

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: Los estándares de prueba y su vinculación con la justificación de la sentencia en el ámbito penal de Córdoba. La imposibilidad de controlar lógico-objetivamente un razonamiento.

Alumno/a: Daniela Karina Maluf

Tutor/a: Dr. Jordi Ferrer Beltrán

Convocatoria (mes/año) Mayo 2019

ÍNDICE

I. Introducción	2
II. El sistema normativo utilizado para justificar una sentencia	5
II.I. Algunas cuestiones terminológicas	5
II.II. Acerca de la motivación racional	7
III. Estándares de prueba	13
IV. Los estándares de prueba en el caso cordobés	16
V. Conclusiones	32
VI. Bibliografía	34

I. Introducción

La prueba en el procedimiento judicial es, en gran medida, un método de investigación histórica regulado jurídicamente, precisamente, porque uno de sus fines consiste en el intento de averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica, positiva o negativa, que constituye el objeto del procedimiento.

En efecto, uno de los fines de la prueba en el proceso judicial es descubrir la verdad¹, para que, en función de ella, se pueda emitir sentencia sobre los hechos. Hasta ese momento, los enunciados sobre los hechos poseen lo que Taruffo califica como el “estatus epistémico” típico de la incertidumbre (2008, p. 29). Que la hipótesis sea verdadera o falsa será decidido por el órgano decisor en el momento de dar el veredicto, es por ello que aquí surge la función primordial de la prueba, consistente en brindarle al juzgador la información necesaria para decidir racionalmente si la hipótesis fáctica concerniente a los hechos es verdadera o falsa. Dado que de la prueba depende el veredicto, cuanto más adecuada sea la investigación, será más simple llegar al descubrimiento de la verdad².

A decir de Maier, el fracaso de la averiguación de la verdad se puede medir en términos absolutos (falta de éxito por no haber alcanzado la finalidad) o relativos, según que el resultado de la actividad emprendida se haya aproximado, en más o en menos a su finalidad, es decir, a conocer la verdad o a la verdad misma (1995, p. 841 y ss.). En este último sentido se discurre cuando la teoría y la práctica utilizan los conceptos de certeza, probabilidad y duda.

Frente a esto, nos encontramos ante una exigencia jurídica que no podemos soslayar: el deber de motivar las decisiones judiciales, en otras palabras, la necesidad de que se den razones acerca de cuál fue el camino lógico seguido por el decisor a través del cual arribó a la decisión involucrada.

Sin embargo, a la hora de dar por probados los hechos y poder fundamentar en base a ellos la sentencia, surgen distintos problemas, los cuales dificultan alcanzar la finalidad propuesta, esto es, la tarea de averiguar la verdad, o adquirir certeza en torno a ella.

¹ En igual sentido, Ferrer Beltrán, 2007, p. 31.

² En este trabajo se asume la noción de verdad como correspondencia, como la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en realidad (Cafferata Nores, 1997); la representación ideológica correcta de una realidad ontológica (Maier, 1995, p. 841 y ss). De acuerdo a Ferrajoli, no se puede formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales ya que la verdad ‘cierta’, ‘objetiva’, o también ‘absoluta’ representa siempre la ‘expresión de un ideal’ inalcanzable, de modo que, siempre que se afirma la ‘verdad’ de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de conocimientos conformados que poseemos (1997, p. 50 y 51).

Es necesario, pues, establecer como premisa que la certeza racional de hallarse en posesión de la verdad es inalcanzable³, y es por ello que afirmar que un enunciado fáctico está probado es aseverar que, en base a las pruebas, éste es probablemente verdadero.

Dado que el razonamiento probatorio es probabilístico, surge la necesidad de contar con umbrales de suficiencia, que nos indiquen a partir de cuándo la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera es suficiente para declararla probada. Estos umbrales de suficiencia probatoria son denominados estándares de prueba, y constituyen reglas que permiten determinar cuándo podemos considerar probado un enunciado fáctico.

Si bien en otros países, tales como España o Estados Unidos, existe un desarrollo doctrinal de los estándares de prueba y varios autores se encuentran analizándolo desde el punto de vista de la epistemología, en Argentina su desarrollo es prácticamente nulo.

En este sentido, muchas deficiencias que se observan en las resoluciones jurisdiccionales o en los escritos de los operadores judiciales en general obedecen al escaso desarrollo teórico-dogmático de esta temática en el país, de lo cual Córdoba no es ajena.

Ahora bien, si el sistema penal no posee estándares de prueba, o si éstos son indeterminados, no podemos justificar las decisiones sobre los hechos y la tarea de motivar la decisión sobre los mismos se vuelve imposible. En la praxis forense se evidencia una excesiva simplificación de la cuestión probatoria, los estándares de prueba, y cómo se fundamentan los grados de verosimilitud de las hipótesis sostenidas por las partes en las diversas instancias judiciales, lo que repercute de manera directa en la fundamentación de las resoluciones judiciales. Incluso, en ocasiones, esto se traduce en una desidia general hacia la idea de verdad⁴ y, en consecuencia, se producen tensiones con el plexo de garantías constitucionales y supranacionales, con costos disvaliosos para los sujetos pasivos del proceso penal y para la seguridad jurídica elemental para la sociedad en general.

Si tenemos en consideración la indeterminación o la ausencia de estándares de prueba, es factible preguntarnos si la porción de discrecionalidad presente en la valoración que realiza el juez acerca de la eficacia y credibilidad de la prueba coincide con un arbitrio subjetivo e

³ Ferrer Beltrán expresa que: “Nunca un conjunto de elementos de juicio, por rico y fiable que sea, permitirá alcanzar certezas racionales, no psicológicas o subjetivas, respecto de la ocurrencia de un hecho, de modo que todo enunciado fáctico es necesariamente verdadero o falso, pero nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contextos de incertidumbre” (2018, p. 402).

⁴ Esta circunstancia es lo que Taruffo denomina verifobia: “fenómeno difundido entre juristas, más precisamente procesalistas, consistente en todas aquellas actitudes que, de modo más o menos abiertas y conscientes, son contrarias a cualquier discurso que reconozca significado y valor a la verdad y, por tanto, niegan sucesivamente la existencia, la posibilidad, la oportunidad de buscarla, la eventualidad de descubrirla en cualquier contexto”, (La verdad en el proceso, 2013).

irracional. Es lógico advertir que si el estándar vigente es subjetivo, la prueba que convence a uno de la culpabilidad de una persona, puede no hacerlo a otro, lo que da lugar a la existencia de decisiones arbitrarias, que carecen de motivación por poseer una motivación aparente. Esta situación atenta de lleno contra el principio de igualdad ante la ley y la idea de justicia en general.

Con el estudio de la problemática y el análisis de los distintos estadios de convicción previstos por nuestra legislación procesal y aplicados por la jurisprudencia, podemos intentar responder interrogantes, tales como: ¿cuánta prueba necesitamos para tener por acreditado un hecho? ¿Qué sistemas de valoración imperan?, y ¿cuál es aconsejable adoptar? ¿Íntima convicción? ¿Sana crítica racional? ¿Qué estándar exigimos? ¿Qué decimos cuando exigimos categorías tales como “más allá de toda duda razonable”, “elementos de convicción suficiente”? En cuanto a las posibles hipótesis delictivas, ¿cómo establecemos cuáles son razonables y cuáles no?, ¿cuáles deben ser consideradas? ¿Y qué otras descartadas? ¿Qué estándares podemos exigir para un tipo de prueba y para otro? ¿Con qué herramientas cuentan las partes para analizar si es correcta la motivación de una sentencia?

La racionalidad puede ser utilizada para evaluar si las normas procedimentales y, específicamente, los métodos de toma de decisión sobre los hechos son adecuados para la averiguación de la verdad en el proceso. Pero aquí surge el gran interrogante, en el que abrevan todos los anteriores: ¿cuál es la forma racionalmente adecuada de decidir? ¿La respuesta es normativa? ¿Existe un método para hacerlo? En caso positivo, ¿cuál es?

