehensión

[51] Sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 300/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, 22 de enero de 2020, §82.

responde a una de las tres necesidades cautelares enumeradas. Estas tres necesidades cautelares son las mismas que condicionan la aplicación de la "prisión preventiva justificada" *qua* medida cautelar auténtica. Sin embargo, desde el inicio del pasaje la SCJN deja en claro que aprehensión (y, por tanto, "prisión preventiva justificada") tienen fines diferentes respecto de la "prisión preventiva oficiosa". No surge del decisorio cuáles son los fines concretos que la SCJN atribuye a la prisión preventiva oficiosa, pero evidentemente no son los estrictamente *cautelares*. En segundo lugar, aunque esto no se sigue inmediatamente de lo anterior, la SCJN parece considerar que los delitos cuya imputación desencadena la prisión preventiva oficiosa de la persona imputada no tienen relevancia *presuntiva* (*iuris*), ni probatoria, respecto de la peligrosidad procesal. De modo que la interpretación presuntivista parece quedar descartada a la luz de su jurisprudencia.[52]

[52] Por ciertas curiosidades que suscita, es dable citar aquí la jurisprudencia de pleno de circuito, expresada en la Tesis [J.]: VI.2o.P. J/1 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 55, junio de 2018, tomo IV, p. 2683. Registro digital 2017309. Según esta tesis: "[e]l Pleno y la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las tesis de jurisprudencia P./J. 102/2008 y 1a./J. 114/2010 […], respectivamente, establecieron que en materia penal, el único que tiene un amplio margen de libertad para diseñar el rumbo de la política criminal es el Poder Legislativo, quien está facultado para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo; debiendo respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos, los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Mientras que al juzgador constitucional le compete examinar la validez de las leyes penales, debiendo analizar que exista proporción y razonabilidad suficiente entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual, debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para que sea individualizada entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena, para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado. De ahí que en la labor interpretativa no pueden crearse tipos criminales y/o penas novedosas a partir de sus sentencias, pues se contravendría cada uno de dichos principios. En este sentido, para la imposición de una medida cautelar prevista en el Código Nacional de Procedimientos Penales, el órgano jurisdiccional del conocimiento no debe aducir como consideraciones, por ejemplo, que 'es un hecho notorio que en algunos tipos de conductas delictivas, el crimen organizado participa activamente y ha involucrado a comunidades enteras de acuerdo con la región de consumación del delito, aprovechándose de las necesidades de sus habitantes, lo cual se ha convertido en un grave problema nacional, por afectar tanto a la economía del país como a la seguridad de los habitantes de esas comunidades, y que un porcentaje muy alto de las personas involucradas, que obtienen su libertad mediante medidas cautelares diversas a la prisión preventiva, han sido declarados sustraídos a la acción de la justicia, lo que ha ocasionado no sólo un peligro de obstaculización para el desarrollo de la investigación, sino también al fomento de actividades ilícitas, ante la evidente falta de acciones efectivas contra los sujetos activos de estos delitos', o algún

V. ¿Una antinomia dentro del SIDH?

Ahora bien, aunque ésta es una interpretación que ha venido siendo "tolerada" en el marco del SIDH, y aun cuando podría ser un salvavidas al menos temporal para la "prisión preventiva oficiosa", no es una postura exenta de problemas. De hecho, como ya se ha sugerido en más de una ocasión, hay una importante tensión entre, por una parte, los argumentos esgrimidos para decir que las presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad son ilegítimas y, por la otra, el (no siempre expresamente justificado) aval prestado a las presunciones *iuris tantum* de peligrosidad. Esta tensión se da en el interior de la jurisprudencia misma de la Corte IDH y, así, en las entrañas del SIDH. En este orden de ideas, las razones alegadas en contra de las presunciones *iuris et de iure* parecen enteramente operativas respecto de las presunciones *iuris tantum*. En efecto:

(a) En primer lugar, el establecimiento de la presunción *iuris tantum* tampoco parece responder a pruebas genuinas que demuestren —como una "máxima de experiencia"— que en la mayor parte de los casos las personas imputadas por delitos como los catalogados son proclives a intentar afectar los fines del proceso. Si esto afecta la legitimidad de las presunciones *iuris et de iure* la objeción es totalmente operativa en contra de una interpretación *iuris tantum* de la disposición: o hay sustento empírico en ambos ocasos o no lo hay en ninguno.[53]

otro razonamiento similar que implique destacar problemas nacionales de seguridad pública, pues ese aspecto corresponde a un dato de política criminal que tomó en cuenta el legislador al diseñar las medidas cautelares aplicables, y no al Juez de control, quien para resolver sobre esa petición cautelar, sólo debe atender a las reglas que para su imposición establecen el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Federal y los correlativos del código mencionado". Lo curioso reside, en primer término, en el salto de lo sustantivo a lo cautelar como si se tratase de la misma cosa, aun cuando, sin dudas, los dos ámbitos son relevantes a efectos del diseño de la política criminal. La segunda curiosidad, la más importante, está en la aparente confusión entre *crear normas* (tarea de la legislatura) y *probar enunciados fácticos* (tarea de la judicatura). Sobre el final del pasaje se considera *creativo de normas* y, por tanto, ilegítimo, un "razonamiento" judicial que bien podría entenderse como dirigido a *probar* la presencia de peligros procesales. Sea como fuere, este pasaje podría también fungir de indicio adicional respecto de que la gravedad del delito imputado no tiene relación (ni probatoria ni presuntiva) con la presencia de un cierto peligro procesal.

[53] A más de esto, se ha dicho que, aunque hubiera razones epistémicas, se daría un ejercicio legislativo de una función eminentemente judicial, al tiempo que la propia Corte IDH ha dicho que "[e]n el caso de las medidas cautelares —a la cabeza, la prisión preventiva— también compete a la ley, no al juzgador, prever la existencia de la medida, pero sólo debiera corresponder al segundo, amparado en el acervo de

(b) En segundo lugar, así como la institución de una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad no podría basarse en valores extra-cautelares, tampoco podría apelarse a ellos para justificar la imposición de una presunción *iuris tantum*. Alguien podría pretender que la presunción *iuris tantum* de peligrosidad y, con ella, la inversión de la carga de la prueba, se "justifican" por consideraciones de prevención general o de prevención especial, consideraciones relativas a la gravedad de los delitos que conforman el listado de la prisión preventiva oficiosas. Pero ello llevaría, una vez más, al abandono de la concepción cautelar de la prisión preventiva, pues los fines del encarcelamiento como pena y los del encarcelamiento previo a condena —al menos el "oficioso"— habrían pasado a ser idénticos.[54]

datos que tiene a la mano y considerando los fines que se pretende alcanzar con la medida —y que, por ende, legitiman su aplicación—, aplicar ésta" (Corte IDH, *López Álvarez,* voto del juez García Ramírez, §§23 y 24). En el ámbito doctrinario, respecto de este tipo de presunciones, se ha dicho que ellas tienen "un importante impacto en la estructura del razonamiento: el legislador no puede de ninguna forma decidir sobre el caso individual, con lo que las reglas de prueba legal dictadas serán siempre referidas a tipos de casos. La decisión judicial tomada bajo este modelo, en consecuencia, es simplemente producto del cumplimiento de la prescripción legal" (Ferrer Beltrán, 2007, p. 62). En el mismo sentido, Ferrua (2007, p. 353). Esta es una crítica que ya había sido formulada reiteradamente frente a esta clase de presunciones *iuris tantum* de peligrosidad: "[e]n el marco de una organización republicana de los poderes públicos sujeta a las reglas básicas del Estado de derecho, sólo el poder judicial detenta la facultad de determinar la existencia de las circunstancias fácticas que operan como presupuestos de aplicación de una norma jurídica general, en un caso particular, a partir de los elementos de prueba introducidos válidamente al proceso. En consecuencia, la determinación de la existencia de una circunstancia de hecho, en el caso concreto, no puede ser impuesta normativamente por el poder legislativo, como sucede cuando se establece la presunción —sin admitir prueba en contrario, y aunque se admita tal prueba— de que existe peligro procesal para cierto tipo de casos, de manera general y abstracta. Las disposiciones legales de esta naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del legislador, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al poder judicial" (Bovino, 2006). En definitiva "el juicio sobre la existencia del peligro en el caso particular sólo puede corresponder a un órgano judicial" (Bovino, 2005a). Véanse también Chiara Díaz (2005); Sibilla, Dei Vecchi y Vivas Ussher (2007); Vezzaro (2001).

[54] Ante esto podría intentar aducirse que lo que justifica la presunción *iuris tantum* (y, por tanto, la inversión de la carga de la prueba de la —ausencia de— peligrosidad) son los propios valores cautelares, es decir, la necesidad de proteger los fines de descubrimiento de la verdad en el proceso penal, la ejecución de la ley penal, e inclusive, si se quiere, la tutela de la sociedad. Sin embargo, como he sugerido en otro sitio, nos enfrentaríamos a la paradoja de que las mismas razones de las que emergen las exigencias enumeradas al inicio —entre ellas la necesidad de *prueba* de peligrosidad procesal en cada caso— se alegarían como justificación para exceptuar las condiciones que ellas mismas imponen. Según la concepción cautelar, el encarcelamiento preventivo es legítimo si, y sólo si, los valores cautelares lo exigen como indispensable. Los valores cautelares lo exigen como indispensable si y sólo si, hay efectivamente peligrosidad procesal y no hay otro medio idóneo para neutralizarlo: ¿cómo podrían al mismo tiempo los valores cautelares justificar, aunque más no sea en ciertos casos, el dar por ciertas esas circunstancias (*i.e.* obviar su comprobación) y prescindir de su ocurrencia?

En definitiva, a la luz de la configuración actual de exigencias del SIDH parece haber una salida "amigable" para justificar la legitimidad de la prisión preventiva oficiosa, y quizás incluso no sea la única. Ella consiste en entender que la atribución de alguno de los delitos enumerados en las disposiciones pertinentes desencadena la aplicación de una presunción *iuris tantum* de peligrosidad. Pero se ha argüido aquí que incluso estas interpretaciones presuntivistas de la prisión preventiva oficiosa dejan entrever una antinomia dentro del SIDH mismo. Pues resulta inconsistente exigir *prueba de la peligrosidad* para cada caso concreto —exigencia propia de la concepción cautelar, tal como hemos visto— y al mismo tiempo admitir presunciones *iuris* (sean *iuris tantum*, sean *iuris et de iure*) de peligrosidad procesal. La razón es, sencillamente, que estas presunciones no son prueba en absoluto.[55]

Al margen de esto, siempre queda la alternativa algo más "belicosa" de recurrir a la Contradicción de Tesis 293/11[56] que decreta que toda restricción a garantías convencionales que se establezca en la CPEUM es legítima.[57] Bajo esta óptica, dado que la prisión preventiva oficiosa forma parte del documento constitucional, habrá de considerársela una "legítima" restricción de los derechos reconocidos en el SIDH, en especial, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad ambulatoria. En otras palabras, que el encarcelamiento preventivo se conciba y aplique como medida cautelar o como pena anticipada será totalmente indiferente. En este supuesto, en el marco del ordenamiento mexicano no tendría sentido distinguir entre "prisión preventiva justificada" y "prisión preventiva oficiosa". Ambas estarían justificadas, aunque a partir de postulados radicalmente diferentes. La distinción que cabría hacer es, más bien, entre "prisión preventiva cautelar" y "prisión preventiva sustantiva". A la luz del SIDH, sin embargo, dado que esta última categoría es inadmisible, quedaríamos obligados a reconocer que el ordenamiento procesal penal mexicano contiene, en efecto, una versión *injustificada*, ilegítima, de encarcelamiento preventivo.

[55] Tal como se ha dicho, las presunciones *iuris* son "sucedáneo de la prueba", "imposición directa" del resultado al juez (Sentís Melendo, 1979, pp. 242-243).
[56] Sentencia recaída en la Contradicción de Tesis 293/11, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013.
[57] Sobre este punto véase Puppo (2016).

Bibliografía

ACKERMAN, B. L. (1977), "The Conclusive Presumption Shuffle", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 125, núm. 4, pp. 761-810.

AGUILÓ REGLA, J. (2006), "Presunciones, verdad y normas procesales", *Isegoría*, vol. 35, pp. 9-31.

_____, (2017), "Las presunciones hominis y las inferencias probatorias", *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, núm. 79, pp. 99-110.

_____, (2018), "Las presunciones en el Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXIV, pp. 201-228.

ALLEN, R. J. (1981), "Presumptions in Civil Actions Reconsidered", *Iowa Law Review*, núm. 66, pp. 843-897.

_____, (1982), "Presumptions, Inferences and Burden of Proof in Federal Civil Actions - An Anatomy of Unnecessary Ambiguity and a Proposal for Reform", *Northwestern University Law Review*, vol. 76, núm. 6, pp. 892-911.

BALDI, F. (2008), "L´applicazione provvisoria delle misure di sicurezza", en Spangher, G. y Scalfati, A. (eds.), *Trattato di procedura penale: Prove e misure cautelari*, Torino, UTET Giuridica, pp. 319-338.

BARGIS, M. (2000), "Procedimento *de libertate* e giudicato cautelare", en Bargis, M. *et al.*, *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, Giuffrè, pp. 165-191.

BECCARIA, C. (1996), *Dei delitti e delle pene*, Verona, Demetra.

BOCCHINI, B. (2008), "L'accertamento degli indizi e delle esigenze cautelari", en Gaito, A. (ed.), *La prova penale*, Torino, UTET, pp. 521-544.

BOVINO, A. (2005a), "Contra la inocencia", *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 17, núm. 23, pp. 11-29.

_____, (2005b), *Justicia penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

_____, (2006), "Un Voto Cínico. A propósito del Voto de Riggi en el caso Chabán", *Nueva Doctrina Penal*, vol. 1, pp. 127-157.

CAFFERATA NORES, J. I. (1988), *La excarcelación*, Buenos Aires, Depalma.

CAFFERATA NORES, J. I., y TARDITTI, A. (2003), *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*, Córdoba, Mediterránea.

CARRARA, F. (2004a), "Il diritto penale e la procedura penale", en *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*, Bologna, Il Mulino, pp. 415-441.

_____, (2004b), "Inmoralità del carcere preventivo", en *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*, Bologna, Il Mulino, pp. 401-405.

_____, (2004c), *Programma del corso di diritto criminale: del giudizio criminale*, Bologna, Il Mulino.

CARRIÓ, A. (2005), "Excarcelaciones, presunción de inocencia, peligro de fuga y peligrosidad", *Revista de Derecho Procesal Penal: excarcelación*, pp. 69-82.

CATALANO, E. M. (2008), "Prove, presunzioni ed indizi", en Gaito, A. (ed.), *La prova penale*, Torino, UTET, pp. 225-263.

CHIARA DÍAZ, C. (2005), "El proceso penal y la coerción personal", *Revista de Derecho Procesal Penal: excarcelación*, pp. 13-33.

CHIAVARIO, M. (1977), "Profili di disciplina della libertá personale nell'Italia degli anni settanta", en Elia, L. y Chiavario, M. (eds.), *La Libertà personale*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, pp. 199-293.

COLÍN SÁNCHEZ, G. (2012) [1964], *Derecho mexicano de procedimientos penales*, México, Porrúa.

CRISTIANI, A. (1995), *Misure cautelari e diritto di difesa (L. 8 agosto 1995 n. 332)*, Torino, Giappichelli.

DE CARO, A. (2000), *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli-Roma, Edizioni Scientifiche Italiane.