Este trabajo pretende demostrar que es conceptualmente imposible motivar una sentencia si los estándares de prueba son indeterminados, ya que difícilmente se pueda dar razones de haber satisfecho aquello que se desconoce, y, en consecuencia, controlar racionalmente la corrección de la decisión deviene en una tarea quimérica, porque no son claras de antemano las reglas que debieran satisfacerse. Asimismo, es necesario analizar cómo deberían decidir los jueces para que sus decisiones sean racionales y no meramente describir cómo fallan (esto en doble sentido). Para ello, tomaré como punto de partida el análisis actual de los mecanismos utilizados para la adopción de las decisiones relativas a la prueba en el proceso judicial penal cordobés, tomando como marco de referencia la legislación, doctrina y jurisprudencia de la provincia, lo que me permitirá demostrar que en Córdoba existe un alto grado de indeterminación de los estándares de prueba y que en la práctica judicial los mismos son subjetivos. En virtud de ello, podré sostener la ineludible afectación a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales que se produce como consecuencia de la indeterminación de los estándares de prueba existente, lo que conlleva consigo la vulneración

de distintos derechos. Consecuentemente, podré concluir que la única alternativa sería y posible es reformar la legislación procesal penal cordobesa con el objeto de que la misma contemple estándares de prueba intersubjetivamente controlables.

II. El sistema normativo utilizado para justificar una sentencia

II.I. Algunas cuestiones terminológicas

El lenguaje natural es indeterminado y adolece de dos grandes defectos: la ambigüedad y la vaguedad. Específicamente, la vaguedad “se predica del significado de los términos o expresiones lingüísticas. Que un término es vago quiere decir que su significado es indeterminado o impreciso, de manera que podemos delimitar los casos claramente incluidos y excluidos (núcleo de certeza), pero entre ambas esferas se mantendrá también una zona de penumbra donde es dudosa si resulta o no predicable. Todas las expresiones lingüísticas, al menos las del lenguaje natural, presentan algún grado de indeterminación” (Gascón Abellán, 2017, p. 114).

La indeterminación propia del lenguaje natural, se evidencia en la mayoría de los términos jurídicos, ya que, al ser éstos parte de aquél, presentan algún grado de indeterminación.

No obstante, esa indeterminación es inevitable dado que no es posible delimitar con precisión todos los usos que podrían existir, ni se puede hacer un listado que contemple y agote todos los casos posibles, junto con sus eventuales variantes o combinaciones. Si pretendiéramos hacer una delimitación de este tipo, siempre sería factible que algún caso se nos escapara ya que no existe un criterio que permita incluir o excluir todos los casos posibles simplemente porque los mismos no pueden ser previstos⁵.

Esa vaguedad, que puede plantear dudas interpretativas, se resuelve de manera discrecional. La actividad interpretativa alcanza su mayor grado de discrecionalidad cuando la norma posee nociones con carga valorativa, como es el caso de los estándares de prueba habitualmente utilizados en la legislación y la jurisprudencia, en donde “motivos suficientes”, “motivos bastantes”, “elementos de convicción suficiente”, “más allá de toda duda razonable”, son los vocablos característicos utilizados por el legislador. Pero ¿cuántos elementos necesitamos y de qué calidad deben ser los mismos para alcanzar, por ejemplo, la convicción suficiente? La convicción es una cuestión subjetiva, pero ¿cómo sabemos cuándo es suficiente?, ¿existe

⁵ En el sentido del texto Carrió, 1990, p. 36; Alonso, 2016, p. 89 y ss.

algún parámetro para medirla? Estas categorías son sumamente indeterminadas, con lo cual dejan un amplio margen de discrecionalidad al intérprete y poco control para el justiciable.

Al igual que los estándares de prueba, el concepto de motivación, también posee un problema del lenguaje, solo que en este caso adolece de ambigüedad, ya que la expresión puede entenderse de varias maneras o asumir significados distintos; más concretamente puede entenderse como las razones para decidir o como la expresión de los motivos sobre los que se apoya la decisión.

Tal es así, que el término motivación genera grandes confusiones y por ello no es el más adecuado para referirse a la fundamentación de las resoluciones judiciales. El problema de ambigüedad que afecta a la palabra “motivación”, se desprende de la circunstancia de que “motivar” puede expresar los motivos o causas, pero también puede significar justificación, en el sentido de dar razones. Mientras que las causas que llevan a un juez a decidir de determinada manera pueden versar sobre diversas cuestiones, tales como el contexto, la ideología, los prejuicios, el estado de ánimo; las razones pueden justificar la decisión, solo si son suficientes y están lingüísticamente formuladas en la sentencia. Esta confusión proviene, en gran medida, del hecho de que no suele distinguirse entre contexto de descubrimiento, propio de las decisiones judiciales y el contexto de justificación, ámbito en que se desenvuelve la motivación⁶.

En torno al significado y alcance de la motivación podemos considerar las concepciones “psicologista” y “racionalista”. La primera hace referencia a “la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión” (Ferrer Beltrán, 2017, p. 25), mientras que la segunda refiere a la justificación, es decir, las razones que justifican la decisión.

La concepción psicologista implica una mera descripción de los procesos mentales del juzgador, conforme los cuales éste llega a la decisión final. Asimismo, tal como lo explica Ferrer Beltrán, la motivación como expresión de los motivos o las causas de una decisión es un discurso lingüístico descriptivo, y, por ende, no puede justificar la decisión, ya que la justificación pertenece al ámbito de lo normativo y las premisas descriptivas por sí solas no permiten fundar una conclusión normativa (2017, p. 25 y ss.). Es decir que puede servirnos para entender por qué el juez decidió de esa manera y no otra, pero en sí misma no justifica la decisión.

⁶ Lo cual es explicado con mayor profundidad por Aliste Santos, quien expone la diferencia fundamental de que en el ámbito de descubrimiento existen elementos irracionales cuyo proceso no obedece a un método lógico, mientras que en el ámbito de justificación no se explica cómo se ha llegado a la decisión sino que se justifica el descubrimiento de la decisión, a través de la motivación (2011, p. 239).

Frente a la concepción psicologista se esgrime la tesis racionalista, defendida en mayor medida por la doctrina⁷, que sostiene que motivar consiste en “justificar la decisión haciendo explícitas las diversas inferencias lógicas, es decir, el cuerpo argumentativo, compuesto por un razonamiento de tipo deductivo, inductivo o hipotético, que conduce a la decisión judicial” (Aliste Santos, 2011, p. 156). Para esta segunda tesis motivar implica justificar el proceso de toma de decisión (no su simple descripción), explicitando la corrección de la inferencia que conduce el razonamiento de las premisas a la conclusión.

Es por ello que, a los fines de la exposición de este trabajo, entiendo que justificar y motivar significan lo mismo, esto es, argumentar o dar razones para explicitar por qué se arribó de forma lógica a la decisión judicial, por lo que suscribo a la noción racionalista de la motivación.

II.II. Acerca de la motivación racional

Habiendo dejado sentado que encuentro correcta la concepción racionalista, la tarea de motivar “debe ser entendida como justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa”⁸. En base a ello, podemos afirmar que los términos justificación y fundamentación son sinónimos y que para que una sentencia esté motivada racionalmente debe estar justificada.

En este sentido, “la motivación de las decisiones judiciales es, sin duda, un discurso justificativo consistente en explicitar las premisas fácticas y jurídicas, en las que se funda la norma individual que constituye el fallo de la decisión” (Ferrer Beltrán, 2017, p. 41).

Entre una norma jurídica general y una individual (sentencia judicial), se presenta una valoración realizada por el juez, quien interpreta la norma, y realiza de esta forma una asignación de significado, la que no puede ser arbitraria, sino que debe estar provista de racionalidad: “debe ser fundamentada, razonada, motivada” (García Figueroa, 2017, p. 128). Es por ello que la motivación de las decisiones judiciales “constituye uno de los elementos fundamentales del Estado de derecho como conquista frente a las arbitrariedades de los procesos durante el Antiguo Régimen” (García Figueroa, 2017, p. 134) y garantiza la sujeción de los magistrados al principio de legalidad, a la vez que permite a los justiciables conocer las razones que fundamentan las decisiones, abriendo la posibilidad de los recursos correspondientes. Así es que, la motivación de las sentencias constituye una garantía

⁷ Entre otros, Taruffo, 2006; Aliste Santos, 2011; Ferrer Beltrán, 2017.