DEI VECCHI, D. (2017), *La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales: una aproximación a la prisión preventiva desde la óptica de las decisiones judiciales*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

_____, (2018), *Problemas probatorios perennes*, México, Fontamara.

_____, (2019), "El carácter presuntivo de las presunciones absolutas", *Revus*, núm. 38, pp. 75-108.

DÍAZ DE LEÓN, M. A. (2000), *Diccionario de derecho procesal penal y de términos usuales en el proceso penal*, México, Porrúa.

DUFF, A. (2005), "Strict Liability, Legal Presumptions, and the Presumption of Innocence", en Simester, A. P. (ed.), *Appraising strict liability*, Oxford, Oxford University Press, pp. 126-151.

DWORKIN, R. M. (2002), *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel.

FERGUSON, P. R. (2016), "The Presumption of Innocence and its Role in the Criminal Process", *Criminal Law Forum*, *vol.* 27, núm. 2, pp. 131-158.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005), *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel.

FERRAJOLI, L. (2005), *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta.

FERRER BELTRÁN, J. (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

_____, (2010), "Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia", *Revista de la Maestría en Derecho Procesal (PUCP)*, vol. 4, núm. 1, pp. 1-26.

_____, (2018), "Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea", en Papayannis, D. M. y Pereira Fredes, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid [etc.], Marcial Pons, pp. 401-430.

_____, (2021), *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid [etc.], Marcial Pons.

FERRUA, P. (2007), "Il giudizio penale: fatto e valore giuridico", en Ferrua, P., Grifantini, F. M., Illuminati, G. y Orlandi, R., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, G. Giappichelli, pp. 317-410.

FLETCHER, G. P. (2007), *Gramática del derecho penal*, trad. de F. Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi.

FLORES RODRÍGUEZ, I. (2013), "El régimen constitucional de la prisión preventiva en México: una mirada desde lo internacional", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 23, pp. 35-55.

GAMA LEYVA, R. (2013), "Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 19, pp. 65-89.

_____, (2019), *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, Valencia, Tirant lo Blanch.

GARCÍA RAMÍREZ, S. (2010), *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa.

GAROFOLI, V. (2000), "Presunzione d´innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilitá delle due formulazioni", en Bargis, M. *et al.*, *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, Giuffrè, pp. 63-104.

GASCÓN ABELLÁN, M. (2004), *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.

GIOCOLI NACCI, P. (2000), "Il significato del principio costituzionale di non colpevolezza dell'imputato", en Bargis, M. *et al.*, *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, Giuffrè, pp. 231-238.

GREVI, V. (1976), *Libertà personale dell' imputato e costituzione*, Milano, Giuffrè.

_____, (1983), "Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza", en Grevi, V. (ed.), *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, Bologna, Zanichelli, pp. 1-50.

_____, (2000), "Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell´imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale", en Bargis, M. *et al.*, *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, Giuffrè, pp. 15-62.

GUASTINI, R. (2014), *Interpretar y argumentar*, trad. de S. Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

_____, (2015), "Interpretación y construcción jurídica", *Isonomía*, núm. 43, pp. 11-48.

ILLUMINATI, G. (1979), *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli.

_____, (1996), "Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo", en Grevi, V. (ed.), *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*, Milano, Giuffrè, pp. 67-111.

KEES, J. M. (2006), "La peligrosidad en las medidas personales de coerción", *Pensamiento Penal*, en: «http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/32024-peligrosidad-medidas-personales-coercion».

LAUDAN, L. (2005), "The Presumption of Innocence: Material or Probatory?", *Legal Theory*, núm. 11, pp. 333-361.

MACAGNO, F. y WALTON, D. (2012), "Presumptions in Legal Argumentation", *Ratio Juris*, vol. 25, núm. 3, pp. 271-300.

MAIER, J. B. (2011), *Derecho Procesal Penal: actos procesales*, Buenos Aires, Del Puerto.

MCBAINE, J. P. (1938), "Presumptions; Are They Evidence?", *California Law Review*, vol. 26, núm. 5, pp. 519-563.

MENDONCA, D. (1998), "Presunciones", *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 21, pp. 83-98.

MORGAN, E. M. (1931), "Some Observations concerning Presumptions", *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 6, pp. 906-934.

_____, (1937), "Presumptions", *Washington Law Review*, vol. 12, núm. 4, pp. 255-281.

NARDIELLO, G. (2007), *La prisión procesal*, Buenos Aires-Madrid-México, Ediciones Ciudad Argentina-Hispania Libros.

NEGRI, D. (2004), *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, Torino, G. Giappichelli.

NINO, C. S. (2005), *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea.

OLSHAUSEN, G. G. (1943), "Evidence: Presumptions as Evidence-A Reply", *California Law Review*, vol. 31, pp. 316-325.

OROPEZA BARBOSA, A. L. (2007), "Prisión preventiva vs. Presunción de inocencia", *Iter Criminis. Revista de ciencias penales*, núm. 14, pp. 145-170.

PAULESU, P. P. (2009), *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, G. Giappichelli.

PÉREZ BARBERÁ, G. (1992), "Prisión preventiva y excarcelación", *La Ley Córdoba*, pp. 1072.

PESSOA, N. R. (2005), "En torno a la libertad durante el proceso penal", *Revista de Derecho Procesal Penal: excarcelación*, pp. 57-68.

PLAXTON, M. (2010), "Offence Definitions, Conclusive Presumptions, and Slot Machines", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 48, núm. 1, pp. 145-173.

PUPPO, A. (2016), "De Kelsen a la contradicción de tesis 293/2011: los conflictos normativos entre jerarquías formales y decisionismo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIX, núm. 147, pp. 173-213.

RAMAJOLI, S. (1996), *Le misure cautelari (personali e reali) nel codice di procedura penale*, Padova, CEDAM.

RIGO, F. (1995), "Commento all'art. 6", en Giostra, G. *et al.*, *Modifiche al Codice di procedura penale: nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, CEDAM, pp. 94-105.

ROBERTS, P. (2005), "Strict Liability and the Presumption of Innocence: An Exposé of Functionalist Assumptions", en Simester, A. P. (ed.), *Appraising strict liability*, Oxford, Oxford University Press, pp. 152-195.

_____, (2014), "Loss of Innocence in Common Law Presumptions", *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, núm. 2.

_____, (2020), "Presumptuous or Pluralistic Presumptions of Innocence? Methodological Diagnosis Towards Conceptual Reinvigoration", *Synthese*, DOI:10.1007/s11229-020-02606-2, pp. 1-32.

ROLAND MATIDA, J. (2019). *Em defesa de um conceito jurídico de presunção* (PhD), Universitat de Girona, Girona.

SANTIBÁÑEZ, C. (2011), "Presunción (voz)", en Vega, L. y Olmos Gómez, P. (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, pp. 481-483.

SCHAUER, F. (2013), *Pensar como un abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico*, trad. de T. J. Schleider, Madrid [etc.], Marcial Pons.

SENTÍS MELENDO, S. (1979), *La Prueba: los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

SIBILLA, I., DEI VECCHI, D. y VIVAS USSHER, G. (2007), "Inconstitucionalidad del pronóstico punitivo hipotético como presunción", *Semanario Jurídico*, núm. 1611, pp. 795-808.

SOLIMINE, M. A. (2003), *Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

STUMER, A. C. (2018), *La presunción de inocencia: perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos*, trad. de W. Reifarth Muñoz, Madrid, Marcial Pons.

TADROS, V. (2014), "The Ideal of the Presumption of Innocence", *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, núm. 2, pp. 449-467.

TARUFFO, M. (1991), "Presunzioni (diritto processuale civile)", en *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, pp. 1-5.

TOMLIN, P. (2014), "Could the Presumption of Innocence Protect the Guilty?", *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, núm. 2, pp. 431-447.

ULLMAN-MARGALIT, E. (1983), "On Presumption", *The Journal of Philosophy*, vol. 80, núm. 3, pp. 143-163.

URIBE BENÍTEZ, O. (2009), *La prisión preventiva en el proceso penal acusatorio y oral de México*, México, CEDIP.

VANNOSTRAND, M. y KEEBLER, G. (2007), "Our Journey Toward Pretrial Justice", *Federal Probation*, vol. 71, pp. 20-25.

_____, (2009), "Pretrial Risk Assessment in the Federal Court", *Federal Probation*, vol. 73, pp. 3-29.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L. (1984), *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal: estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español*, Barcelona, Bosch.

VEZZARO, D. (2001), "La Prisión Preventiva: ¿es conforme a la Constitución Nacional la regulación actual de la Prisión Preventiva?", *Pensamiento Penal y Criminológico: revista de Derecho Penal integrado*, núm. 2, pp. 117-136.

VITALE, G. (2007), *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*, Buenos Aires, Hammurabi.

VIVAS USSHER, G. (1999), *Manual de Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Alveroni.

ZAMORA PIERCE, J. (2000), *Garantías y Proceso Penal*, México, Porrúa.

ZAVALA BAQUERIZO, J. (2005), *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Quito, EDINO.

ZEPEDA LEUCONA, G. (2009), *Los mitos de la prisión preventiva en México*, México, Open Society Institute.

Capítulo XI

Derecho a la verdad y procedimientos penales veritativo-promotores

Edgar Aguilera*

* Doctor en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor visitante de la Universidad de Girona.

Derecho a la verdad y procedimientos penales veritativo-promotores. I. Introducción (la terquedad de la verdad); II. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el derecho a la verdad; III. El derecho a la verdad en México; IV. El derecho a la verdad y la justicia transicional; V. Procedimientos penales veritativo-promotores, derecho a la verdad y epistemología jurídica.

I. Introducción (la terquedad de la verdad)

Proporcionar información veraz, discutir con nuestros interlocutores sobre la base que ello nos brinda, preocuparse por buscar que lo que se afirme se corresponda con la realidad (con los hechos, con el mundo), u ofrecer evidencia fiable en apoyo de lo que se dice o acepta, son, entre muchas otras relacionadas, prácticas que, en un periodo como el actual —al que podríamos referirnos como el amanecer de la era de la posverdad— parecen ser objeto de una suerte de desdén generalizado en muchos ámbitos de la vida pública y privada del ciudadano "posmoderno", acostumbrado, más bien, al consumo cotidiano de las narrativas que mejor se ajustan a las inclinaciones y predisposiciones reveladas de manera importante por el rastro digital que dejan sus incesantes *clicks* en su paso por el ciberespacio; narrativas que, pese a su poder persuasivo, no siempre están provistas de un adecuado sustento empírico, pues su diseminación apunta, entre otros objetivos, a tener efectos de adoctrinamiento y polarización (y no a propiciar su corroboración).

No obstante, organizar nuestras actividades de un modo que conduzca a la maximización de la verdad (o a la minimización del error fáctico) y a la toma de

decisiones con base en los resultados de esta forma de proceder, es una idea que sigue siendo valiosa, incluso prioritaria en algunas áreas.[1] Según cierta opinión, defendida explícitamente por la tradición o concepción racionalista de la decisión judicial y de la prueba jurídica[2] y por la epistemología

[1] Hablo de la maximización de la verdad (entendiendo a la verdad como correspondencia entre lo afirmado y la forma de ser del mundo) o de la minimización del error fáctico y no de la obtención de la verdad y de la eliminación del error sin más, pues la posibilidad de equivocarnos, como si fuera una sombra, nos sigue a todos lados. Especialmente (aunque no sólo) cuando, por diversas razones, motivos o intereses, intentamos averiguar (individualmente o en forma colectiva, bajo distintos esquemas de cooperación) si ciertos sucesos tuvieron lugar o no o, más técnicamente, al determinar el valor de verdad que racionalmente cabe asignar a proposiciones que afirman o niegan la ocurrencia de hechos pasados (actividad crucial para la aplicación del derecho, como a continuación se verá en el cuerpo del texto principal). La sombra a la que metafóricamente vengo aludiendo se posa obstinadamente sobre nosotros, pues, continuando en el terreno de la investigación del pasado, lo hace cuando no tenemos pruebas de que algo aconteció o de que no aconteció (o cuando éstas son muy débiles), pero también —aunque perdiendo algo de fuerza o diluyéndose gradualmente, pero nunca hasta desaparecer del todo— si contamos con ellas, e incluso aunque en el contexto en que nos hallemos las pruebas que hayamos recabado sean consideradas *suficientes* para la toma de decisiones o la resolución de problemas prácticos; y ello debido a que bien puede ser que el enunciado descriptivo de un hecho falso resulte probado (o que estemos justificados en creer algo falso). ¿Por qué existe siempre esta posibilidad cuando de la reconstrucción de hechos pasados se trata? Básicamente porque la naturaleza del razonamiento que nos permite llevar a cabo esta tarea en forma aceptable tiene una naturaleza inductiva (o ampliativa, como también se le suele decir), lo que significa que, incluso si todas las premisas (pruebas o evidencias) de las que disponemos fuesen verdaderas, ello no garantiza la verdad absoluta de la conclusión, sino sólo que esta tiene cierta probabilidad de ser verdadera (probabilidad que, por cierto, no necesariamente tendría que ser baja). Y esto debido a que hay un salto lógico (o una suerte de brecha de incertidumbre) entre el contenido de las premisas y el de la conclusión, ya que esta última no se limita a reflejar, reproducir o replicar (aunque de un modo distinto) el contenido de las premisas, como ocurre con los argumentos deductivos. La brecha referida persiste, pues siempre es posible que existan otras pruebas no recabadas o no consideradas que contradigan la información de las premisas iniciales o que otra(s) hipótesis sean consistentes con las mismas pruebas (es decir, que haya explicaciones alternativas de su presencia).

[2] Para una buena introducción a las tesis más importantes de las vertientes angloamericana y latina de la concepción racionalista de la prueba jurídica, véase Accatino (2019). Cabe mencionar que la concepción racionalista de la prueba en buena medida se opone a la concepción denominada *psicologista* o *persuasiva*. En forma sucinta y en una de sus manifestaciones más plausibles, dicha concepción persuasiva gravita en torno a la idea de que decidir si un hecho está o no probado en el marco del proceso judicial es una cuestión que fundamentalmente tiene que ver con que el juzgador determine si el impacto que en su fuero interno tuvo el haber presenciado la práctica de las pruebas respectivas (o incluso la mera consulta del expediente) alcanzó o no para convencerle íntimamente de la ocurrencia de ese hecho. En suma, la prueba de un hecho, desde esta perspectiva, consiste en haber detectado, mediante un ejercicio introspectivo, que se experimenta un estado mental de convencimiento, o que se tiene una actitud doxástica de creencia intensa, respecto de tal hecho (o respecto de que la proposición que asevera su existencia es verdadera). Se asume que ese estado mental o que dicha actitud doxástica no pueden más que emerger, de modo natural, en el juzgador que conoce del asunto o en cualquier otro que lo haga, del contacto con unos elementos de juicio pertinentes y suficientes para tales efectos. Por ello, si desempeñásemos el rol de juzgar las cuestiones fácticas en una controversia jurídica, monitorear

jurídica[3] (a cuyas tesis centrales, desde hace tiempo ya, adhiero),[4] se trata de una idea que debería constituir el presupuesto fundamental del empleo de algunas de las tecnologías sociales más importantes con las que contamos, tales como el sistema jurídico y, más precisamente, el proceso judicial.

Y es que, si la aplicación del derecho (mediante el proceso) sufre de una desconexión sistemática con lo que realmente aconteció —cosa que es más probable que ocurra si no se toman las medidas, preventivas y correctivas, aptas para disminuir al mínimo inevitable el riesgo de que sean falsas las premisas fácticas que los jueces emplean en sus razonamientos—, la justicia y la legitimidad de las resoluciones jurisdiccionales se ponen en tela de juicio.

Pero el problema no termina ahí, pues la desconexión referida también merma significativamente la autonomía de las personas y la capacidad del derecho para motivar o incentivar conductas de diversa índole. Lo primero debido a que si frecuentemente sucede que, en sede jurisdiccional, se declara procedente la consecuencia o el efecto que el ordenamiento prevé para cierto supuesto genérico pese a no darse el hecho específico respectivo que lo instancia (lo cual ocurre, por ejemplo, en el caso de una condena falsa o de un falso positivo), y/o que no se declara procedente tal consecuencia o efecto pese a que el hecho específico haya tenido lugar (como en el caso de una absolución falsa o de un falso negativo), las normas jurídicas dejan de servir como un referente al que el gobernado pueda asirse confiadamente con el fin de predecir la forma en que la autoridad reaccionará si se comporta de cierto modo, lo cual, en última instancia (y aquí viene la merma en la autonomía personal), afecta negativamente su habilidad de formular y ejecutar los planes y proyectos de vida que considere más apropiados. Y lo segundo, porque si con las consecuencias jurídicas que en sus diversas

nuestra vida mental y determinar con honestidad si en ella han tenido lugar estos sucesos psicológicos, aunado a su comunicación lingüística, es —se piensa— una estrategia indirecta, pero más expedita y eficaz, de establecer que un hecho ha quedado o no probado, con mayor razón si a este cuadro agregamos la idea, generalmente compartida, de que los resultados a los que conduce el personalísimo y casi místico acto de inmediación no pueden explicitarse, ni descomponerse analíticamente.

[3] Para adentrarse en las ideas más importantes de esta disciplina, véase la obra seminal de su fundador (Laudan, 2013).

[4] Véase, por mencionar algunos ejemplos, Aguilera (2020, 2017, 2016, 2014, 2013).

normas el ordenamiento establece sucede lo que recién hemos dicho, el derecho —especialmente en lo que respecta a su plausibilidad como técnica indirecta de motivación de conductas que, para condicionar el comportamiento de sus destinatarios, recurre no (o no sólo) a la calificación deóntica del mismo, sino a la promesa de otorgar ciertos beneficios para alentar ciertos cursos de acción, y preponderantemente a la amenaza de imponer ciertas medidas aversivas para desalentar otros— pierde credibilidad a los ojos del gobernado, pues éste constantemente se vería desprovisto de las razones (al menos de las de carácter prudencial) que aquél debería mínimamente proporcionarle para actuar de conformidad con sus exigencias, lo cual erosiona el potencial del sistema jurídico de ser eficaz (es decir, de ser mayormente obedecido que desobedecido).

Los argumentos hasta aquí esgrimidos permiten ya poner de relieve la necesidad de diseñar e implementar procesos judiciales que, con independencia de la tradición jurídica a la que pertenezcan o en la que se desarrollen (por ejemplo, las tradiciones del *civil law* o del *common law*), promuevan, o conduzcan a, la averiguación (falible, claro) de la verdad, es decir, procesos o procedimientos genuinamente *veritativo-promotores*, como aquí los denominaré.

Es importante desde ahora destacar que este rasgo de los procedimientos judiciales de ser genuinamente veritativo-promotores no emerge espontáneamente y no se encuentra permanentemente adherido a las reglas que los estructuran. Otros sistemas más consolidados de investigación empírica, como los implementados por las ciencias, nos han mostrado que se trata de un rasgo en constante evolución y perfeccionamiento que requiere no sólo la buena fe y las buenas intenciones de sus participantes, sino un esfuerzo deliberado, competente y serio para instaurarlo en el sistema de que se trate, y la voluntad para someter a revisión constante las reglas y prácticas que en un momento dado se piense que sustentan dicho rasgo, pues éstas pueden haber dado de sí y haberse convertido, ellas mismas, en las principales causantes de buena parte de los errores fácticos que el sistema comete. Esta voluntad de revisión, haciendo eco de las ideas de Kuhn, puede hacer entrar en crisis a un determinado paradigma científico, crisis de la cual suele surgir un nuevo periodo de ciencia normal, que puede volver a entrar en crisis, para así repetir el ciclo.

Esta idea de la constante revisión de reglas y prácticas, en principio, veritativo-promotoras, de entrada no sienta bien en el gusto del jurista tradicional, quien por buenas razones (aunque, en ocasiones, también inflamado por actitudes extremadamente formalistas y conservadoras) se preocupa por la seguridad jurídica a la que justo debería contribuir la estabilidad de las normas sustantivas y procesales que el derecho suministra a sus destinatarios. A ese jurista tradicional, además, normalmente le ha sido inculcada una especie de fe ciega en el proceso y la cultura procesalista en que se desempeña; fe que, en materia penal, más se enciende y mayor resistencia opone si es el proceso acusatorio de aspiraciones garantistas el que se vuelve blanco de algún cuestionamiento con bases epistémicas, en virtud de ser este tipo de proceso el que pareciera más compatible con las exigencias de los estados democráticos y constitucionales de derecho contemporáneos. Y, sin embargo, abriéndose paso entre las ideologías y los dogmatismos, la reflexión epistemológico-procesal debe prosperar, y seguramente lo hará, pues la verdad es terca y así, con esa terquedad, eventualmente habrá de revelarse lo poco aptos para averiguar la verdad que son los procedimientos judiciales que insisten en preservar ciertas estructuras normativas y ciertas prácticas que son disfuncionales (de nuevo, sólo preliminarmente) desde el punto de vista epistémico.

Ahora bien, un argumento de peso adicional para apuntalar la necesidad mencionada de diseñar e implementar procedimientos veritativo-promotores es que la persecución (siempre perfectible) de la verdad mediante el proceso judicial —y, como se verá después, mediante el complemento suministrado por la puesta en marcha de otros mecanismos, como las comisiones de la verdad— es un estado de cosas al que, en materia penal, explícitamente se ha reconocido que tienen derecho principalmente las víctimas (y/o sus familiares) de violaciones graves a sus derechos humanos. Se trata de un derecho positivado[5] que, desde mi punto de vista, tienen también las víctimas de cualquier delito (e incluso la sociedad en su conjunto ante cualquier presunto acto de criminalidad); derecho que, cuando es respetado mediante la instauración y puesta en marcha de un procedimiento genuinamente veritativo-promotor, beneficia también a los acusados materialmente inocentes, pues un procedimiento de esta naturaleza se halla mejor equi-

[5] Derecho en el sentido de una situación jurídica y no en el sentido de un conjunto o sistema de normas.

pado para identificarlos eventualmente y para tratarlos de manera consistente con su inocencia.

Pues bien, es a este *derecho a la verdad*, jurídicamente reconocido, al que a continuación me referiré con algún grado mayor de detalle, a los efectos de posteriormente retomar la idea de la necesidad de dotar al procedimiento penal de un perfil veritativo-promotor, presentándola entonces como parte de las obligaciones que ese derecho a la verdad implica, y de trazar esquemáticamente los contornos de dicho perfil.

II. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el derecho a la verdad

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en un informe relativamente reciente (2014), sostiene que el denominado derecho a la verdad surgió en el marco de los esfuerzos desplegados por los órganos del sistema interamericano para combatir la impunidad en la que, en la región,[6] suele permanecer la violación masiva y sistemática de derechos humanos y la frecuente comisión de graves infracciones al derecho internacional humanitario por parte de agentes estatales, particulares que operan con el apoyo, la tolerancia o la aquiescencia del Estado, y miembros de grupos armados ilegales.[7] Por lo anterior, es natural que la CIDH también conciba al derecho a la verdad como uno de los pilares fundamentales de la *justicia transicional* (2014, p. 19), a cuyas herramientas se tiende a recurrir precisamente para recuperar —en donde ha colapsado, o para por fin instaurar, si es que nunca lo ha habido— el orden democrático e institucional en el que puedan respetarse y protegerse las libertades básicas de la población de que se trate[8] (idea esta, la de justicia transicional, a la que volveremos más adelante).

[6] Caracterizada por múltiples y reiteradas rupturas del orden democrático e institucional, situaciones de conflicto armado de carácter no internacional, guerras civiles y situaciones de violencia generalizada.
[7] Impunidad entendida como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
[8] Con respecto a la relación entre la democracia y el respeto a los derechos humanos, la CIDH sostiene que "el análisis de la situación de los derechos humanos en los países de la región permite afirmar que

De entre las variadas formas que esa violación masiva y sistemática de derechos humanos ha adquirido con los años, la desaparición forzada[9] constituyó una modalidad de especial interés y atención para la Comisión.[10] No es extraño, por tanto, que, como explica el informe referido, el derecho a la verdad en el sistema interamericano haya estado originalmente vinculado con este serio problema, que desafortunadamente persiste en las Américas.

En este sentido, tanto la CIDH como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han establecido que las obligaciones que corresponden a los Estados en supuestos de desapariciones forzadas se centran en adoptar todas las medidas necesarias para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables, así como para reparar de manera justa y adecuada a los familiares de la víctima. Asimismo, también se estableció como obligación *establecer la verdad de lo sucedido*, localizar el paradero de las víctimas e informar a los familiares sobre el mismo (CIDH, 2014, p. 5).

---

sólo a través del ejercicio efectivo de la democracia [...] los derechos humanos pueden garantizarse a plenitud" (CIDH, 2014, p. 17, énfasis añadido). Y es que, como afirma el artículo 3 de la Carta Democrática de la Organización de Estados Americanos, del cual hace eco la Comisión en el informe bajo análisis, "son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, *el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales*; el acceso al poder y *su ejercicio con sujeción al Estado de derecho*; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y *la separación e independencia de los poderes públicos*" (énfasis añadido).

[9] Tanto para la CIDH como para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la desaparición forzada tiene un carácter permanente o continuado que afecta una pluralidad de derechos, tales como el derecho a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento a la personalidad jurídica (CIDH, 2014, p. 25).

[10] En su Informe Anual de 1977, la CIDH resaltó la gravedad de este fenómeno afirmando que "[s]on muchos los casos, en diferentes países, en que el Gobierno niega sistemáticamente la detención de personas, a pesar de los convincentes elementos de prueba que aportan los denunciantes para comprobar su alegato de que tales personas han sido privadas de su libertad por autoridades policiales o militares y, en algunos casos, de que los mismos están o han estado recluidos en determinados sitios de detención. Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la `desaparición´ no sólo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también, un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad, y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte, y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material. Es, además, *una manifestación tanto de la incapacidad del Gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes, como de su actitud de rebeldía frente a los órganos nacionales e internacionales de protección de los Derechos Humanos*" (CIDH, 2014, pp. 26-27, énfasis añadido).

La obligación de establecer la verdad acerca del destino de un desaparecido —o el respeto al derecho a saber qué le ocurrió, derecho que es correlativo a dicha obligación— es un asunto tan crucial que la Corte IDH ha dicho que su incumplimiento constituye una forma de *trato cruel e inhumano* para los familiares cercanos, pues ha tomado en cuenta que:

> […] el esclarecimiento del paradero final de la víctima desaparecida permite a los familiares *aliviar la angustia y sufrimiento causados por la incertidumbre respecto del destino de su familiar desaparecido*, y que para éstos normalmente es de suma importancia recibir los cuerpos de las personas que fallecieron, ya que les permite sepultarlos de acuerdo a sus creencias, lo cual *aporta un cierto grado de cierre al proceso de duelo que han estado viviendo a lo largo de los años* [CIDH, 2014, p. 5, énfasis añadido].

Ahora bien, en el informe al que vengo refiriéndome, la Comisión observa que el derecho a la verdad no se encuentra explícitamente recogido en los instrumentos interamericanos de derechos humanos (CIDH, 2014, p. 4). Su contenido y las obligaciones correlativas para los Estados son el resultado de lo que la Comisión llama un "análisis integral" de una serie de derechos establecidos tanto en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre ("Declaración Americana") como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Convención Americana" o "CADH").

En este orden de ideas, la CIDH explica que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el derecho a la verdad es considerado un elemento fundamental de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la CADH.[11] Al respecto, la Comisión sostiene que:

[11] Asimismo, la Comisión ha puntualizado que el derecho a la verdad surge como una consecuencia básica e indispensable para todo Estado Parte en la Convención Americana, de conformidad con el artículo 1.1 de dicho instrumento, puesto que el desconocimiento de hechos relacionados con violaciones de los derechos humanos significa, en la práctica, que no se cuenta con un sistema de protección capaz de garantizar la identificación y sanción final de los responsables.

> [b]ajo dichas disposiciones, *el derecho a la verdad comprende una doble dimensión*. En primer lugar, se reconoce *el derecho de las víctimas y sus familiares* a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos. Ello implica que *el derecho a la verdad acarrea la obligación de los Estados de esclarecer, investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables de los casos de graves violaciones de derechos humanos*, así como, dependiendo de las circunstancias de cada caso, garantizar el acceso a la información sobre graves violaciones de derechos humanos que se encuentran en instalaciones y archivos estatales.
>
> En segundo lugar, se ha consolidado la noción que este derecho no sólo corresponde a las víctimas y sus familiares, sino *también a la sociedad en su conjunto*. Al respecto, la Comisión ha sostenido que *toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse*, *a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro* [CIDH, 2014, p. 6, énfasis añadido].

En relación con la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad, la CIDH observa que:

> [l]a Corte exige *la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades*. El cumplimiento de dichas obligaciones resulta necesario *para garantizar la integralidad de la construcción de la verdad y la investigación completa de las estructuras en las que se enmarcan las violaciones de derechos humanos* [CIDH, 2014, p. 7, énfasis añadido].

Continuando con la dimensión colectiva del derecho a la verdad, otra obligación correlativa de los Estados, crucial sobre todo en contextos transicionales, consiste en garantizar a las víctimas y sus familiares, pero también a la sociedad en general, el acceso a la información acerca de las circunstancias que rodearon las violaciones graves de los derechos humanos.[12]

[12] Esta obligación genérica se descompone en otras más específicas, entre las que cabe destacar: 1) la obligación de los Estados de definir en forma precisa y clara mediante una ley en sentido formal y

Una última característica que me interesa resaltar del derecho a la verdad, a la que se refiere el informe mencionado, es que este derecho (o, más precisamente, su respeto o la observancia de las obligaciones correlativas que para los Estados acarrea) constituye *una forma de reparación* en casos de violaciones graves de derechos humanos,[13] en virtud de que "*el conocimiento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, las motivaciones y la identificación de los perpetradores son elementos fundamentales para reparar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos*" (CIDH, 2014, pp. 58-59, énfasis añadido).

III. El derecho a la verdad en México

La Ley General de Víctimas[14] es el instrumento jurídico que, en México, consagra de manera más detallada el derecho a la verdad de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos. El capítulo V de las disposiciones generales, ubicadas en el título primero, es quizá la sección más representativa, pues, de entrada, se titula justamente "Del derecho a la verdad".