⁸ Definición que Aliste Santos hace suya, tomada de Perelman (2011, p. 240).

constitucional y como tal supone la facultad de los particulares de accionar invocándola con el objeto de que el Estado se encuentre en sujeción al Derecho⁹. En definitiva, es a través de la fundamentación de la resolución que se hace visible la observancia del derecho por parte del Estado y en igual medida se articula la sumisión del juez a la ley, mediante la sujeción del Poder Judicial al principio de legitimación democrática que se cristaliza a través de la motivación de sus resoluciones.

En palabras de García Figueroa, “en el ámbito específicamente jurídico y político, la ausencia o insuficiencia de la justificación cuando no causa una lesión, genera un riesgo para cualquier Estado de derecho” (2017, p. 45).

En primer lugar, cabe precisar a qué nos referimos con la exigencia de motivación, y cuál es su contenido y alcance.

Para comenzar a responder el interrogante, es necesario considerar que la tarea de valorar la prueba consiste en determinar si las afirmaciones sobre los hechos pueden considerarse verdaderas (o probablemente verdaderas) a partir de las pruebas practicadas y legalmente introducidas al proceso. El juzgador deberá corroborar si las afirmaciones obtenidas de los elementos probatorios se corresponden con la realidad con el grado suficiente requerido para esa etapa procesal. Aquí es donde entra a jugar la motivación, porque se vuelve necesario explicitar las razones que sustentan la verdad de esas afirmaciones. Si no fuera de esta forma, “la valoración más que libre sería libérrima, subjetiva y arbitraria, con lo cual se abandonarían el cognoscitismo (y la racionalidad) para entrar en el campo del decisionismo judicial” (Gascón Abellán, 2017, p. 393).

La motivación, entonces, es una herramienta necesaria para exteriorizar las razones que llevaron a la decisión y de esta forma poder controlar su racionalidad. De modo que, en gran medida, la función más trascendental de la motivación es servir como instrumento de control sobre la discrecionalidad judicial. Taruffo señala que del control de la discrecionalidad realizado por la motivación depende la legitimidad de la propia decisión judicial¹⁰; en definitiva, la discrecionalidad y, por ende, la decisión, será legítima cuando se ajuste a la racionalidad que se desprende de la motivación. Es por ello que un sistema probatorio cognoscitivistista, basado en lo que Ferrajoli define como un saber “solo probable, pero

⁹ Puede ver un desarrollo más profundo de la relación entre la motivación de las sentencias y la jurisdicción, acción y proceso en Aliste Santos, 2011, p. 138.

¹⁰ Taruffo expresa: “en el plano jurídico político, de donde proviene de una manera evidente la función garantista de la motivación, la conexión se precisa ulteriormente, en la medida en la que subsiste la exigencia de contar con una justificación adecuada para la decisión; sobre todo cuando la génesis de la decisión misma se ubica en el ámbito de la valoración discrecional del juez: la motivación como instrumento de control representa de hecho la garantía fundamental contra la degeneración de la discrecionalidad en arbitrio” (2006, cita n° 262).

precisamente por ello refutable y controlable” (1997, p. 623), no puede prescindir de la motivación, ya que ésta permite controlar la porción de discrecionalidad presente en la libre valoración.

Entendida la motivación como justificación judicial, la misma posee distintas funciones que Aliste Santos sintetiza en una doble dimensión: endoprocesal y extraprocesal¹¹. La primera se caracteriza porque la fundamentación judicial constituye una garantía de impugnación de las resoluciones y hace explícita a las partes la racionalidad de la decisión, con lo cual responde al carácter eminentemente argumentativo que tiene la motivación, cristalizando el rechazo a la concepción que la entiende como mero proceso descriptivo. Asimismo, esta función también afecta al órgano jurisdiccional que motivó la decisión, ya que permite efectuar un control de la misma, tanto por parte de él mismo (autocontrol), permitiendo una mayor legitimación institucional del juez, como también un efectivo control por parte del órgano *ad quem* sobre la decisión del *a quo*.

Frente a esto, la dimensión extraprocesal, trasciende las partes y los jueces *a quo* y *ad quem*, y se centra en el control general y difuso que ejerce la sociedad, con motivo de la decisión que por ello es pública.

Por consiguiente, la motivación analítica, exhaustiva y autosuficiente, que expone y valora individualmente todas las pruebas producidas, los criterios de valoración utilizados y su resultado, permite controlar la entrada a la sentencia de elementos inaceptables o injustificados y las inferencias que componen la justificación de la decisión. En este sentido, cuando la norma individual que constituye el fallo de la sentencia se derive lógicamente de las premisas (fácticas y normativas) y la sentencia exprese analíticamente las razones que justifiquen la selección de las mismas, ésta estará debidamente justificada. Por su parte, Taruffo sostiene que la motivación debe poseer algo que él denomina “contenido mínimo esencial”, que debe comprender la enunciación por parte del juez de las elecciones que realizó, a los fines de poder identificar las normas de aplicación al caso, la corroboración de los hechos, la calificación jurídica y las consecuencias que se desprenden de ella; el contexto de vínculos de implicación y de coherencia entre esos enunciados; y la calificación de los enunciados particulares sobre la base de los criterios de juicio que sirven para valorar si las elecciones del juez son racionalmente correctas. Para el autor, “todos estos requisitos son necesarios, porque la ausencia de uno sólo de ellos es suficiente para imposibilitar el control

¹¹ Sobre estas dos funciones, además del autor citado, pueden verse Taruffo, 2006, p. 334; Ferrajoli, 1997, p. 623; y Gascón Abellán, 2004, p. 200 y ss.

externo, por parte de los diferentes destinatarios de la motivación, en torno del fundamento racional de la decisión” (Taruffo, 2006, p. 391).

Ahora bien, en relación al alcance de la motivación de las resoluciones judiciales, podemos advertir que integra el derecho a la tutela judicial efectiva que posee toda persona, en virtud del cual se proscribe la indefensión de los particulares frente a los jueces.

Desde otra perspectiva, también existe una relación directa entre el derecho a la prueba¹² y la motivación ya que aquél constituye uno de los contenidos fundamentales del derecho de defensa y “se concreta o con la admisión de la prueba, o mediante la garantía instrumental de la motivación de la decisión preliminar con la que el juez precluye el ingreso de la prueba en el juicio, ya que sólo así es posible controlar el grado de fundamentación de uno de los elementos esenciales de la verificación de los hechos” (Taruffo, 2006, p. 375). Es por ello que, cada vez que el ejercicio de ese derecho es limitado o excluido por parte del juzgador, las partes deben poder conocer las razones en las que se basó esa limitación o exclusión, a través de la motivación. A causa de esta relación, la obligación de motivar expresamente las decisiones se convierte en una pieza trascendental del derecho a la prueba ya que si las partes no pueden valerse de todos los medios de prueba disponibles y desconocen las razones por las cuales éstos no han sido admitidos o fueron restringidos, sin lugar a dudas no contarán con la posibilidad de influir en la decisión del juez y el derecho a la prueba devendrá en ilusorio o meramente formal.