El artículo 18 de dicho capítulo establece que "las víctimas y la sociedad en general tienen *el derecho de conocer los hechos constitutivos del delito y de las violaciones a derechos humanos de que fueron objeto, la identidad de los responsables,* [y] *las circunstancias que hayan propiciado su comisión*" (énfasis añadido). Por su parte, el artículo 19 dispone que:

material las causales para restringir el acceso a cierta información; 2) la obligación de contar con un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que, en los casos en que una autoridad pública niegue cierta información, permita determinar si se produjo una vulneración del derecho del solicitante a la información de que se trate y, en su caso, ordenar al órgano correspondiente la entrega de la misma; 3) la obligación de las autoridades estatales de colaborar en la recolección de la prueba para alcanzar los objetivos de una investigación adecuada y abstenerse de realizar actos que impliquen obstrucciones para la marcha del proceso investigativo; 4) la obligación de preservar y facilitar el acceso a los archivos estatales respectivos, cuando éstos existieran, y de crearlos y preservarlos cuando no estuvieran recopilados u organizados como tales, pues cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos, "la información que pueden reunir estos archivos posee un valor innegable y es indispensable no sólo para impulsar las investigaciones sino para evitar que hechos aberrantes puedan repetirse" (CIDH, 2014, p, 10).

[13] Se trata de una forma muy importante de reparación, pero, en todo caso, de una forma *sólo parcial*, que debe complementarse con otras medidas de reparación más específicas.

[14] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013, última reforma del 20 de mayo de 2021.

> […] las víctimas tienen *el derecho imprescriptible a conocer la verdad* y a recibir información específica sobre las violaciones de derechos o los delitos que las afectaron directamente, incluidas las circunstancias en que ocurrieron los hechos y, en los casos de personas desaparecidas, ausentes, no localizadas, extraviadas o fallecidas, *a conocer su destino o paradero o el de sus restos* [énfasis añadido].

A su vez, en el artículo 20 se señala que "las víctimas y la sociedad tienen *derecho a conocer la verdad histórica de los hechos*", y que las víctimas "tienen derecho a participar activamente en la *búsqueda de la verdad de los hechos* y en los diferentes mecanismos previstos en los ordenamientos" (énfasis añadido).

Asimismo, para garantizar el derecho que el artículo 21 le reconoce a toda víctima de desaparición a que las autoridades desplieguen las acciones pertinentes para su protección con el objetivo de preservar, al máximo posible, su vida y su integridad física y psicológica, el artículo 22 dispone que:

> […] el Estado podrá generar mecanismos para la *investigación independiente, imparcial y competente*, que cumpla, entre otros, con los siguientes objetivos: I. El *esclarecimiento histórico preciso de las violaciones de derechos humanos*, la dignificación de las víctimas y la *recuperación de la memoria histórica*; II. La *determinación de la responsabilidad individual o institucional de los hechos*; III. El *debate sobre la historia oficial* donde las víctimas de esas violaciones puedan ser reconocidas y escuchadas […] [énfasis añadido].

Por último, en lo que respecta a la dimensión colectiva del derecho a la verdad, el artículo 24 establece que "las autoridades están obligadas a la *preservación de los archivos* relativos a las violaciones de los derechos humanos, así como a *respetar y garantizar el derecho de acceder a los mismos*" (énfasis añadido). También que "el Estado tiene el deber de garantizar la preservación de dichos archivos y de *impedir su sustracción, destrucción, disimulación o falsificación*, así como de *permitir su consulta pública*, particularmente en interés de las víctimas y sus familiares con el fin de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos" (énfasis añadido). Y finalmente que:

> […] cuando la consulta de los archivos *persiga favorecer la investigación histórica*, las formalidades de autorización tendrán por única finalidad salvaguardar la integridad

> y la seguridad de las víctimas y de otras personas […] los tribunales nacionales e internacionales, los organismos nacionales e internacionales de derechos humanos, así como los investigadores que trabajen esta responsabilidad, *podrán consultar libremente los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos* [énfasis añadido].

A lo anterior habría que agregar otros derechos de las víctimas, directa o indirectamente conectados con su derecho a la verdad (no incluidos específicamente en el capítulo V), como los referidos en el artículo 7, fracciones I (derecho a una *investigación pronta y eficaz* que lleve, en su caso, a la *identificación y enjuiciamiento de los responsables* de violaciones al derecho internacional de los derechos humanos), III (derecho *a conocer la verdad de lo ocurrido* acerca de los hechos en que les fueron violados sus derechos humanos, para lo cual la autoridad deberá informar los resultados de las investigaciones), XXIV (derecho a *acceder a los mecanismos de justicia disponibles para determinar la responsabilidad* en la comisión del delito o de la violación de los derechos humanos), XXVI (derecho *a una investigación pronta y efectiva que lleve a la identificación, captura, procesamiento y sanción de manera adecuada de todos los responsables del daño, al esclarecimiento de los hechos* y a la reparación del daño), y XXVII (derecho a *participar activamente en la búsqueda de la verdad de los hechos* y en los mecanismos de acceso a la justicia que estén a su disposición); los referidos en el artículo 10 (derecho a un recurso judicial adecuado y efectivo que les garantice el ejercicio de *su derecho a conocer la verdad*, derecho a que se realice *con la debida diligencia una investigación inmediata y exhaustiva* del delito o de las violaciones de derechos humanos sufridas por ellas, derecho a que los autores de los delitos y de las violaciones de derechos, con el respeto al debido proceso, *sean enjuiciados y sancionados*); o los aludidos en el artículo 12 (que tienen que ver con los derechos de las víctimas en un proceso penal), fracciones III (derecho a coadyuvar con el Ministerio Público, derecho a que se les reciban todos los elementos de prueba con los que cuenten, tanto en la investigación como en el proceso, derecho a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio como partes plenas), y XIII (derecho a solicitar la intervención de expertos independientes, a fin de que colaboren con las autoridades competentes en la investigación de los hechos y la realización de peritajes, esto tratándose de casos que impliquen graves violaciones a los derechos humanos).

IV. El derecho a la verdad y la justicia transicional

La justicia transicional (JT) identifica, sistematiza y reflexiona sobre las actividades, medidas, mecanismos y procesos que en el derecho internacional de los derechos humanos se han desarrollado en términos de las obligaciones que los Estados deben cumplir (o de las prestaciones a las que las víctimas tienen derecho, incluido, claro, el derecho a la verdad) ante episodios de violación masiva y sistemática de derechos humanos. Estas actividades, medidas, mecanismos y procesos pueden combinarse (y normalmente se combinan a los efectos de lograr una adaptación al contexto de que se trate) para diseñar, implementar y evaluar la política pública[15] mediante la cual se pretende dar respuesta, en una región específica, a un fenómeno de violencia a gran escala. Como afirma el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), "la aplicación de la JT busca *dilucidar los hechos y contextos en los que ocurre la violencia, combatir la impunidad, resarcir a las víctimas por el daño sufrido e impedir la repetición de los eventos que lo ocasionaron, con miras a la consolidación de una democracia constitucional*" (CIDE, 2018, p. 23, énfasis añadido).

¿Significa lo anterior que puede hablarse de un derecho más genérico de las víctimas (y/o sus familiares) de violaciones masivas y sistemáticas a sus derechos humanos (o incluso de un derecho de la sociedad en su conjunto) a que el Estado en donde han ocurrido los episodios respectivos de violencia de alto impacto o a gran escala implemente una política pública en materia de JT? Tiendo a pensar que sí. No obstante, no discutiré aquí acerca de si la implementación de esa política pública es un derecho o no. Asumiré que se trata de una ruta potencialmente más efectiva para hacer justicia a las víctimas y a la sociedad que han experimentado esos periodos convulsos (justicia en sentido amplio, que engloba los pilares de la JT, es decir, la verdad, la justicia *stricto sensu*, la reparación y las garantías de no repetición).

[15] Como explica el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), una política pública "es un conjunto de decisiones y acciones, desde la autoridad estatal, para resolver problemas públicos mediante instrumentos específicos definidos en una teoría causal. Las políticas públicas son, por definición, contextuales (es decir, se dirigen a atributos específicos de un entorno delimitado), orientadas a problemas concretos (no son soluciones genéricas, ni mejores prácticas) y multidisciplinarias (aprovechan los conocimientos y herramientas de diversas disciplinas y utilizan métodos múltiples). Son decisiones técnicas, pero también éticas y políticas, al mismo tiempo" (CIDE, 2018, p. 97).

Cabe poner de relieve en este momento que el CIDE ha delineado los contornos de una política pública de JT justamente para México. Su objetivo principal consiste en la atención y reparación de las consecuencias de la violencia a gran escala (estatal y no estatal) que al menos entre 2006 y 2017 ha vivido el país.[16] El 2006 se eligió como el punto de partida pues en ese año convergieron dos procesos paralelos: (i) la adopción de una estrategia estatal de combate a la delincuencia organizada que recurre a las fuerzas armadas para apoyar, complementar o incluso suplir a las policías en tareas de seguridad pública;[17] y (ii) un aumento sostenido en el número de muertes violentas que, a lo largo del periodo 2006-2017, se vio representado el incremento significativo de la tasa de homicidios.[18] Por tanto, el CIDE se refiere a la transición a la que se aspiraría en los siguientes términos:

> [l]a transición necesaria en México puede entonces definirse como *el paso de una condición de violencia generalizada —detonada en gran medida por una "guerra contra las drogas y el crimen organizado" degradada, que ha involucrado a agentes del Estado y a grupos criminales organizados y fuertemente armados— hacia una condición de seguridad democrática y tutela plena de los derechos humanos* [CIDE, 2018, p. 58, énfasis añadido].

Las herramientas que el CIDE propone emplear en el caso mexicano se dividen de acuerdo con los pilares de la JT. En este sentido, se proponen herramientas

[16] Como explica el CIDE, esta violencia constituye "un problema complejo cuya atención no depende de un solo actor o de una sola intervención. Es, además, un problema que tiene causas directas y estructurales. Las causas directas son la delincuencia organizada, la inseguridad, la impunidad y el despliegue de una política punitiva expansiva para cierto tipo de delitos, principalmente vinculados con el uso y la comercialización de drogas. Las causas estructurales […] pueden identificarse como: la pobreza y la desigualdad, la corrupción, la política de drogas, la debilidad estructural de las instituciones responsables de la seguridad pública y de la procuración de justicia, y un sistema penitenciario ineficiente y con graves deficiencias" (CIDE, 2018, p. 98).

[17] Lo cual supuso el despliegue de más de 50,000 miembros de las fuerzas armadas —ejército y marina— a lo largo del territorio nacional, acompañados por los diferentes cuerpos policiales estatales y municipales. Explica el CIDE que "la decisión de privilegiar una perspectiva militar en las tareas de seguridad pública, antes de apostar al fortalecimiento de las instituciones civiles, ha tenido dos implicaciones: primero, la participación directa de efectivos de las fuerzas armadas en operativos de seguridad pública; y segundo, la ocupación de puestos claves dentro de las estructuras de mando de las fuerzas de policía por parte de personal militar en activo o retiro. Se estima que para 2012 casi la mitad de las secretarías estatales de seguridad pública estaban encabezadas por personal con formación castrense" (CIDE, 2018, p. 55).

[18] Pasando de 9.75 (por cada 100,000 habitantes) en 2006 a 25.13 en 2017.

para el "Eje verdad", para el "Eje justicia", para el "Eje reparaciones" y para el "Eje garantías de no repetición". Con respecto a los dos primeros ejes (CIDE, 2018, pp. 111-128), se comprenden instrumentos como los siguientes: comisiones de la verdad, comisiones de investigación, informes para la memoria histórica, fiscalías especializadas (o alternativamente, la creación, mediante el acuerdo respectivo, de un mecanismo internacional especializado), juzgados especializados de alto impacto, amnistías, juicios abreviados, sustitución de penas por medidas de seguridad, programa de testigos protegidos y un sistema de justicia para menores de edad. La idea sería establecer un mecanismo de coordinación y decisión capaz de articular y monitorear los avances de cada instrumento, que luego de dos o tres años de operación rinda un informe que permita evaluar el progreso de la política pública y tomar las medidas de seguimiento necesarias.[19]

La Administración actual lleva ya alrededor de la mitad de su gestión sin dar señales de pretender implementar una política pública de JT para México de la magnitud de la propuesta por el CIDE (o similares). Quizá esa opción vuelva a estar en la mesa en el corto o mediano plazo, dependiendo importantemente de los resultados de la consulta popular que, al tiempo en que esto se escribe, todavía no tiene lugar (la cual ha sido planteada informalmente como una consulta sobre si se quiere que se enjuicie o no a los expresidentes del "régimen neoliberal"). En todo caso, si hay disposición a tomarse en serio el derecho a la verdad de las víctimas de la violencia a gran escala desatada en nuestro país (sobre todo, en el periodo calderonista), ya sea que se implemente total o parcialmente una política pública de JT, o incluso si no se implementase formalmente como tal, se tendría que recurrir primordialmente a los procedimientos veritativo-promotores de los que hablaremos en la siguiente sección.

[19] Se sugiere que tal mecanismo esté integrado por representantes del Poder Ejecutivo, encabezado por la Secretaría de Gobernación (aunque podrían incluirse otras secretarías), del Poder Legislativo, del Poder Judicial de la Federación, de la Fiscalía General de la República y al menos un representante de los gobiernos estatales. Además, podría contar con el acompañamiento de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de un órgano consultivo integrado por organizaciones de la sociedad civil, organizaciones de víctimas, academia, empresarios y organismos internacionales. Por su parte, el Secretariado Técnico podría recaer en la Secretaría de Gobernación (CIDE, 2018, p. 13).

V. Procedimientos penales veritativo-promotores, derecho a la verdad y epistemología jurídica

Como se desprende de las secciones previas, el derecho a la verdad de las víctimas (y de sus familiares) de violaciones graves a los derechos humanos puede observarse o respetarse no sólo mediante la puesta en marcha del procedimiento penal (con miras a investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables). Sin embargo, sostengo que cuando toca el turno a este mecanismo de hacer su contribución a la verdad histórica de gran calado que se busca develar (mediante la operación colaborativa y en ocasiones simultánea de los instrumentos de justicia transicional a los que nos referimos en la sección anterior), la observancia del derecho a la verdad acarrea, para el Estado en cuestión, la obligación de cerciorarse de que el procedimiento penal cuente con un perfil veritativo-promotor adecuado, y de dotarlo de dicho perfil si los escollos detectados en este rubro son considerables. Esto no es otra cosa que realizar un ejercicio de *epistemología jurídica*, sólo que en este contexto dicho ejercicio deja de ser optativo (y de estar motivado por un interés meramente académico), pues —como venimos proponiendo— constituiría una de las obligaciones correlativas al derecho a la verdad.

En este punto conviene preguntarnos ¿qué es la epistemología jurídica? Parafraseando a Laudan (2013, p. 23), dicha disciplina comprende tanto: (i) al proyecto *descriptivo* (o de diagnóstico), consistente en determinar cuáles de las reglas procesales que configuran o dan forma a un determinado sistema de impartición de justicia penal (sobre todo cuáles de las reglas que estructuran la etapa del juicio) promueven el encuentro con la verdad (la averiguación de lo que en realidad ocurrió o la evitación del error fáctico) y cuáles, más bien, lo impiden, frustran o complican (generalmente porque materializan o promueven objetivos o intereses distintos), como (ii) al proyecto *prescriptivo* (o normativo) que consiste en la propuesta de cambios a los efectos de eliminar o modificar las reglas que, luego del análisis anterior, se concluya que representan obstáculos serios al hallazgo de la verdad.