En el ámbito local, la Constitución de la provincia de Córdoba establece en su art. 41 que la resolución será motivada, sin precisar a qué se refiere con esta exigencia o que alcance tiene; mientras que en el art. 155 dispone que “Los magistrados y funcionarios judiciales (...) Deben resolver las causas dentro de los plazos fatales que las leyes procesales establezcan, con fundamentación lógica y legal”. Asimismo, el Código Procesal Penal de Córdoba, hace lo propio al regular los requisitos de la sentencia, en el art. 408 cuando establece que la misma “deberá contener: (...) 2) El voto de los jueces y jurados sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieran específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término”. Esta norma pareciera *prima facie* adoptar la tesis psicologista ya que la motivación parece reducirse a la exposición de los motivos, sin requerir una fundamentación o justificación adicional acerca de las premisas en las que apoya la decisión final. No obstante, más adelante, en su art. 413,

¹² Ferrer Beltrán efectúa un análisis más agudo de la relación entre el derecho a la prueba y la obligación de motivar las decisiones judiciales (2007, p. 57 y ss.).

conmina con nulidad una sentencia “(...) 4) Si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica racional, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo”. Así las cosas, de la letra del artículo, se infiere que el legislador ha advertido la circunstancia de que, si se carece de la justificación de la decisión tomada, no puede comprobarse si el órgano jurisdiccional ha sido respetuoso de la ley, o en cambio su decisión ha sido arbitraria o irracional, por lo que sanciona con nulidad absoluta esa resolución judicial, privándola de todo valor.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba suscribe a la tesis racionalista de la motivación al señalar en la sentencia n° 115 de fecha 08/06/07 que: “La obligación constitucional y legal de fundar la sentencia consiste en el deber de consignar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ella contiene. Tal resguardo abriga la idea que la motivación debe ser derivada, es decir, respetuosa del principio de razón suficiente. Ello importa que la prueba en la que se basan las conclusiones a que se arriba en la sentencia, solo pueda dar fundamento a esas conclusiones y no a otras; o expresado de otro modo, que aquellas deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento”¹³, de lo cual se desprende que no se pretende que se den las simples razones de forma descriptiva, como una explicación del *iter* mental seguido por el juzgador, sino que la motivación posea cierto juicio valorativo sobre la corrección de esas razones.

Profundizando en esa dirección, con fecha 10/04/08 expresó: “Toda resolución debe estar debidamente fundada. La ley procesal, reglamentando expresas normas constitucionales y como garantía de justicia, exige la motivación adecuada de las resoluciones conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia”¹⁴.

Asimismo, en la sentencia n° 311 de fecha 11/11/08, reflexiona sobre la garantía de motivación judicial como parte del derecho al debido proceso y como medio de contralor para las partes, cuando observa que:

“La fundamentación de la sentencia constituye una exigencia establecida en forma implícita en la CN art. 18 cuando instaura el principio del juicio previo, que constituye el sinónimo del debido proceso. Ello por cuanto resulta una exigencia lógica que la decisión que pone fin a toda cuestión sometida a tratamiento, transparente –al menos sintéticamente- las razones de hecho y de derecho que dieron motivo a dicha conclusión. Este tribunal en distintas integraciones se ha expedido aludiendo a que fundamentar o

¹³ En “Caro”, S. n° 115, 08/06/07, y con igual sentido en “Montaña o Montañó”, S. n° 220, 4/09/07.

¹⁴ En “Bustamante”, S. n° 65, 10/04/08 y con similar redacción en “Gaviglio”, S. n° 196, 30/07/13.

motivar las resoluciones judiciales significa consignar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ellas contienen. En el ámbito provincial, la constitución local en su art. 155 específicamente alude a la exigencia aquí tratada imponiendo a los magistrados la obligación de dictar las resoluciones “con fundamentación lógica y legal”.

Reconociendo la jerarquía dogmática que en el ámbito procesal tienen las garantías constitucionales, la exigencia de la motivación aludida se halla impuesta en el código procesal penal de la provincia, a lo largo de su articulado (arts. 142, 408 inc. 2 y 413 inc. 4), siendo su inobservancia sancionada con nulidad. Es que la fundamentación que debe exhibir la sentencia es la única forma a través de la cual las partes intervinientes en el proceso pueden efectuar, de manera eficaz, el contralor del razonamiento del sentenciante, garantizando el derecho de defensa en juicio (art. 18 CN)¹⁵. Por otra parte, en la sentencia n° 16, de fecha 02/03/07¹⁶, se alude a la exigencia de motivación de las decisiones judiciales como factor de racionalidad y se aplica reiterada doctrina del TSJ al dotarla de contenido específico, precisando su conformación, en cuanto se expresa: “La fundamentación requiere dos condiciones: deber de consignar el material probatorio describiendo su contenido y a la par, aquel debe ser meritado”. En el mismo sentido, en la sentencia n° 51 del año siguiente sostiene que “La motivación de la sentencia –entre otras cosas- debe resultar completa, no omisiva. Es que el límite del juez en la selección y valoración de las pruebas está dado por la prohibición de dejar de lado prueba relevante para resolver la cuestión de hecho controvertida”¹⁷.

Finalmente, cabe hacer referencia a una sentencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸ que resulta paradigmática a los fines expositivos en cuanto consideró que:

“La íntima convicción no es un criterio arbitrario. La libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, sólo que no lo expresa. En definitiva, cualquier tribunal (técnico o popular) debe reconstruir un hecho pasado, para lo cual utiliza la lógica metodológica que es común a cualquier persona, pues no depende de que tenga o no formación o entrenamiento jurídico. Toda persona que debe reconstruir un hecho del pasado, consciente o inconscientemente, emplea el método histórico (...). Quien valora el veredicto de un jurado, necesariamente debe reconstruir

¹⁵ TSJ, “Díaz”, S. n° 311, 11/11/08.

¹⁶ TSJ, “Torancio”, S. n° 16, 02/03/07.

¹⁷ TSJ, “Apud Dragisich”, S. n° 51, 26/3/08.

¹⁸ CIDH, V.R.P, V.P.C y otros vs. Nicaragua, 08/03/18.

este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas” (párr. 262)¹⁹.

En esta postura, la CorteIDH da la espalda completamente al desarrollo dogmático y jurisprudencial de las últimas décadas en cuanto sostiene que el derecho al debido proceso no se ve vulnerado por la falta de motivación y la justificación de las sentencias con base a la íntima convicción²⁰ (ya sea del jurado o del juez profesional), desconociendo que esta última es arbitraria y afecta completamente al principio referido. El Tribunal entendió que no se transgrede el deber de motivación con un veredicto injustificado, con base en distintas razones entre las que citó la necesidad de contemplar las particularidades del jurado de Nicaragua, en su contexto histórico, social y cultural dado que “histórica y tradicionalmente el veredicto del jurado en un sentido clásico no exigía una motivación o exteriorización de la fundamentación, ya que la apreciación de la prueba se basaba en la íntima convicción de los juzgadores” (párr. 258); que solo sería arbitrario el veredicto que no pudiera ser reconstruido conforme a pautas racionales; y consideró que “la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación” (párr. 259). Todos estos argumentos demuestran que en el fallo cuestionado se desnaturalizó la exigencia de la motivación como garantía, ya que la resolución judicial dictada en estos términos no es intersubjetivamente controlable, con los alcances desarrollados supra. Asimismo, la sentencia evidencia una gran contradicción inherente al propio razonamiento que efectúa dado que exige que se reconstruya un veredicto subjetivo (y no exteriorizado) conforme a pautas racionales.

III. Estándares de prueba

Cuando el juez valora las pruebas incorporadas al proceso, considera qué tan aceptables son, evalúa su veracidad y les asigna un peso de corroboración determinado. Es por ello que, “la valoración constituye el núcleo mismo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, a partir de esas informaciones (aportadas al proceso por los medios de prueba), a una afirmación sobre los hechos controvertidos” (Gascón Abellán, 2017, p. 361, lo aclarado entre paréntesis me pertenece).

Con el sistema de libre valoración de la prueba, el juez tiene cierto margen de discrecionalidad para valorar las pruebas, pero aún sigue indeterminado el modo en que debe

¹⁹ Es interesante destacar que el fallo establece un método de valoración completamente arbitrario, carente de respaldo científico, cuyo análisis excede el objeto del presente trabajo.