Pues bien, entre los escollos u obstáculos a la averiguación de la verdad que la fase diagnóstica o descriptiva de la epistemología jurídica de corte más tradicional (la cultivada por Laudan) nos ha permitido identificar en términos generales,

cabe destacar el representado por los excesos[20] en los que, en el marco del diseño, la reforma y/o la implementación de un procedimiento penal, podemos caer si nos dejamos llevar *demasiado* por la indudablemente sensata preocupación (o por el objetivo legítimo) de evitar que el sistema condene al inocente con regularidad.[21]

Nos dejamos llevar demasiado por esta preocupación —y corremos el riesgo de caer en una suerte de *hipergarantismo*, de *garantismo exacerbado* o de *populismo garantista*—[22] cuando, además de la implementación de la presunción de inocencia, la imposición al Estado de la carga de la prueba y el establecimiento del estándar "más allá de toda duda razonable" (u otro equivalente) como criterio de suficiencia probatoria,[23] se toman otras medidas para hacer cada vez más y más

[20] Excesos en términos de *disfunciones epistémicas*, es decir, en términos del incremento innecesario y exponencial de la cifra total de errores fácticos —o sea, de falsos positivos o condenas falsas y de falsos negativos o absoluciones falsas, considerados en conjunto— que se cometen por parte del procedimiento de referencia en un periodo determinado.

[21] Lo cual, como es sabido, al ser comparado con absolver al genuinamente culpable, ha sido mayoritariamente considerado por las sociedades occidentales como el error más grave (diez veces más grave, si congeniamos con las intuiciones de Sir William Blackstone).

[22] Para el cual el fin exclusivo del proceso penal sería evitar a toda costa —y valiéndose de todo recurso o dispositivo procesal que se pueda imaginar— que algún inocente sea condenado. Dicho de otro modo, su objetivo primordial sería el de reducir, lo más que humanamente sea posible, el riesgo de que se pronuncien condenas falsas (y de que se impongan las respectivas penas arbitrarias). Por supuesto que, por la otra parte, tenemos al que llamaré *populismo anti-garantista*, el cual, en su afán por lograr que se castigue más severamente y en más ocasiones (aunque ello implique el sacrificio de gente inocente que, no obstante, puede hallarse en la desafortunada situación de que existan pruebas que la incriminen de algún modo y en cierto grado), pugna por desmantelar el sistema de garantías instauradas para la contención de los abusos por parte del Estado cuando investiga, persigue e imparte justicia, pues tales garantías se erigen como un obstáculo para sus objetivos vengativos. Esta modalidad de *populismo penal* incluye, pero va más allá de lo que en la literatura convencional se conoce como *populismo punitivo*, pues no se limita a exigir que se aumenten las penas respectivas y que crezcan los catálogos de delitos y agravantes. La cobertura de su agenda es mucho más amplia, debido a que abarca toda medida que tenga el efecto de erosionar, debilitar o eliminar nociones tan medulares y arraigadas en el pensamiento penal-liberal contemporáneo como la de la presunción de inocencia, mediante figuras tales como el arraigo, la prisión provisional oficiosa, el empleo de estándares de prueba subjetivos (como el de la "convicción íntima"), etc. Cabe destacar que la modalidad de populismo penal a la que he denominado *populismo garantista* parece gozar de mayor plausibilidad en virtud de su estrecho vínculo con el modelo ideal de proceso penal con el que actualmente se piensa que debiera contar un Estado democrático y constitucional de derecho, que no es otro que el modelo garantista propuesto por Ferrajoli (2009). El problema es que, si nos tomamos en serio el objetivo de este garantismo exacerbado, deberíamos llevar las cosas a que prácticamente el sistema nunca condene a nadie, pues sólo así se extingue del panorama el riesgo de condenar a un inocente. Pero nadie en su sano juicio podría querer eso.

[23] Considerados todos ellos como los dispositivos típicamente orientados a hacer más probable que si y cuando se cometan errores fácticos, estos pertenezcan preponderantemente a la clase considerada (comparativamente) menos costosa, es decir, a la clase de las absoluciones falsas (o falsos negativos).

difícil que se condene a un inocente, tales como (aunque no limitativamente) la de optar por un estándar de prueba aún más severo, y/o las que, en términos generales, violan el principio epistémico que exige del juzgador de los hechos (juez o jurado) que considere todas y sólo las pruebas lógicamente relevantes.[24] Este principio se ve vulnerado cuando se establecen diversos supuestos de exclusión de pruebas pese a su relevancia (supuestos que normalmente perjudican a la fiscalía), lo cual, en principio, opera en detrimento de la calidad (epistémica) de la decisión final.[25]

De acuerdo con Laudan, el problema central con el hipergarantismo (o populismo garantista) es que parece proceder con una total indiferencia al daño ocasionado por las absoluciones falsas, pese a que es razonablemente previsible que éstas sobreabunden como resultado de las medidas que dicha corriente propone.[26]

---

[24] Es decir, todas las pruebas que genuinamente incrementan y/o disminuyen la probabilidad de que las hipótesis en juego sean verdaderas.

[25] Cabe mencionar que existen medidas que, aunque no constituyan supuestos de exclusión probatoria en sentido estricto, son preliminarmente sospechosas desde la perspectiva de la epistemología jurídica, pues tienen también el efecto de impedir que el juzgador entre en contacto con toda la información que podría ser relevante para maximizar las probabilidades de que, al decidirse el caso, se averigüe la verdad. Algunos ejemplos de esas medidas son la figura de los "testigos privilegiados", a quienes se les confiere la potestad de decidir si ofrecen o no su testimonio (como el caso de los cónyuges cuando lo que podrían decir incrimina a su consorte), el caso de la información protegida por razones como el secreto profesional (que rige entre abogados y clientes, entre psicólogos o psiquiatras y sus pacientes, entre periodistas y sus fuentes, etc.) o el secreto de confesión (tratándose de cultos religiosos), o el caso del derecho del acusado a guardar silencio, lo cual se traduce en que, si así lo quiere (y normalmente ése es el consejo de su defensor), puede decidir no cooperar con la policía y/o no tomar el estrado durante el juicio respectivo (privando con ello al procedimiento de su punto de vista sobre los hechos, es decir, de una explicación alternativa de éstos en la que tal vez —y dado que los detalles podrían ser conocidos sólo por el acusado— no se había pensado antes y que bien podría aclarar significativamente las circunstancias por las que se vio envuelto en lo que, a los ojos de distintos operadores, luce como la comisión de un delito).

[26] Con respecto al daño en términos de víctimas de ofensores reincidentes liberados por absoluciones falsas, véase Laudan (2016). En ese trabajo, el autor trata de identificar las consecuencias empíricas del hipergarantismo que observa en la estructura y funcionamiento del sistema de impartición de justicia penal estadounidense. Pues bien, según los cálculos de Laudan, el número estimado de falsos negativos en el periodo estudiado (el año 2008) fue de 93.8 mil culpables liberados, cifra que se obtiene de considerar que el 38% de las 217 mil desestimaciones de cargos que hubo en ese año son erróneas, aunado al 80% de errores en las 15 mil absoluciones registradas en el periodo (para una explicación más detallada de la metodología seguida para establecer un estimado de la frecuencia de los falsos negativos, véase Laudan, 2016, pp. 56-66). Por su parte, el costo en víctimas asociado a la totalidad de falsos negativos es de 112 mil, cifra que se obtiene de multiplicar el número de culpables liberados —93.8 mil— por 1.2, que corresponde al promedio de víctimas de delitos graves que cada falso negativo que

Y es que una cosa es sostener que las condenas falsas —por el hecho de que el verdadero perpetrador del crimen sigue libre y que en su lugar se ha sacrificado a un inocente en nombre de la justicia— son los errores más graves, comparativamente hablando, pero otra muy distinta —y, según Laudan, con consecuencias potencialmente devastadoras para la sociedad— es pensar que dichos errores son los únicos que se cometen, o bien que son los que merecen toda nuestra atención, así como el empleo de toda nuestra energía y recursos a fin de reducirlos cada vez más, hasta llegar al mínimo posible.[27]

Laudan identifica los rasgos de este hipergarantismo en el sistema de justicia penal de Estados Unidos, sistema al que llega a referirse como uno "excesivamente amigable con, o proclive a, las absoluciones" (2016, p. 35). Y es teniendo este diagnóstico como trasfondo que adquieren sentido sus propuestas genéricas (constitutivas de la terapia o intervención epistémica a la que tendría que someterse al

favorece a un ofensor reincidente produce en un año (para una explicación más detallada de la metodología seguida por el autor para establecer un estimado del costo asociado a los falsos negativos, véase Laudan, 2016, pp. 68-73).

[27] Las consecuencias potencialmente devastadoras para la sociedad de las que hablamos en el párrafo previo quizá puedan apreciarse mejor (y a ello nos invita Laudan) si al panorama incluimos el hecho que, con diversos matices, comúnmente se observa en la mayoría de las sociedades contemporáneas, consistente en que algunas personas optan por dedicar su vida (o buena parte de ella) a la comisión de delitos. Hablamos aquí de los ofensores reincidentes, profesionales o de carrera. ¿Por qué, como sugiere Laudan, debemos tener presente esta cuestión cuando del diseño y/o reforma de un procedimiento penal se trata? La principal razón es que, si ese hipergarantismo ha hecho de las suyas, y dado que de las medidas que propone se benefician tanto los acusados materialmente inocentes como los genuinamente culpables (pues no podemos saber de antemano quiénes son quiénes), se están sentando las bases para que, en efecto, se reduzca todavía más la cuota de condenas falsas (todavía más respecto de la cuota que garantizaría una modalidad moderada o sensata de garantismo), pero —simultáneamente— para que aumente de forma desproporcionada el número de personas que (muy probablemente) cometieron el delito que se les imputó (de acuerdo con lo que sería razonable pensar sobre la base de las pruebas disponibles), pero que, jurídicamente hablando, no pueden ser válidamente condenas. Si una proporción considerable de esas personas cuyo caso mereció una absolución, pero que probablemente sí cometieron el delito respectivo (probabilidad que aumenta mientras más demandante sea el estándar y cuando el cuadro probatorio que sustenta la teoría del caso del fiscal se queda corto, pero por poco, de satisfacerlo) pertenecen a la clase de los ofensores reincidentes, lo que hemos hecho al liberarlos, de acuerdo con Laudan, es aumentar el riesgo para la población en general de ser victimizada, precisamente por dichos sujetos, quienes, como lo indica la evidencia empírica, continuarán con su carrera delictiva. En otras palabras, a dichas personas no sólo no las hemos incapacitado por vía de su encarcelamiento, sino que las hemos incentivado a seguir delinquiendo, al menos por el periodo que, de haber estado vigente un estándar menos exigente (sin que este deba ser equivalente al de la preponderancia de las pruebas) y/o un entorno más moderado de ventajas para el acusado, habrían podido (y debido) estar tras las rejas (Laudan, 2016, pp. 16-17 y 83-86).

sistema de impartición de justicia penal estadounidense), consistentes en considerar la reducción, tanto de los supuestos de exclusión probatoria (o bien, la creación de excepciones a dichos supuestos), como de la severidad del estándar de prueba vigente en ese país (que no es otro que el de "más allá de toda duda razonable"). La primera de estas propuestas permite respetar mejor el principio de inclusión al proceso de toda y sólo la evidencia relevante, mientras que la segunda permite que la distribución del riesgo de ser receptor de una decisión adversa errónea sea menos asimétrica (aunque persista una inclinación a favorecer al acusado) y, por tanto, más próxima al escenario epistémico idóneo.

Sin embargo, desde mi punto de vista, el ejercicio de epistemología jurídica que Laudan realiza tomando como referente al sistema acusatorio estadounidense puede ser objeto de crítica en el sentido de adolecer de una metodología incompleta, que limita sus posibilidades de ser replicado en otras latitudes, o teniendo como blanco otros sistemas de impartición de justicia, como, por ejemplo, el mexicano (proyecto de replicación al que, paradójicamente, Laudan nos invita). En efecto, si no se hacen enmiendas a dicha metodología se corre el riesgo de que los diagnósticos que se generen no se apeguen al verdadero estado de "salud" o "enfermedad" epistémica del sistema de referencia y, por tanto, que la intervención o tratamiento epistémico que se ofrezca tampoco sea el adecuado.

Dicha metodología resulta incompleta básicamente por basarse, para la elaboración del diagnóstico respectivo, en un análisis exclusivamente normativo, que no se toma en serio la investigación empírica (de corte sociológico, histórico, etc.) de la cual puede emerger la identificación y la comprensión de los orígenes de las prácticas que, de hecho, tienen lugar al amparo de un cierto marco procesal;[28] y por centrarse preponderantemente en la etapa del juicio propiamente dicha, dejando de lado y a su suerte a las cruciales etapas previas, sobre todo, a la etapa de investigación del delito.

[28] Sobre todo en contextos de debilidad institucional y/o de corrupción profunda, estas prácticas pueden contradecir grandemente las expectativas que uno podría formarse a partir de la mera consideración de la normativa respectiva y, en ese sentido, constituir un insospechado sistema pragmático-procesal paralelo y opuesto al plasmado en la letra de la legislación correspondiente.

Sin cambiar todavía de sistema de justicia, los efectos de esta suerte de miopía metodológica que aqueja al proyecto epistemológico de Laudan se vuelven más evidentes si contrastamos su diagnóstico (según el cual, como vimos, el sistema estadounidense es uno excesivamente proclive a las absoluciones y produce una cantidad ingente de absoluciones falsas) con un diagnóstico alternativo, conforme al cual dicho sistema (sí, el sistema acusatorio por excelencia, ese que ha servido de modelo a la reforma de la justicia latinoamericana) opera, más bien, como una fábrica de culpables (entre los cuales una cantidad significativa, y más grande que la sospechada por Laudan, correspondería a inocentes condenados).

Ese diagnóstico alternativo es propuesto, entre otros, por Dan Simon (2012), quien comienza por sostener que la etapa de investigación, a la que considera la piedra angular del procedimiento, encierra una actividad propensa al error, principalmente por la incidencia tanto de factores "cognitivos" como de factores "motivacionales".

Uno de los factores cognitivos más importantes es el constituido por el hecho de que el razonamiento abductivo (ese que les permite a los investigadores formular las hipótesis o líneas de investigación al entrar en contacto con cierta evidencia inicial, y seguirlas refinando a lo largo de las pesquisas) es sumamente vulnerable a los sesgos en el procesamiento de la información, conocidos técnicamente como el sesgo de la "visión de túnel"[29] y el sesgo "de confirmación"[30] (Simon, 2012, pp. 22-25).

Los sesgos aludidos frecuentemente están presentes en un sinnúmero de nuestras tareas cotidianas, sin que nos percatemos de ello. No obstante, en el contexto de la investigación criminal, la influencia que ejercen —especialmente en perjuicio

[29] De manera muy breve, podemos decir que, por influencia de la visión de túnel, las personas suelen tratar a la primera hipótesis que viene a su mente como la única posible y, por tanto, como la que, sin lugar a dudas, es correcta.