²⁰ Con relación a los fundamentos por los cuales una decisión judicial subjetiva es arbitraria, me referiré en los puntos IV y V de la presente exposición.

llevar a cabo esa valoración, que nunca será completamente libre, dado que está supeditada a la observación de criterios de racionalidad y contrastabilidad lógica. Una prueba puede considerarse fiable (y por ende la hipótesis sobre la que versa como verdadera) si no es refutada por las otras pruebas disponibles y éstas la confirman. En otras palabras, debe ser más probable que las otras hipótesis disponibles. De ahí deriva otra importante regla epistemológica (o garantía de verdad) que exige la oportunidad de un momento contradictorio en el proceso en el que poder refutar las hipótesis (requisito de la contradictoriedad)” (Gascón Abellán, 2017, p. 368).

Con el objeto de tomar una decisión, el juzgador debe asignar un valor probatorio a los elementos de prueba legalmente incorporados al proceso y con base en la prueba, debe establecer si las hipótesis fácticas han recibido una confirmación adecuada. Para evitar la arbitrariedad, reducir el riesgo de que las decisiones estén basadas en intuiciones y sesgos personales y asegurar la racionalidad de la decisión final sobre los hechos, las partes deben contar -ex ante- con criterios precisos y específicos para determinar si los enunciados fácticos se han visto suficientemente corroborados, esto es lo que se conoce como estándares de prueba.

Un estándar de prueba es una regla que establece un umbral a partir del cual una hipótesis se acepta como probada. A partir de este punto de referencia, podemos saber cuándo hay suficientes elementos de juicio para considerar probada la hipótesis de juicio. Dado que el razonamiento probatorio es probabilístico, el juez deberá atribuir un valor probatorio a las pruebas con las que cuenta, y con base en ellas, sopesar entre las hipótesis fácticas disponibles, cuál es la más probablemente verdadera. Una vez realizada esta elección, quedará por determinar si la misma satisface el estándar de prueba aplicable al caso. En este sentido, resulta clarificador Laudan cuando enseña que “un estándar de prueba tiene la intención de indicar al investigador cuando está autorizado a considerar algo como probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas fácticas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos” (2005, p. 104).

Ahora bien, un estándar de prueba no constituye un mecanismo que permita que reducir los errores, sino que apunta a la distribución del error de manera determinada, en consideración de la inevitable falibilidad del proceso judicial. Es decir, toda decisión posee un margen de error, y los errores principales son la condena de alguien que no cometió el delito, o la absolución de quien sí lo hizo. Esta distribución determinada constituye una decisión política acerca de qué tipo de error estamos dispuestos a aceptar y cuál no. Sobre este punto, Taruffo, al referirse al estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, indica que en la base de

la adopción del criterio de la duda razonable se esgrime una razón moral fundamental que consiste en “la opción ética según la cual parece preferible que muchos culpables sean absueltos al peligro de condenar a un inocente” (2008, p. 273). La determinación del nivel del estándar de prueba, sirve para satisfacer el peso socialmente aceptable otorgado a un determinado error y una consecuencia de esta opción ética es la exigencia de que la prueba en que se funda una sentencia de condena, como es lógico, esté basada en un grado de corroboración elevado de la hipótesis de la culpabilidad.

No obstante, es posible que ninguna hipótesis resulte suficientemente probada, aun cuando alguna hipótesis fuera más probable que las demás, porque puede ser insuficiente de acuerdo al estándar institucionalmente exigido. En su detenido estudio acerca de este problema, Ferrer Beltrán explica claramente que:

“la hipótesis que haya resultado más confirmada es aquella que deberá darse por probada. Si se observa bien el funcionamiento del estándar que exige una confirmación de la hipótesis de la culpabilidad, en un proceso penal, más allá de toda duda razonable, este supone que la hipótesis no se considerará probada, aunque se disponga de un apoyo empírico mayor que la hipótesis de la inocencia (salvo que ese apoyo ofrezca una corroboración muy alta a la primera), de forma que se presumirá la verdad de la hipótesis menos confirmada, i.e., la de la inocencia” (2017, p. 157).

Lógicamente, el estándar de prueba no es el mismo en todos los ámbitos y dentro de cada ámbito existen diferentes estándares en relación a la gravedad de las decisiones que se adoptan.

Dado que la fijación de un estándar de prueba es una decisión de política criminal, si el mismo no está determinado o su determinación es insuficiente, no solo resultará imposible justificar la decisión a la que se ha arribado, sino que además conlleva una grave afectación al principio de inocencia²¹, ya que no se puede determinar cuándo ha sido destruido²² y la persona sometida al poder represivo estatal se ve imposibilitada de conocer las razones que sustentan la acusación, así como la valoración y razonabilidad de las pruebas que permitieron sostener su responsabilidad penal y desvirtuaron la hipótesis de inocencia, por lo que no puede

²¹ Circunstancia que proviene del abandono de esta cuestión por parte de la teoría general de la prueba y del garantismo procesal y penal, las que en consecuencia resultan seriamente incompletas, ya que las garantías no son importantes única y exclusivamente durante el proceso sino también en la decisión final. En otras palabras, si el sistema no posee estándares de prueba, muchos derechos procesales y el deber de motivación se vuelven inútiles (Ferrer Beltrán, Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea, 2018, p. 402).

²² La presunción de inocencia se erige en un criterio-guía que opera como “barrera impuesta al intérprete para, no obstante moverse en el marco de una hipótesis normativa, ser capaz de tratar el material empírico que se le suministra por terceros con el máximo de neutralidad y de distancia respecto del derecho sustantivo de eventual aplicación, evitando caer en el riesgo fácil de *producir* un caso *ad hoc*” (Andrés Ibáñez, 1992, p. 266).

controlar y consiguientemente tampoco puede defenderse e intentar (si lo desea) refutar la hipótesis acusatoria. En palabras de Ferrer Beltrán, “si no se dispone de un estándar de prueba intersubjetivamente controlable la presunción de inocencia como regla de juicio no puede ser operativa, puesto que no se sabe frente a qué resultado probatorio el ciudadano tendrá derecho a una declaración de inocencia” (2017, 268-269).

IV. Los estándares de prueba en el caso cordobés

Como primera medida, es necesario recordar que existen dos modelos de valoración, dependiendo de que la prueba esté predeterminada o no de forma legal: el modelo de prueba tasada o legal y el modelo de prueba libre.

Si bien en Córdoba rige el modelo de libre valoración de la prueba, existe un pequeño atisbo de prueba tasada de creación jurisprudencial en lo que respecta a los delitos contra la integridad sexual en casos de niños víctima. En relación a los mismos, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia estableció ciertas reglas de valoración que le indican al juez cuándo (y en qué medida) debe dar el hecho por probado, con independencia de su convencimiento. Este estándar de prueba tasada consiste en que, en este tipo especial de delitos que ocurren siempre fuera de los ojos y miradas ajenas, adquiere una especial relevancia la prueba testimonial de la víctima, y, en este sentido la declaración, acompañada de una pericia psicológica “como la sombra al cuerpo”, adquiere un valor trascendente y es suficiente para tener por acreditado el hecho²³.

El establecimiento de este tipo de prueba resulta inútil ya que, aun cuando el legislador o la jurisprudencia le hayan atribuido un valor específico, no escapa al problema de que cualquier prueba solo proporciona resultados probables²⁴ y puede resultar inidónea para conocer la verdad.

Desde otro costado, y ya en el pleno ámbito de la libre valoración, el Código Procesal Penal de Córdoba intenta establecer distintos estándares a la hora de la toma de algunas decisiones relevantes en el proceso penal, cuya mayor exigencia está en directa relación con el mayor grado de afectación a la persona involucrada y sus derechos. En otras palabras, cuanto más

²³ TSJ, “Díaz”, S. n° 434, 27/12/2013.

²⁴ Toda vez que el razonamiento probatorio siempre es probabilístico, decir que un enunciado fáctico está probado es expresar que es probablemente verdadero, dadas las pruebas existentes (Ferrer Beltrán, Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea, 2018, p. 402).

importantes sean los derechos afectados y cuanto más grave sea la afectación, mayor será la exigencia de suficiencia del estándar o más elevado estará éste.