[30] Bajo los efectos del sesgo de confirmación, las personas tienden a asegurarse de que, durante el proceso de "investigación" por venir (y aquí entrecomillamos la palabra porque no se trata de una investigación genuina) se expondrán preponderantemente a la información que tenga mayores probabilidades de confirmar la conclusión a la que, con anterioridad, y quizá sin ser totalmente conscientes de ello, han decidido aferrarse, restando mérito o incluso desechando los elementos que pudieran amenazar con refutarla y/o sobrevalorando los medios de prueba que tiendan a corroborarla.

de los acusados— se ve exacerbada por la presencia de ciertos factores en el entorno o cultura institucional a los que, como dijimos, Simon llama factores "motivacionales". Entre los más importantes, podemos citar los siguientes: 1) la preponderancia del criterio según el cual el buen desempeño de las fiscalías y las corporaciones policíacas tiene que ver esencialmente con la obtención de condenas (en su mayoría por vía del llamado *plea bargain*, o como desenlace de un juicio); 2) la ideología imperante en la que generalmente son adoctrinados los investigadores y policías, que los hace verse a sí mismos como la primera y más importante línea de defensa que la sociedad tiene en contra de la gente mala que delinque; o 3) el fenómeno ampliamente documentado de la "membresía o pertenencia al grupo", que también es de esperarse que tenga lugar entre los integrantes de las fiscalías y las corporaciones policiales, y consiste en la natural unión, cohesión, respaldo, lealtad y solidaridad que normalmente existe entre ellos (Simon, 2012, pp. 25-29).[31]

Fuertemente influenciados por la presencia conjunta de estos factores cognitivos y motivacionales, los investigadores interactúan con los respectivos testigos, sospechosos y finalmente acusados de un modo cuestionable, lo cual termina por tener una suerte de efecto en cascada. Y es que, con base en la disposición a querer meramente confirmar la hipótesis de la culpabilidad de alguna persona, los investigadores suelen practicar las diligencias correspondientes en forma sesgada.

En este sentido, las líneas (o ruedas) de identificación suelen estar conformadas por sujetos muy diferentes entre sí, y el funcionario a cargo de la investigación frecuentemente está presente, lo cual atenta contra las mejores prácticas internacionales. Asimismo, y también en el terreno de la identificación de personas, suele someterse al testigo a tener que ver simultáneamente múltiples fotografías a fin

[31] A esto Simon agrega el involucramiento o identificación emocional con las víctimas del delito que es natural esperar que los investigadores experimenten, y que los puede llevar a albergar, entre otros, sentimientos de ira, odio, venganza o repulsión en contra de los acusados, incluso desde que sólo son considerados sospechosos, sobre todo en el caso de delitos especialmente atroces o perversos. Asimismo, la tendencia a hacer las cosas de manera automatizada o rutinaria, que conduce a los miembros de las fiscalías y de las corporaciones policiales a no manifestar una disposición a explorar cursos de acción diferentes (Simon, 2012, pp. 27-31).

de que indique si reconoce o no a quien dice haber visto cometer un acto delictivo. Esto también va en contra de las mejores prácticas (Simon, 2012, pp. 50-89).

Aunado a lo anterior, a las personas en condiciones de ofrecer alguna información con respecto a la forma en que se desenvolvieron los hechos se las suele entrevistar de un modo que induce a que tengan "recuerdos falsos", sobre todo cuando experimentan dudas o cuando el recuerdo original es vago. Esto es aprovechado por los investigadores como el momento oportuno para filtrar de manera sutil, y a veces no tanto, detalles acerca del delito que no deberían dar a conocer a los entrevistados, y que terminan por hacer que las declaraciones de estos coincidan con las expectativas oficiales (Simon, 2012, pp. 90-119).

Por otro lado, cuando del interrogatorio del sospechoso o acusado se trata, las técnicas empleadas suelen partir del supuesto de que, si el sujeto sostiene su inocencia, entonces generalmente está mintiendo. Esto provoca que se persiga principalmente el objetivo de extraer una confesión a como dé lugar, a partir de estrategias que —si bien no acarrean procedimientos físicamente coercitivos (como la tortura)— se encuentran en la frontera entre lo que constituiría coacción psicológica y lo que no (Simon, 2012, pp. 120-143).

Por todas estas razones, Simon (2012, pp. 5-7) concluye que la investigación criminal en Estados Unidos está, en su mayor parte, plagada de fallas sistémicas o estructurales que la conducen a producir, en términos generales, evidencia "contaminada" o poco fiable, sobre todo en lo que respecta a la diversa gama de declaraciones provenientes de testigos, sospechosos y/o acusados.[32]

[32] A esta aseveración, que debiera causar escándalo, se le suma la observación del autor de que la fase de juicio no está diseñada apropiadamente para poder corregir los errores que vienen arrastrándose desde la etapa de la investigación (Simon, 2012, pp. 7-8 y 144-205). Y ello, entre otras cosas, debido a que las personas comunes y corrientes (como supuestamente son las que integran los jurados en aquel país) no suelen estar bien equipadas para centrar su atención en los factores o aspectos verdaderamente relevantes para determinar el grado de fiabilidad que corresponde atribuir a los medios de prueba desahogados durante la audiencia. Al contrario, lo que frecuentemente captura su atención es la cobertura mediática que muchos casos reciben antes de la celebración del juicio, lo cual va en detrimento de su imparcialidad al deliberar, y se refuerza con los prejuicios raciales o de otro tipo que pudieran tener en contra del acusado. Aunado a lo anterior, los miembros del jurado tampoco suelen contar con las aclaraciones conducentes si es que tuvieran dudas acerca de los términos técnicos que el juez emplea cuando los

Pues bien, si no consideramos conveniente que patrones de operación veritativo-frustrante como los anteriores nos pasen inadvertidos y si deseamos que la terapia o tratamiento epistémico esté en condiciones de neutralizar o matizar sus efectos, nuestra metodología de análisis epistemológico (sobre todo, en su fase diagnóstica, sobre la cual se diseñará la intervención epistémica respectiva), como sugerí antes, tiene que incluir la consideración de la investigación empírica pertinente, y debe abarcar las etapas previas al juicio, especialmente la de investigación del delito —a la que también considero, como Simon, la piedra angular del procedimiento—. Por ello, en lo que respecta al caso mexicano, ha llegado el momento de referirme al *modelo autoritario de investigación* cuya vigencia, con base en lo que nos revela la investigación empírica disponible, parece persistir, pese a la implementación de la reforma de 2008 que teóricamente hizo transitar a México de un sistema preponderantemente inquisitivo a uno de corte acusatorio.

Haciendo referencia a dicho modelo autoritario de investigación criminal, Magaloni (2009, p. 5) explica que en los años del autoritarismo mexicano explícito, el modelo de investigación referido dependía de la existencia de un presunto responsable detenido para poder integrar la consignación, y lo sostenían dos pilares fundamentales: 1) una relación informal entre policías judiciales y delincuentes, que servía a las procuradurías tanto para pactar determinados "controles" con estos últimos, como para obtener información para resolver algunos casos relevantes; y 2) una aceptación por parte de todos los operadores del sistema de procuración e impartición de justicia de que la policía judicial tenía una suerte de cheque en blanco para incomunicar y coaccionar a testigos y presuntos responsables, y de que lo que éstos dijeran en los interrogatorios policíacos tenía pleno valor probatorio.

Así las cosas, en los años del autoritarismo mexicano los asuntos se resolvían en tres fases: 1) la policía judicial obtenía información para armar la acusación, intimidando y coaccionando a testigos y a presuntos responsables; 2) el Ministerio Público le daba forma "legal" a la ilegalidad mediante la integración de un expe-

instruye con respecto a sus funciones, justo antes de mandarlos a deliberar (dudas tan fundamentales como las que pueden tener que ver con el significado concreto de frases como "más allá de toda duda razonable", o de doctrinas como la de la "presunción de inocencia").

diente, es decir, de un conjunto de diligencias que, en el fondo, eran irrelevantes, pero que servían para *simular* que se había investigado el delito; y 3) el juez era un simple ratificador de la acusación armada por el Ministerio Público, no ejercía ningún tipo de control de la arbitrariedad en el proceso de investigación, ni era tampoco un árbitro imparcial entre el acusado y el acusador. En ese escenario, los legajos de papel de la averiguación previa y del expediente judicial se convirtieron en la forma por excelencia de esconder las altas dosis de arbitrariedad con la que funcionaba la persecución penal en México (Magaloni, 2009, pp. 5-6).

Con respecto al catálogo fijo de diligencias normalmente inútiles al que frecuentemente acudían y persisten en acudir las procuradurías (ahora fiscalías) para engrosar sus expedientes, Magaloni (2009, pp. 14-15) sostiene que esta práctica desempeña dos funciones principales: 1) preservar un modelo de persecución criminal en donde la labor principal del Ministerio Público continúe siendo fundamentalmente administrativa, lo cual permite dejar de lado el problema de la calidad y las capacidades de los fiscales, pues en la medida en que su trabajo esencialmente consista en solicitar diligencias (por ejemplo, a la policía judicial o de investigación y a los peritos de sus dependencias) y en anexar las respuestas, las procuradurías o fiscalías podrán seguir operando con funcionarios públicos de muy bajo perfil y mal remunerados; y 2) eludir la responsabilidad del Ministerio Público de armar el rompecabezas delictivo que le permita explicar al juez cómo sucedieron los hechos y por qué el imputado debe ser penalmente responsable. Como explica la autora (Magaloni, 2009, p. 15), ello genera el peor de los mundos: con información fraccionada y mal recabada se obtienen sentencias condenatorias. El ciclo vicioso es, pues, difícil de romper: si con un mal trabajo los fiscales obtienen resultados favorables, ¿por qué intentar hacer las cosas de otra manera (aunque la ley procesal así lo disponga)?

Con base en lo anterior, lo que se gestó —según opina Magaloni— es el sistema de procuración de justicia con el que hoy contamos y, dado que el contexto actual es otro[33] (caracterizado por una alta incidencia delictiva y por la descentralización

[33] El contexto en el que dicho modelo funcionó más o menos de forma eficiente durante los años del autoritarismo mexicano, tenía dos características: 1) una baja incidencia delictiva y 2) una enorme centralización del poder (Magaloni, 2009, p. 6).

del poder en el seno de las fiscalías y de los cuerpos policíacos), dicho sistema termina beneficiando a quienes lo pueden manipular y corromper, es decir, a todo aquel que tenga el poder político y económico para sobornarlo. Como sostiene la autora:

> […] un sistema de persecución criminal así de débil y maleable *no ha podido desarrollar capacidades técnicas para investigar y resolver casos de delitos complejos*. Es decir, su impacto en la persecución de la actividad criminal relevante es muy bajo. Ello se manifiesta de distintas formas. La más importante es que, al igual que en los años del autoritarismo, *el sistema tiene muy baja capacidad para esclarecer hechos que no le lleguen aclarados. La consignación de un asunto depende fundamentalmente de que exista un presunto responsable previamente detenido* (en flagrancia o en flagrancia equiparada), *o bien, de que el tipo de delito sea uno en donde es prácticamente seguro que la víctima tiene identificada a la persona que lo cometió* (como en el caso de los delitos de lesiones, riñas o daño en propiedad ajena, etc.). [En resumen,] el sistema de procuración de justicia mexicano, como ocurría en los años del autoritarismo, *tiene muy baja capacidad investigativa en cualquier caso que no esté prácticamente resuelto con la sola información que proporciona la víctima o el presunto responsable […] la procuración de justicia en México es como un coche des[v]alijado de los años setenta intentando transitar en una autopista moderna de principios del siglo XXI. Sin embargo, ese coche des[v]alijado sigue teniendo una utilidad política fundamental: continúa siendo maleable y controlable desde las cúpulas del poder*" [Magaloni, 2009, p. 7, énfasis añadido].

Ahora bien, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) contiene un buen número de disposiciones de las que se podría pensar que serían eficaces para desmontar el modelo autoritario de investigación referido anteriormente (algunos incluso dirían que, de hecho, ése era uno de los objetivos que pretendía la instauración de un sistema de corte acusatorio, adversarial y oral en nuestro país). Resulta muy conveniente, en efecto, que en dicho Código explícitamente se aluda a que la investigación debe ser *objetiva* (en virtud de que ha de referirse tanto a los elementos de cargo como de descargo), y que debe conducirse con la *debida diligencia* (artículo 129).

Igualmente apropiado es imponer al Ministerio Público la obligación de vigilar que en toda investigación se cumpla estrictamente con los derechos humanos

reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales (artículo 13, fracción I), así como las obligaciones de proporcionar información veraz sobre los hechos y sobre los hallazgos en la investigación, y de no ocultar a los intervinientes elemento alguno que pudiera resultar favorable para la posición que ellos asumen (artículo 128).

Muy adecuado es también que el Código contemple el establecimiento de la respectiva "cadena de custodia" en cada caso, como elemento importantísimo de las técnicas de investigación (artículo 227); que regule estrictamente los requisitos que deben reunir los distintos "actos de investigación" —actos como la inspección de personas (artículo 268), la revisión corporal (artículo 269), el levantamiento e identificación de cadáver (artículo 271), los peritajes (artículos 272 y ss.), el procedimiento para reconocer personas (artículo 277), la identificación por fotografía (artículo 279), el reconocimiento de objeto (artículo 280), la orden de cateo (artículos 282 y ss.), las medidas de vigilancia (artículos 285 y ss.), la intervención de comunicaciones privadas (artículos 291 y ss.) y la localización geográfica en tiempo real (artículo 303)—; que sea claro al pronunciarse con respecto a cuáles de las actuaciones requerirán de una autorización previa por parte del juez de control y cuáles no (artículos 251 y 252); que reconozca que todo registro incorporado en la carpeta de investigación que sirve de sustento para aportar *datos de prueba* con anterioridad al juicio constituye un mero antecedente que carece de valor probatorio para fundar la sentencia definitiva (artículo 259, párrafo tercero); y, en íntima conexión con lo anterior, que se establezca que para efectos del dictado de la sentencia definitiva sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio oral (artículo 259, párrafo cuarto).

El problema es que no contamos con ninguna garantía de que, en la práctica, dichas normas no se tornarán ineficaces, considerando la tendencia a persistir de los vicios e inercias del procedimiento preponderantemente inquisitivo del que se intenta emerger, así como la natural resistencia al cambio que suelen enfrentar las reformas de gran calado. En este sentido, las preguntas que cabe hacer son: ¿qué nos asegura que las normas relativas a cómo debería llevarse a cabo la investigación no serán simplemente neutralizadas y suplantadas por esa estrategia colectiva tan arraigada en la cultura institucional de las procuradurías (ahora

fiscalías) de justicia mexicanas de hacer nada más "como si" se cumpliera con lo que se espera de ellas? ¿Acaso la práctica de levantar actas y registros de todo tipo que asientan datos imprecisos, inútiles o de plano inexistentes se esfumará como por arte de magia? ¿Podemos esperar que de la noche a la mañana surjan y se pongan en práctica las habilidades de investigación apropiadas cuando por mucho tiempo desplegarlas no fue prioritario, y ni siquiera necesario? ¿Decidirán los policías, fiscales y peritos, sin más, abandonar su zona de confort tolerada por décadas, representada por las prácticas simulatorias que les permiten justificar superficialmente su existencia y entregarse más bien a la obtención de recursos ilegales abusando del ciudadano común?

Si volvemos a consultar la investigación empírica disponible, parece que, aunque la reforma procesal ya se encuentra bastante avanzada —al menos en lo que se refiere al tiempo transcurrido—, se siguen encontrando indicios significativos de la vigencia en la práctica del modelo autoritario de investigación del delito al que Magaloni se refiere. Esto puede verse, por ejemplo, en un estudio referido específicamente al Estado de México (Fondevila, Langer, Bergman, Vilalta y Piña, 2016), realizado con el apoyo del CIDE, México Evalúa y otros actores. Quizá la observación que mejor captura de cuerpo entero el panorama general de la investigación del delito en esta entidad federativa es la siguiente:

> En términos generales, *la investigación de la fiscalía parece ser una actividad esencialmente administrativa* porque los casos que reciben los fiscales son, en su gran mayoría, de flagrancia (91.7%). En estos casos, *la actuación del fiscal se puede reducir a no cometer grandes errores,* ya que si se desahogan las diligencias necesarias es altamente probable la obtención de una sentencia condenatoria, ya sea porque *el imputado acepta su culpabilidad optando por el procedimiento abreviado* (61% del total de casos) o porque los casos que llegan a juicio oral *terminan en su gran mayoría en una sentencia condenatoria por todos los hechos acusados* (86.1%). *Los fiscales pueden convertirse así en meros cuidadores del proceso penal, pues la culpabilidad ya fue establecida por la policía con el mismo formato del sistema inquisitivo: flagrancia, testimonios-peritajes y auto de vinculación a proceso*" [Fondevila *et al.*, 2016, p. 29, énfasis añadido].[34]

[34] Para ahondar un poco más en los datos de este estudio, los autores indican que, en el periodo analizado (2010-2014), se encontró que 91.7% de las detenciones fueron realizadas en flagrancia y que sólo

Habiendo identificado algunos de los escollos u obstáculos para la averiguación de la verdad (a los que también llamé patrones veritativo-frustrantes) que pueden hallarse tanto en la estructura normativa como en el funcionamiento práctico de un procedimiento penal, incluso de corte acusatorio como el estadounidense o el mexicano, toca el turno ahora de hablar sobre el remedio, terapia o intervención epistémica que sería conveniente emplear. Con mucha más razón si, como se propone en este trabajo, se considera esa terapia epistémica como una de las obligaciones correlativas al derecho a la verdad, a la que antes aludí como la obligación

el 8.3% fue realizada mediante orden de aprehensión. En este sentido, los autores observan lo siguiente: "[q]ue más de 9 de cada 10 imputados hayan sido detenidos en flagrancia *sugiere una baja calidad de investigación policial bajo supervisión de la fiscalía*. Es decir, no parece existir un Ministerio Público (o fiscal) investigador que solicite activamente órdenes de aprehensión *después de haber recabado datos de prueba en una investigación*. Dicho de otra manera, *si la persona no es detenida al momento en que comete el delito, la probabilidad de que la detengan después es muy baja*. Nuestros datos sugieren que los principales delitos investigados son robos o asuntos de poca complejidad, que no requieren una investigación elaborada, o *que la policía no tiene la capacidad ni la voluntad de llevar a cabo investigaciones más completas*" (Fondevila *et al.*, 2016, p. 16, énfasis añadido). Por otra parte, el estudio también muestra que en el periodo mencionado persistieron prácticas de tortura en 18.05% de los casos analizados, ante lo cual los autores opinan que se trata de un porcentaje de por sí muy alto, y que éste podría ser más elevado, pues *"es posible que los médicos legistas no informen todos los casos de lesiones observados dado que trabajan regularmente con las fuerzas de seguridad y pueden tener incentivos para preservar una buena relación con ellas*" (p. 18, énfasis añadido). Siguiendo con el tema de la tortura (p. 19), a los autores les preocupa que en 97.4% de los casos en los que el médico legista determinó que el detenido fue sometido a abusos los jueces de control validaron la actuación de la policía y de la fiscalía. Sólo en 2.6% de esos casos los jueces respectivos excluyeron pruebas, y en ningún caso liberaron al detenido, excluyeron la declaración del imputado u ordenaron una investigación con respecto a los presuntos abusos sufridos. Ante tal panorama, los autores afirman que "esta falta de consecuencias, aun en casos en donde las lesiones están certificadas por un médico legista, *crea incentivos perversos, ya que indica que torturar o abusar de otras maneras de los detenidos no tiene mayores consecuencias en el Estado de México, ni para aquellos que realizan estos abusos, ni para el proceso penal* […] al no haber consecuencias legales por estas omisiones, complicidades o negligencias, *la tortura se vuelve un mecanismo de cajón, tanto de policías, como de ministerios públicos (o fiscales)*" (p. 19, énfasis añadido). A pesar de la escasa o nula investigación que los respalda y de que, en varios casos, los detenidos hayan sido sometidos a tortura, el estudio señala que en 71.3% de los asuntos (o sea, en 3 de cada 4) en que el imputado es inicialmente detenido se dicta prisión preventiva, aunque muchos de ellos no ameritaban esta medida cautelar en su modalidad oficiosa (pp. 24-25). Pues bien, sobre la base de los resultados y observaciones del estudio citado, resulta plausible afirmar: 1) que en el Estado de México la forma en que los delitos son investigados se ajusta muy bien a las líneas rectoras trazadas por el modelo autoritario de investigación criminal del que nos habla Magaloni; 2) que este modelo de investigación ha sabido persistir en el tiempo, camuflándose bajo el andamiaje normativo-procesal que da forma (al menos en el nivel del discurso oficial) a un sistema con tintes preponderantemente acusatorios y con aspiraciones garantistas; 3) que, por tanto, el desmantelamiento progresivo de dicho modelo autoritario de investigación debe ser una de las máximas prioridades de nuestros gobernantes y de nuestra sociedad; y 4) que, en la persecución de este objetivo, no debemos dejarnos capturar por la nebulosa gestión populista del enfrentamiento entre las visiones antigarantista y garantista con respecto a la configuración del procedimiento penal.

de dotar de un perfil veritativo-promotor al procedimiento penal que se pretenda emplear (aunque no sólo) para investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos.

Pues bien, señalaré —a modo de cierre— algunas de las medidas preventivas del error más importantes (muchas de ellas aplicables sobre todo a la fase de investigación) que se han propuesto y que deberían ponderarse:[35]

1) Instaurar una política de "transparencia total", según la cual todas las diligencias de investigación que impliquen contacto entre los investigadores, los testigos y los sospechosos tendrían que ser grabadas en video, de principio a fin. El objetivo primordial de ello sería que, durante la audiencia de juicio, el juzgador de los hechos pueda hacerse una idea más precisa de lo que realmente declararon los involucrados y de la forma en que tales declaraciones estuvieron mediadas por la intervención de los investigadores.

[35] Una de las medidas ya no preventivas, sino correctivas, que Simon sugiere consiste en que en el interior de las procuradurías o fiscalías se instauren las llamadas *Conviction Integrity Units*. Se trata de unidades o departamentos que, como su nombre lo indica, se especializan en revisar la integridad de las condenas que, en un periodo determinado, han sido dictadas por la autoridad jurisdiccional relevante sobre la base de los argumentos y pruebas ofrecidos por los fiscales respectivos. La idea básica consiste en recibir solicitudes de revisión de casos por parte de los presos que aleguen haber sido objeto de una injusticia, a efectos de determinar si dichas solicitudes tienen algún mérito o no, es decir, con el propósito de establecer si se cometieron o no errores en la investigación del delito por el que se los consideró responsables y, de ser el caso, solicitar a la autoridad respectiva que se proceda a exonerar al sentenciado. Estas unidades tienen mucho en común con los denominados *Innocence Projects* con los que cuenta la mayoría de los estados de la Unión Americana. La diferencia es que, mientras dichos proyectos suelen ser instaurados a instancia de alguna universidad sede, las *Conviction Integrity Units*, como se dijo, son creadas al interior de las propias procuradurías u oficinas de la fiscalía, por su propia iniciativa. Cabe señalar que de la labor de los proyectos de inocencia y de las mencionadas unidades de integridad (aunque, principalmente, del trabajo de los primeros), en los Estados Unidos ha surgido el llamado *The National Registry of Exonerations* (Registro Nacional de Exoneraciones), en el que se recaba, analiza y difunde la información relativa a la totalidad de exoneraciones de acusados inocentes, desde 1989 a la fecha. Considero que un registro semejante sería de suma trascendencia para México, pues con la información que contuviera se podría profundizar en el estudio riguroso del fenómeno de las condenas falsas, con miras a conocer más específicamente sus causas, costos, afectados, etc. Además, sería un recordatorio permanente para el Estado y para la sociedad de que la sombra del error siempre estará presente en la impartición de justicia, razón por la cual debe procurarse actuar con la mayor cautela en todo momento; a su vez, representaría una muestra de que las autoridades no están dispuestas a ocultar la verdadera dimensión del problema, sino, más bien, a adentrarse en su estudio y en el diseño de las políticas públicas conducentes para remediarlo.

2) En lo relativo a las diligencias conocidas como líneas (o ruedas) de identificación se sugiere lo siguiente: (a) la inclusión de sospechosos en dichas diligencias no debe basarse en corazonadas o en indicios endebles (como el que la persona haya sido vista a unas cuadras del lugar de los hechos), sino en una sospecha fundada de su probable involucramiento en el delito; (b) antes de ser expuesto a la línea de identificación, el testigo no debe entrar en contacto con ninguna información relativa a las características del probable responsable; (c) la diligencia debe llevarse a cabo lo más pronto que se pueda para que la curva natural del olvido no afecte demasiado al testigo, quien ya de por sí enfrenta la enorme dificultad de tener que recordar las características fisonómicas de alguien que probablemente nunca había visto antes; (d) las líneas no deben incluir a más de un sospechoso, quien debe ocupar el lugar de su elección entre cinco o más participantes cuya inocencia esté fuera de duda; (e) los participantes deben parecerse lo más posible a la descripción del sospechoso que previamente debió proporcionar el testigo; (f) antes de la diligencia, se debe advertir al testigo de que el perpetrador puede o no estar incluido en la línea y que es válido que responda que no identifica a nadie como la persona a quien dice haber visto cometiendo algún delito, o que simplemente no lo puede afirmar categóricamente; (g) el encargado de practicar la diligencia no debe saber a cuál de los participantes se considera sospechoso, y el testigo debe ser informado de esta situación (a fin de que no esté esperanzado en que el encargado le proporcione alguna pista gestual o de otra índole); (h) el encargado de la línea debe abstenerse de cualquier conducta que pudiera interpretarse como si estuviera delatando al sospechoso; (i) luego de anunciar que reconoce o no a alguien, el testigo debe expresar qué tan seguro está de ello, sin que reciba ningún tipo de retroalimentación positiva o negativa de parte del encargado de gestionar la línea; (j) debe mantenerse registro del tiempo que le tomó al testigo hacer su anuncio de reconocimiento o de no reconocimiento; (k) el procedimiento debe ser grabado por completo, idealmente en video (Simon, 2012, pp. 80-86).

3) En lo relativo a las entrevistas de testigos: (a) deben ser realizadas también lo más cercanamente posible al momento en que ocurrió el evento investigado; (b) cuando son varios, los testigos deben ser entrevistados por separado, instruyéndoseles de que no deben hablar entre sí y, preferentemente, manteniéndolos

en lugares, áreas o cuartos diferentes; (c) los entrevistadores deben promover que los testigos distingan entre lo que percibieron de primera mano y lo que conocieron por otras fuentes; (d) para generar la mayor empatía posible con los testigos (a lo que también se conoce como *rapport*), los entrevistadores deben ser sensibles al estado y personalidad de aquéllos y ajustar el ritmo de sus preguntas, así como el tono en que las formulan, de conformidad con lo anterior; (e) los entrevistadores deben evitar proporcionarle información de la investigación al testigo; (f) no deben realizarse preguntas insidiosas, ni sugerirse las respuestas; (g) cuando los testigos manifiesten no tener muy clara alguna parte del relato que se encuentran ofreciendo, los entrevistadores deben abstenerse de solicitarles que se esfuercen más, y mucho menos deben sugerirles que imaginen o que especulen; (h) los entrevistadores no deben mostrar ningún entusiasmo, ni desánimo o desilusión por las respuestas que esté dando el testigo; (i) las entrevistas sucesivas al mismo testigo sólo deben realizarse si ello es estrictamente necesario, y en ellas no debe volverse a preguntar acerca de cosas o hechos sobre los cuales ya se emitió una respuesta previa, a menos que se esté usando una técnica diferente (como la denominada "entrevista cognitiva"); y (j) todas las entrevistas deben grabarse por completo en video (Simon, 2012, pp. 117-119).

4) En lo relativo al interrogatorio de los sospechosos: (a) los interrogadores deben abandonar toda expectativa de ver algo en el comportamiento de aquellos que pueda delatar que están incurriendo en engaño (ello debido a que, pese a su popularidad, la validez de estas técnicas no está debidamente demostrada); (b) para intentar detectar engaño o mentira de parte del sospechoso, los interrogadores deben basarse, más bien, en la información que aquél les está dando, con miras a identificar contradicciones, incoherencias u otro tipo de defectos lógicos en la narrativa; (c) los interrogadores deben abstenerse de emplear métodos o técnicas coercitivas, sobre todo de aquellas orientadas a destruir la voluntad del sospechoso; (d) los interrogatorios deben ser grabados totalmente en video (Simon, 2012, pp. 142-143).

5) A los efectos de monitorear y preservar la integridad del razonamiento probatorio de los investigadores, podría recurrirse al uso (o incluso al desarrollo) de aplicaciones informáticas que permitan elaborar una representación visual (o varias)

de la estructura argumentativa de dicho razonamiento, con lo cual se estaría proveyendo a los investigadores de una herramienta poderosa de análisis lógico que, en principio, puede incrementar sus niveles de desempeño en tareas tan esenciales para la investigación del delito como la de conjeturar y articular diversas hipótesis o líneas de investigación y la de darles seguimiento para determinar cuáles se encuentran mejor confirmadas y cuáles se pueden refutar o descartar.[36]

6) Vale la pena considerar también la creación de lo que Keith Findley (2011) llama *The Office of Public Advocacy* (Oficina de la Abogacía Pública). ¿Cómo funcionaría? Si luego de habérsele imputado los cargos el acusado así lo eligiere, a dicha

[36] Para un ejemplo paradigmático de este tipo de aplicaciones informáticas, consúltese: Bex, van den Braak, van Oostendorp, Prakken, Verheij y Vreeswijk (2007). Los fundamentos teóricos de dichas aplicaciones tendrían que ser lo más robustos posibles, lo que vuelve crucial echar mano de las investigaciones más relevantes sobre la estructura del razonamiento probatorio. Una muestra de esas investigaciones, en la cual se podría inspirar el diseño de las aplicaciones informáticas mencionadas, es la del célebre filósofo del proceso Michele Taruffo, cuya reciente partida de este mundo nos sigue entristeciendo. Su concepción del razonamiento probatorio combina adecuadamente los aportes de la postura *holista* (que pone el acento en darle a ese razonamiento un formato narrativo o basado en historias), y de la postura *atomista* (que enfatiza la importancia de las cadenas inferenciales o argumentos fácticos, que parten del contenido de los medios de prueba de los que se dispone y culminan con las conclusiones relativas a la ocurrencia de los hechos principales). En este sentido, de acuerdo con Taruffo (2010, pp. 233-234), los enunciados constitutivos de la narración con fines de motivación del juez se encontrarían distribuidos en al menos cuatro niveles: 1) el constituido por los que describen *hechos principales* (es decir, aquellos que pueden clasificarse directamente dentro de la *clase* de hechos prevista en algún supuesto normativo); 2) el constituido por los que describen *hechos secundarios* (aquellos de los que pueden extraerse inferencias que conducen a la afirmación de la existencia de hechos principales); 3) el constituido por los que describen el *contenido de los medios de prueba* practicados en el juicio (por ejemplo, las declaraciones específicas de los testigos, las afirmaciones en el interior de un documento o dictamen, etc.); y 4) el constituido por los que describen las circunstancias de las que pueden extraerse inferencias relativas a la *credibilidad* o *fiabilidad* de los enunciados del nivel anterior. Como explica Taruffo, los niveles aludidos se interrelacionan a partir de *inferencias probatorias* de un modo tal que los del cuarto nivel representan informaciones útiles para controlar la *fiabilidad* de los del tercer nivel, los cuales, a su vez, constituyen las premisas de donde se extraen conclusiones cuyo contenido corresponde *directamente* con el de los enunciados que describen hechos principales (primer nivel), o bien, con el de los enunciados que describen hechos secundarios (segundo nivel), en cuyo caso, los del segundo nivel desempeñan también el papel de las premisas que permiten inferir que ocurrieron los hechos principales (2010, p. 234). Ahora bien, las inferencias probatorias mediante las que se conectan los distintos niveles o capas de enunciados constitutivos de la historia en cuestión son posibles en la medida en que el juez recurre a nociones o *generalizaciones de sentido común* que emplea como *criterios o reglas de inferencia*, los cuales vinculan tanto a las pruebas con los (enunciados descriptivos de) hechos (principales y secundarios), como a los distintos (enunciados descriptivos de) hechos entre sí. Junto con otros elementos —como los *prejuicios*, los *scripts* (o *tramas*), los *estereotipos* o *perfiles*—, las generalizaciones de sentido común conforman el *stock of knowledge*, es decir, el *conocimiento del mundo*, la *enciclopedia media* o el *trasfondo cultural* de todo narrador de historias, incluido el juez (Taruffo, 2010, pp. 72-78).