En cuanto a las **medidas de coerción**, podemos observar que el Código Procesal Penal establece distintos umbrales de suficiencia probatoria que deben ser satisfechos para que sea legal y legítimo el dictado de las diversas medidas coercitivas establecidas en el mismo cuerpo, así es que:

Para ordenar una requisita personal es necesario que existan “motivos suficientes”, así el art. 208 reza: “Se ordenará la requisita personal por decreto fundado, bajo pena de nulidad, siempre que haya *motivos suficientes* para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito (...)”.

En cuanto a la orden de incomunicación, el art. 273 establece que: “Sólo el Tribunal, podrá decretar la incomunicación del detenido, cuando existan *motivos* -que se harán constar- para temer que entorpecerá la investigación”.

El art. 272 al regular la detención dispone: “Cuando hubiere *motivo bastante* para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible, se ordenará su detención por decreto fundado (...)”.

En cuanto a la prisión preventiva, el art. 281 determina que: “Siempre que existieren *elementos de convicción suficientes* para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva cuando hubiere vehementes indicios de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, los que deberán acreditarse en el caso concreto”.

Con respecto a la **declaración del imputado**, el art. 306 establece: “cuando hubiere *motivo bastante para sospechar* que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el órgano judicial competente procederá a recibirle declaración, si estuviere detenida, a más tardar, en el término de 24 horas desde que fue puesta a su disposición”.

En relación al **archivo de las actuaciones**, el art. 334 dispone que: “El Fiscal de Instrucción dispondrá, por decreto fundado, el archivo de las actuaciones cuando: (...)

4) No se hubiere podido individualizar al autor o partícipe del hecho o si fuere manifiesta la imposibilidad de reunir *elementos de convicción* que permitan acreditar el hecho”. Lo mismo establece el art. 342 para cuando el juez de Control es quien ordena el archivo.

El art. 354 establece la procedencia de la **citación a juicio**, al decir: “El Fiscal de Instrucción requerirá la citación a juicio cuando, habiéndose recibido declaración al imputado, estimare cumplida la investigación y siempre que hubiere *elementos de convicción suficientes* para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado (...)”.

La Constitución de la provincia de Córdoba, también pretende fijar un estándar en relación a la privación de la libertad, y en su art. 42 dispone: (...) “Salvo el caso de flagrancia nadie es privado de su libertad sin orden escrita y fundada de autoridad judicial competente, siempre que existan *elementos de convicción suficientes* de participación en un hecho ilícito y sea absolutamente indispensable para asegurar la investigación y la actuación de la ley (...)”.

En el ámbito provincial, en relación a la condena, la misma solo se considerará justificada cuando la hipótesis de la acusación haya alcanzado un grado de corroboración “*más allá de toda duda razonable*”, es decir que la culpabilidad del acusado debe verse corroborada por la prueba en un grado altísimo, semejante a la certeza. Este estándar, de origen anglosajón, es de indiscutible aplicación en la provincia, pero no surge expresamente de la legislación. No obstante, el mismo es considerado por los operadores del sistema como autoevidente y entendido como exigencia derivada del principio constitucional de inocencia, que establece un estado jurídico inviolable de la persona, por el que solo puede condenarse a alguien cuando éste sea destruido, lo cual –en esta inteligencia- solo se consigue con base en las pruebas de la hipótesis de la culpabilidad con un alto grado de corroboración, rayano a la certeza, ya que antes de esto la persona sigue siendo inocente²⁵.

Así, con respecto a la duda, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba estableció: “la duda como consecuencia del principio de inocencia que conduce a la absolución tiene que ser razonable (...) No será duda razonable la que se deriva de un método equivocado en la valoración de la prueba de indicios”²⁶.

Esta probabilidad rayana a la certeza que constituye el estándar “más allá de toda duda razonable” en la praxis forense del fuero penal local, está basada en una alta confianza subjetiva de que el acusado cometió el delito. No obstante, nadie puede explicar cuánta prueba y de qué tipo se necesita y cuáles son las inferencias que se realizan para alcanzar esa creencia firme. El problema que se plantea es que ni la legislación ni la jurisprudencia determinan de manera clara cuándo la duda es razonable; no existe un criterio neutral que supere la íntima convicción del juzgador, y de ese modo, el estándar que pretende ser objetivo, deja de serlo y deviene en subjetivo.

El peligro de esa indeterminación, o de esa estimación difusa, es que la duda puede ser utilizada tanto para absolver como para condenar. Puede considerarse que cualquier duda ha sido vencida más allá de lo razonable o que la misma es completamente insuperable o

²⁵ No obstante, esta constituye una gran confusión ya que el establecimiento de un estándar de prueba claro y determinado bastaría para destruir el principio de inocencia, con independencia del grado en que el mismo esté fijado.

²⁶ TSJ, “Benitez”, S. n° 136, 21/5/10.

insuficiente y, por ende, en el primer caso se pretendería un estado subjetivo cercano a la certidumbre, permitiendo de esta forma la condena; mientras que en el segundo caso se esgrimiría un estado de total incertidumbre que lleva al juzgador a la absolución.

Se ha dicho que “no existe ningún sistema judicial, en ningún país del mundo que defina adecuadamente el concepto de inocente hasta que se pruebe su culpabilidad más allá de toda duda razonable. Prácticamente no hay una definición y ese concepto no escapa de la crítica (...) los sistemas que utilizan el método inquisitivo no utilizan el concepto de “fuera de toda duda razonable” pero para determinar la culpabilidad o inocencia utilizan, en gran medida, los instintos, la experiencia y el sentido común del juez profesional. Por lo tanto, el juez profesional es relativamente libre de llevar al caso sus propios prejuicios para influenciar el problema”.²⁷

La doctrina cordobesa, representada por Cafferata Nores²⁸, entiende que el contenido del principio *in dubio pro reo* es la exigencia de que la sentencia de condena, y por ende la aplicación de una pena, sólo pueda estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia (verdad) de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir el estado jurídico de inocencia, construido por la Constitución, razón por la cual conduce a la absolución. Cualquier otra posición del tribunal respecto de la verdad, la duda o aun la probabilidad, impide la condena y desemboca en la absolución.

Dicha doctrina sostiene que, a partir de la inicial falta de conocimiento sobre la hipótesis imputativa, las pruebas que se van incorporando pueden provocar una situación de oscilación del pensamiento entre la confirmación o la no confirmación de aquélla. Aquí es donde se presenta la *duda*, como una indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual está pensando, derivada del equilibrio conviccional entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla, siendo todos ellos igualmente atendibles: es lo que se conoce como duda en sentido estricto.²⁹ En cuanto se encuentren mejores motivos a favor de la confirmación de la hipótesis imputativa, que pueden mostrarse como prevalentes sobre los motivos contrarios, se dice que existirá *probabilidad*, la que se presenta como una especie de la duda, porque no logra excluir totalmente a estos últimos (los motivos contrarios), impidiendo al espíritu llegar a la certeza (que sólo es

²⁷ Mulrine, *Reasonable doubt: how in the world is it defined?*, en “American International Law Review”, vol. 12, issue 1, art. 4º, 1997, p. 225, citado por Schiavo, 2015, p. 25.

²⁸ En igual sentido, Vélez Mariconde, p. 114 y ss., 1981; Clariá Olmedo, 2009, p. 446.

²⁹ Esto es como una *oscilación* convictiva o indecisión *pendular* del juzgador (Cafferata Nores & Hairabedián, 2013).

compatible con la superación o disipación de cualquier duda). Probabilidad significaría, así, que el sujeto cognoscente estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella. Habría probabilidad, entonces, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos. Cuando los elementos negativos sean superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista), se dice, en cambio, que hay improbabilidad (o probabilidad negativa) (Cafferata Nores & Hairabedián, 2013, p. 8 y ss.). En el proceso penal, se llegará a la firme convicción sobre que el acusado verdaderamente es culpable, la mayoría de las veces, no por la inexistencia de dudas sobre ello, sino por su disipación o superación. En virtud de la prueba, el juez va formando su convicción acerca del acontecimiento sometido a investigación. Para este autor, la verdad es algo que está fuera del intelecto del juez, quien sólo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado. Cuando esta percepción es sólida, se dice que hay *certeza*: la cual se puede definir como “*la firme convicción de estar en posesión de la verdad*” (Cafferata Nores & Hairabedián, 2013, p. 6 y ss.), más allá de toda duda razonable.

Conforme a todo lo desarrollado, se presenta de manera casi evidente que, al menos en este punto, la doctrina cordobesa está equivocada. Epistemológicamente, no podemos tener una certeza racional de haber alcanzado la verdad³⁰. Si bien el norte del proceso penal debe ser su búsqueda, paradójicamente este es un objetivo cuya consecución es indemostrable.

Asimismo, si siguiéramos esta teoría, jamás podríamos destruir el principio de inocencia, y, por ende, condenar, con lo cual perdería sentido el sistema penal y su fuerza motivadora de las conductas. Entonces, ¿cómo hacemos para juzgar y si corresponde condenar? Es aquí en donde el estándar de prueba se erige en una herramienta fundamental ya que superado el grado de corroboración que estipula el estándar, podremos considerar que una persona ha cometido el delito que se le atribuye con la probabilidad que es requerida para condenar.

Se afirma que solo un atisbo de duda impide la condena, pero ¿de qué duda hablamos? Debemos dejar sentado que, debido a cuestiones conceptuales, consensuaremos que con duda nos referimos a un cierto grado de duda racional acerca de la verdad de la hipótesis. Es por ello que, es necesario establecer cuál es el grado de duda en el que se considerará que la

³⁰ En palabras de Ferrer Beltrán: “La valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta” (La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana, 2017, p. 156).

culpabilidad ha sido probada y el principio de inocencia destruido, es decir, el grado de duda compatible con la condena. En otras palabras, cuál es el umbral a partir de cual nos encontramos “más allá de toda duda razonable”.

Por su parte, el concepto de certeza se ha visto relativizado, ya que siempre existe una duda residual y de lo contrario se estaría en flagrante violación –constante- al *in dubio pro reo*. Incluso, en todos los casos referidos al nexo de determinación, sólo podremos hacer afirmaciones probabilísticas, lo que conlleva la imposibilidad de obtener la certeza exigida por el *in dubio pro reo* “para la constatación de las circunstancias de hecho incriminantes, entre las cuales cabe contar al nexo de determinación” (Pérez Barberá, 2006, p. 103). Pérez Barberá plantea que, comúnmente la certeza es entendida como un grado de convicción que solo pueden proporcionar las explicaciones causales pero resalta que, actualmente, “certeza” tiene un carácter siempre aproximativo o regulativo. En este punto el autor expresa que “lo correcto es sostener que el principio *in dubio pro reo* debe amoldarse a las particularidades epistemológicas de cada ámbito de determinación” (2006, p. 104), ya que si en el juicio penal debiera alcanzarse la verdad objetiva y se respetara al pie de la letra el *in dubio pro reo*, los márgenes de incertidumbre irreducibles que caracterizan a la verdad procesal deberían comportar la ilegitimidad de cualquier condena y la parálisis de la función judicial³¹.

De hecho, ningún estándar de prueba, por más objetivo y preciso que fuera, puede exigir certeza absoluta, es por ello que, *el in dubio pro reo*, funciona como regla de segundo orden cuando se está ante la duda acerca de si se ha satisfecho o no el estándar. En otras palabras, ante el margen de vaguedad que siempre quedará en relación al estándar de prueba, i.e., sobre el exacto nivel de duda racional compatible con la condena, será necesario el principio mencionado que establecerá qué debe hacerse en caso de duda acerca del cumplimiento del estándar (Ferrer Beltrán, 2017, p. 270).

Ahora bien, como los jueces nunca llegan a alcanzar la certeza absoluta, en la práctica judicial cordobesa, la certeza es entendida con carácter aproximativo y en términos psicológicos, es decir que para el juez (o en su caso el fiscal), no es otra cosa que el grado de convicción que se adquiere a partir del acervo probatorio que satisface el “estándar de prueba” exigido para la etapa procesal de que se trate.

Esto es explicado por la doctrina al decir que “frente a la dificultad para demostrar la absoluta ‘verdad por correspondencia’ de la acusación, el orden jurídico, *en garantía del acusado*, opta por solucionar el problema en términos ‘psicológicos’”: acepta que se tenga por verdadero lo

³¹ Pérez Barberá, 2006, citando a Ferrajoli.

que el tribunal cree firmemente que es verdad, siempre que esa convicción pueda derivarse de las pruebas del proceso y se pueda demostrar racionalmente, porque esas pruebas permiten fundar esa convicción. Sólo la satisfacción de las exigencias de prueba y motivación, podrán otorgar a la creencia o convicción de los jueces (de naturaleza psicológica) el título de “certeza judicial” (Cafferata Nores & Hairabedián, 2013, p. 7, las cursivas me pertenecen).

Ante este panorama de lo que en la función judicial significan duda y certeza, dado que no podemos tener la seguridad de haber alcanzado la certeza racional y que el razonamiento probatorio es probabilístico, los estándares de prueba deberían establecer a partir de qué grado de corroboración podemos considerar que hemos traspasado la duda razonable y podemos tener por probada la hipótesis fáctica.

Alcanzado ese grado de comprobación, es decir, satisfecho el estándar, tendremos razones suficientes para creer en la existencia de los hechos de manera justificada. Pero, “si no está claro qué es una duda razonable –y no lo está en absoluto- el acto de justificar un veredicto como algo más allá de toda duda razonable se convierte en un quijotesco ejercicio de autoengaño” (Laudan, 2005b, p. 154).

El sistema procesal penal de Córdoba, si bien intenta establecer estándares, expresa de forma totalmente inadecuada las exigencias probatorias para tomar diversas decisiones ya que son absolutamente indeterminadas y en ellas se recurre a las creencias del juzgador, por lo que los pretensos estándares se convierten en subjetivos y no son susceptibles de ser controlados intersubjetivamente.

En primer término, la legislación no ofrece a los juzgadores estándares de prueba objetivos sino que fija fórmulas con contenido valorativo que determinan que la decisión se tome conforme a la intensidad de la confianza subjetiva que se posee; acrecentándose la gravedad de la medida de coerción, en forma directamente proporcional al mayor grado de confianza íntima de quien decide. En otras palabras, existe un juego en el que, a mayor confianza subjetiva en la culpabilidad, más gravosa será la medida que estará autorizado a tomar el órgano decisor. Por ejemplo, para disponer la incomunicación de un detenido, la norma exige que se tengan “motivos”, mientras que para detener a una persona, se requieren “motivos bastantes”.

Estos pretendidos estándares existentes en la legislación cordobesa poseen en común la misma deficiencia metodológica: en ningún momento hacen referencia alguna a exactamente qué es lo que cuenta como una prueba de culpabilidad. Por el contrario, demuestran que el razonamiento del legislador está invertido. Es decir, se espera que el juzgador analice su fuero íntimo y determine si su convicción es suficiente para justificar la decisión en base a ella, en

vez de requerirle que analice primero, de manera objetiva, si se satisface el nivel exigido por la norma, esto es, el umbral de suficiencia probatoria, y recién cuando la respuesta sea positiva, su decisión estará justificada.

En otras palabras, le piden al juzgador que, en cada etapa procesal, analice en relación a la evidencia, si la misma lo convence (o le parece suficiente) y cuál es el nivel de confianza en la culpabilidad que ha alcanzado. A modo de ejemplo, si está convencido de que ha reunido los elementos de convicción suficientes para dictar la prisión preventiva, puede hacerlo; si en cambio no se ha visto persuadido por el caudal probatorio, no puede hacerlo (pero puede estar convencido a un nivel inferior que permita el dictado de una medida de coerción alternativa y menos gravosa). Esto es lo que Laudan (2005, p. 104) describe como una “parodia del sistema de prueba” ya que, en cualquier ámbito ajeno al Derecho, el estándar de prueba debe indicar al investigador cuándo está autorizado a considerar algo como probado, mientras que en el derecho penal, sucede todo lo contrario: no se establece cuándo la prueba justifica la aceptación de la hipótesis como probada.