oficina le correspondería encargarse de su caso, designando tanto al abogado que se desempeñará en el rol de fiscal como al que se ocupará de la defensa, quienes en ocasiones previas pudieron haber cumplido el papel contrario. Y es que uno de los aspectos más interesantes de esta propuesta es que la referida oficina albergaría a un conjunto de abogados técnicamente preparados para desempeñar ambos roles, es decir, para representar al Estado (fungiendo como fiscales), o para representar al acusado (fungiendo como defensores), de acuerdo con un determinado sistema de rotación. El objetivo de instaurar esta dinámica de alternancia es justamente romper con la visión sesgada y hasta con el síndrome de *burnout,* que resultan de dedicarse a una misma actividad por mucho tiempo, así como contribuir al desarrollo paulatino de una cultura de búsqueda imparcial y objetiva de la verdad. En este sentido, dada la experiencia constante de ponerse literalmente en los zapatos del otro que dicha dinámica institucional promueve, todos los integrantes de esta oficina tendrían incentivos para ser lo más justos y equitativos posibles con su oponente o adversario en un caso concreto. Otro aspecto novedoso de la operación de esta oficina consiste en que al fiscal y al defensor designados les correspondería tomar conjuntamente la decisión acerca de qué actos de investigación conviene seguir practicando, hasta el cierre de la etapa respectiva, así como supervisar dichos actos. De este modo, tanto la policía como los peritos forenses sabrían que tienen que responder a los dos, al fiscal y a la defensa, en su carácter de codirectores del procedimiento, y que ambos revisarán con el mayor rigor posible su forma de actuar y sus reportes o resultados. Este marco crea la estructura de estímulos necesaria para que, con el mismo ahínco, cuidado y perseverancia, se recaben tanto elementos inculpatorios como exculpatorios, minimizando así los efectos de los sesgos de la visión de túnel y de confirmación antes referidos.

7) Con respecto a los estándares de prueba a emplearse a lo largo del procedimiento, la medida propuesta es que se abandone la tendencia a formularlos mediante el empleo de conceptos extremadamente vagos y/o apelando a la detección, por vía de la introspección a cargo del propio juzgador, de ciertos estados doxásticos subjetivos, como las creencias intensas o las convicciones íntimas.[37] Como sugiere

[37] Y es que hallarse íntimamente convencido, o tener una creencia inamovible de que ciertos hechos acontecieron, incluso si se explicitara el sendero mental seguido para (o los factores psicológicos que

Ferrer Beltrán, para formular dichos estándares debería apelarse, más bien, a la capacidad justificativa del acervo probatorio con respecto a la conclusión de que se trate, y acudir preponderantemente al vocabulario propio de la metodología para la corroboración de hipótesis; a su vez, la ineludible vaguedad de los conceptos empleados debería ser compatible, en grado, con la función nuclear de un estándar, consistente en proveer de un criterio o umbral de suficiencia probatoria (2021, pp. 29-44).

condujeron a) experimentar esos estados doxásticos, no constituyen indicadores fiables de que se dispone de razones apropiadas para *justificar* la proposición que asevera la ocurrencia de tales hechos (proposición que podría ser el contenido de una creencia tenida por alguien —en particular, por el juzgador—, pero ni siquiera eso es necesario). Otro problema fundamental que aqueja a intentos fallidos, como éstos, de establecer estándares de prueba es que la determinación de si han sido o no satisfechos no es apta para su revisión o control sustantivo por parte de alguna instancia diferente del mismo decisor; instancia que, si se parte del supuesto de que el juzgador ha sido sincero (y de que su acceso a la verificación de los estados mentales en que él mismo se encuentra es inmediato e infalible o transparente), cumpliría satisfactoriamente su función entregándose a una mera revisión formal que se reduciría esencialmente a la detección de la parte de la sentencia en la cual el decisor haga constar que se halló en el estado mental requerido. Si se dudara de su sinceridad al realizar el reporte, se podría incluso recurrir a la tecnología moderna para rastrear en su cerebro el correlato neurofisiológico de tal evento psicológico, pero, aunque éste fuera el caso, esa información no constituiría una prueba relevante (y menos suficiente) de que la proposición fáctica respectiva está cimentada en pruebas relevantes y suficientes. Si no se dudara de su sinceridad al reportar el íntimo convencimiento que afirma experimentar, e incluso si se compartiera la opinión de la primera instancia, de nuevo, ello no sería un indicador fiable de la presencia de razones epistémicas que justifiquen la proposición de que se trate, aunque sí de la coincidencia de los jueces de la primera y la segunda instancias en sentirse convencidos de que ciertos hechos jurídicamente relevantes tuvieron lugar (coincidencia que pudo ser una *mera coincidencia*). Por otro lado, si la instancia revisora no fuese de la misma idea que el juzgador inicial, es decir, si no se sintiera íntimamente convencida o persuadida por las pruebas, ello no constituiría un caso de aplicación errónea del estándar de prueba en sede de la decisión fáctica original y de aplicación correcta del mismo por parte de la revisora (como podría esperarse). Ambas habrían actuado correctamente, pues, *a contrario sensu*, la regla que requiere considerar probados ciertos hechos *sólo* si uno se siente íntimamente convencido, requiere no considerar probados tales hechos si no se detecta la presencia de este estado psicológico, cosa que, en nuestro ejemplo (no tan hipotético como se podría suponer), contingentemente ocurrió con la instancia revisora. Nada garantiza que, aunque estén expuestas a las mismas pruebas, distintas personas tengan la misma reacción psicológica, como tampoco hay garantía alguna de que en la conformación de su convencimiento no hayan participado (adicionalmente o, incluso, en sustitución de las pruebas) prejuicios en contra de la clase a la que pertenecen el acusado o el demandado, ni de que si no se experimenta dicho estado mental ello no se deba preponderantemente, por ejemplo, a la simpatía o a cualquier otra emoción positiva (o combinación de emociones) que el acusado o demandado hayan despertado en el juzgador. De hecho, nada impide que ciertas pruebas susciten en un caso el convencimiento del juez, pero pruebas muy semejantes no tengan ese efecto en un caso ulterior (o viceversa). Claro está que es posible que, con base en su experiencia acumulada, los juzgadores desarrollen lo que podríamos denominar *patrones de convencimiento*, tanto en lo individual, como en lo colectivo, pero eso es un hecho contingente, por lo que nada impediría que esos patrones se modifiquen y, si lo hiciesen, ello también seguiría siendo consistente con la aplicación correcta de estos "estándares de prueba".

En este sentido, entre los siguientes podría elegirse el estándar aplicable sobre todo a la decisión final: (1) condene sólo si la hipótesis de culpabilidad es capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos en forma coherente, si han resultado confirmadas mediante pruebas aportadas al proceso las predicciones de nuevos datos que dicha hipótesis permite formular, y si han sido refutadas todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado (excluyéndose las hipótesis *ad hoc*); (2) condene sólo si la hipótesis de culpabilidad es capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, si han resultado confirmadas mediante pruebas aportadas al proceso las predicciones de nuevos datos que dicha hipótesis permite formular, y si ha sido refutada la hipótesis alternativa formulada por la defensa, siempre que ésta no sea una mera hipótesis *ad hoc*, que sea plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado; (3) condene sólo si la hipótesis de culpabilidad es capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos en forma coherente, si han resultado confirmadas mediante pruebas aportadas al proceso las predicciones de nuevos datos que dicha hipótesis permite formular, y si ha sido refutada la hipótesis alternativa formulada por la defensa, siempre que ésta no sea una mera hipótesis *ad hoc*, que sea plausible, explicativa de los mismos datos, compatible con la inocencia del acusado y que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación (Ferrer Beltrán, 2021, pp. 208-210).

La elección de alguno de estos estándares debe depender —entre otros factores— de la magnitud de la diferencia de gravedad (o de la diferencia en costos) que se considere que existe entre condenar a un inocente del delito de que se trate (esto es, que el sistema cometa un falso positivo) y liberar a alguien materialmente culpable (que el sistema cometa un falso negativo), así como de las dificultades probatorias, resultantes principalmente de la forma en que el delito en cuestión se encuentra tipificado (Ferrer Beltrán, 2021, pp. 150-166). Estos factores suelen tirar en direcciones opuestas. Así, si se considera que es muy grande la diferencia entre falsos positivos y negativos, o sea que condenar al inocente es mucho más grave que liberar al culpable, ello nos da una razón para elegir el estándar más exigente —por ejemplo, el primero de los expuestos en el párrafo anterior—, cuyo empleo previsiblemente generará muchas más absoluciones falsas que condenas

falsas, es decir, muchos más de los errores que comparativamente consideramos menos graves o costosos. Ahora bien, si las dificultades probatorias que se pueden prever son considerables,[38] ello nos da una razón para que el estándar no sea tan severo, como ocurre, por ejemplo, con los estándares presentados antes en segundo y tercer lugar.

En todo caso, la oportunidad de controlar intersubjetivamente el cumplimiento de estándares como los propuestos por Ferrer Beltrán, que se abre gracias al empleo de una técnica adecuada en su formulación, se erige como un dique que —en contraste con lo que normalmente ocurre con frases tan vagas como la de "prueba más allá de toda duda razonable" o equivalentes— impide que, a capricho del juzgador, el estándar por el que se haya optado se interprete de dos modos indeseables: como una exigencia probatoria mínima, que puede satisfacerse mediante las pruebas más endebles o cuestionables,[39] fenómeno que —como explica Nancy Combs (2010, 2017, 2021)— ha estado presente, sobre todo, en las primeras etapas de la experiencia de algunos Tribunales Penales Internacionales (como el de Ruanda); o bien como una exigencia probatoria sumamente severa, con la que prácticamente nunca podría cumplirse, ni contándose con las pruebas más idóneas y fiables, fenómeno que, como afirma Darryl Robinson (2019), parece caracterizar la etapa más reciente de la Corte Penal Internacional, etapa que en buena medida constituye una reacción extrema a las críticas de las que fue objeto esa primera fase de la justicia penal internacional caracterizada por la interpretación tan poco exigente del estándar probatorio de "más allá de toda duda razonable".

Bibliografía

ACCATINO, D. (2019), "Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora?", *Revus*, vol. 39, pp. 85-102.

[38] Como en el caso de la forma en la que, tanto en el ámbito nacional como internacional, normalmente se encuentran tipificados ciertos delitos como el de desaparición forzada, genocidio u otros crímenes contra la humanidad, que implican violaciones graves a los derechos humanos.
[39] Incluso, en casos extremos, mediante pruebas fabricadas, simuladas y hasta sembradas.

AGUILERA, E. (2020), "Some implications of an epistemic-intersubjective interpretation of the beyond all reasonable doubt standard of proof for criminal investigations", *CIENCIA ergo sum*, vol. 27, núm 2, pp. 1-10.

_____, (2017), *Jusnaturalismo procedimental, debido proceso penal y epistemología jurídica*, México, Tirant Lo Blanch.

_____, (2016), "Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica; una mirada crítica", *Isonomía*, vol. 44, pp. 163-189.

_____, (2014), "¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan", *Isonomía*, vol. 40, pp. 61-93.

_____, (2013), "Truth and victims´ rights: towards a legal epistemology of international criminal justice, *Mexican Law Review*, vol. VI, núm. 1, pp. 119-160.

BEX, F., van den BRAAK, S., van OOSTENDORP, H., PRAKKEN, H., VERHEIJ B. y VREESWIJK, G. (2007), "Sense-Making Software for Crime Investigations. How to Combine Stories and Arguments", *Law, Probability and Risk*, vol. 6, núm. 1-4, pp. 145-168.

CIDE (2018), *Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de justicia transicional en México*. DOI:10.13140/RG.2.2.14490.49609.

CIDH (2014), *Derecho a la verdad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2, 13 de agosto de 2014.

COMBS, N. (2021), "Evidentiary deficiencies in international criminal law; tracing the trajectory from ignored, to integral, to irrelevant", *International Criminal Law Review* (en prensa). Disponible en: «https://ssrn.com/abstract=3857953».

_____, (2017), "Grave crimes and weak evidence; a fact-finding evolution in international criminal law", *Harvard International Law Journal,* vol. 58, núm. 1, pp. 47-125.

_____, (2010), *Fact-finding without facts; The uncertain evidentiary foundations of international criminal convictions*, Cambridge, Cambridge University Press.

FERRAJOLI, L. (2009), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, 9a. ed., Madrid, Trotta.

FERRER BELTRÁN, J. (2021), *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons.

FINDLEY, K. (2011), "Adversarial Inquisitions: Rethinking the Search for the Truth", *New York Law School Law Review*, vol. 56, pp. 911-941.

FONDEVILA, G., LANGER, M., BERGMAN, M., VILALTA, C. y PIÑA, G. (2016), *¿Cómo se juzga en el Estado de México? Una radiografía de la operación del sistema de justicia penal acusatorio*, México, CIDE/México Evalúa.

LAUDAN, L. (2016), *The Law´s flaws. Rethinking trial and errors?*, London, College Publications.

_____, (2013), *Verdad y error en el proceso penal: un ensayo de epistemología jurídica*, trad. de C. Vázquez y E. Aguilera, Madrid, Marcial Pons.

MAGALONI, A. (2009), "El Ministerio Público desde adentro. Rutinas y métodos de trabajo en las agencias del MP", *Documento de trabajo del CIDE*, 42. Disponible en: «http://hdl.handle.net/11651/1309».

ROBINSON, D. (2019), "The other poisoned chalice: Unprecedented evidentiary standards in the Gbagbo case? (Part 1)", *EJIL Talk, Blog of the European Journal*

of International Law, 5 de noviembre de 2019. Disponible en: «https://www.ejiltalk.org/the-other-poisoned-chalice-unprecedented-evidentiary-standards-in-the-gbagbo-case-part-1/».

SIMON, D. (2012), *In doubt: the Psychology of the Criminal Justice Process*, Cambridge, Harvard University Press.

TARUFFO, M. (2010), *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*, trad. de D. Accatino, Madrid, Marcial Pons.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley de 10 y 11 puntos, Futura 12, 13 y 19 puntos. Noviembre de 2021.

Suprema Corte
de Justicia de la Nación