Estos parámetros, no llegan a ser estándares porque son meramente valorativos y aquel que deba tomar la decisión deberá recurrir a su intelecto, v. gr. a la certeza que posea en su interior. Tal como lo advierte Laudan, en ámbitos ajenos al Derecho, nunca un estándar es formulado en términos de confianza subjetiva de los investigadores sino según las conexiones lógicas establecidas entre la evidencia y la hipótesis a corroborar. Es por ello que, “fuera del derecho, la confianza racional en una conjetura sigue a su prueba, nunca la precede. Pero, dentro del derecho, tal confianza precede, certifica, e incluso constituye, la prueba” (Laudan, 2005, p. 106).

Frente a esto, ni el Código Procesal Penal, ni la Constitución provincial brindan a las partes parámetros de control sobre cómo el decisor alcanza los distintos niveles de confianza subjetiva, con lo cual, las decisiones se vuelven imposibles de controlar.

Ante este escenario, la jurisprudencia no es de gran ayuda, los tribunales aplican lo que *ellos* consideran estándares de prueba sin ni siquiera intentar definirlos ni dar razones de ellos. La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba expresó que la motivación de la sentencia “debe observar diversos requisitos según el grado de convencimiento requerido por el ordenamiento legal”³². Y de esta forma, al referirse a la certeza, delineó un estándar de prueba, un tanto difuso pero que brinda un poco de utilidad a los fines prácticos ya que se exige que “la prueba en la que se basen las conclusiones a que se arribe en la sentencia, solo

³² TSJ, “Conrrero”, S. n° 23, 17/04/06.

pueden dar fundamento a esas conclusiones y no a otras; o expresado de otro modo, que aquellas deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento”. En esa misma resolución, el tribunal intentó diferenciar la probabilidad de la duda de la siguiente manera “el estado conviccional de probabilidad se caracteriza porque no obstante existir elementos positivos y negativos en relación con una determinada circunstancia, los primeros cuentan con mayor fuerza conviccional que los segundos rompiendo positivamente el equilibrio que caracteriza al estado de duda en sentido estricto”.

En idéntica línea de pensamiento y en consideración de la prueba indiciaria ha expresado “no hay óbice a la posibilidad de alcanzar la certeza en base a prueba indirecta, ya que hoy en día no se discute que los indicios tengan aptitud para fundar tal grado de convencimiento, siempre que (los indicios) sean unívocos y no anfibológicos”³³. En el mismo sentido, “la sentencia condenatoria puede válidamente fundarse en elementos de convicción indirectos...”³⁴

Por otra parte, al referirse a las implicancias del principio in dubio pro reo, consideró que el mismo “impone la certeza como requisito ineludible para la condena, grado de convicción que debe recaer sobre todos los extremos que sustentan la imputación delictiva”³⁵.

Como puede evidenciarse, el tribunal posee una concepción completamente subjetiva del estándar de prueba ya que recurre constantemente a estados mentales del juzgador, tales como el convencimiento y la convicción para arribar de esta forma a la certeza.

Para demostrar la indeterminación existente de los estándares de prueba, abundan los ejemplos en la jurisprudencia de los tribunales cordobeses. Así, la Cámara de Acusación de Córdoba, al referirse a la declaración del imputado manifestó que “por imperio del art. 306 CPP el fiscal tiene el deber de recibir declaración al imputado cuando hubiere motivos bastantes para sospechar que ha participado en la comisión de un delito. (...) tiene esa obligación porque la redacción de la norma no utiliza términos facultativos: si se da el antecedente (motivos bastantes) debe darse el consecuente (declaración del imputado)”. Mientras que según la misma norma “el fiscal podrá receptar dicho acto (es decir tiene la facultad) cuando no hubiere aquellos motivos bastantes”. Y en la misma línea argumental el Tribunal estableció “cuando el instructor se encuentre frente a motivos simples que lo lleven a suponer que una persona ha actuado de modo delictivo, puede citarlo a prestar declaración en calidad de imputado y puede, también, no hacerlo”³⁶. En esta sentencia, a más de la indeterminación existente en la norma, que fue interpretada por el tribunal pero sin especificar

³³ TSJ, “Villagra”, S. n° 156, 06/11/06.

³⁴ TSJ, “Gallegos”, S. n° 48, 29/5/06.

³⁵ TSJ, “Ledesma o Ledezma”, S. n° 340, 20/12/07.

³⁶ Cámara de Acusación de Córdoba, “Roldán”, A.I. n° 303, 02/08/10.

cuándo concurren esos motivos bastantes, también agrega una nueva categoría, la de “motivos simples”, impidiendo que tanto el Fiscal -que tiene la obligación de recurrir a estas dos categorías- como el resto de las partes puedan saber cuándo el acervo probatorio se encuentra en una u otra.

Asimismo, en relación a las medidas cautelares, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia al considerar la requisita personal ha dicho que “para la realización de requisas personales (...), la ley procedimental requiere que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito (...) La referencia a motivos suficientes para presumir que autorizan el acto, deben ser preexistentes al acto mismo, y esa presunción debe estar basada en datos objetivos que justifiquen la afectación a la libertad y al pudor de la persona y al ámbito de sus pertenencias personales”³⁷.

En consonancia con ello, al analizar la prisión preventiva, el Tribunal Superior de Justicia intenta arrojar un poco de luz entre estos conceptos, pero se mantiene en el campo de la subjetividad del juzgador en cuanto explica:

“(...) Es suficiente que, en un cuadro convictivo conformado por elementos de juicio positivos y negativos, los primeros primen cualitativamente sobre los segundos. Se trata de una exigencia más severa que los motivos bastantes que demanda la ley ritual para la procedencia de la detención, pero más laxa que la certeza que se impone a la condena. Así entonces, no resulta óbice a la procedencia de esta medida de coerción, la existencia de un margen de duda acerca de la intervención del imputado en el hecho investigado, en la medida en que éste se encuentre acotado por un marco probatorio que incline significativamente la convicción del juzgador hacia la conclusión cargosa. A la vez, tal grado de convencimiento puede obtenerse a partir de indicios”³⁸.

Esta inteligencia es reiterada en distintos fallos. Así, la Cámara de Acusación de Córdoba estableció que: “la ley autoriza el dictado de la prisión preventiva, que requiere de elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, bajo cuya vigencia la privación de la libertad puede alcanzar los tres años (art. 283 inc. 4° CPP)”³⁹, sin explicar ni hacer referencia a la suficiencia de esos “elementos de convicción” requeridos por la norma. Con el mismo tenor, el Juzgado de Control de Villa María, al momento de emitir el veredicto, luego de analizar los testimonios de una causa, estableció que no podía sostenerse la coautoría de los imputados, “por lo que al

³⁷ “Ávila”, S. n° 33, 3/05/2005.

³⁸ “Sintora”, S. n° 9, 9/03/06.

³⁹ Cámara de Acusación de Córdoba, “Molina”, A.I. n° 761, 15/12/17. En el mismo sentido, la Cámara de Acusación en “González”, A.I. n° 165, 24/06/08.

no reunirse los elementos requeridos en el art 281 primer párrafo CPP (elementos de convicción suficientes), (...) no existe mérito suficiente para hacer juicio acerca de una supuesta "peligrosidad procesal" que justifique su encarcelamiento preventivo⁴⁰. También referido al encarcelamiento cautelar el Tribunal Superior determinó: “deben existir elementos de convicción suficientes de participación en un hecho ilícito y que la privación de la libertad sea absolutamente indispensable para asegurar la investigación y la actuación de la ley”⁴¹. Al abordar la fundamentación del decreto que ordena la prisión preventiva se estableció que “es necesario que se brinden razones sobre el mérito de los elementos de convicción suficientes”. Mientras que, en la misma resolución, se dispone al analizar la detención que “la ley ritual requiere la existencia de motivo bastante para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible y solo cuando este primer requisito se encuentra satisfecho corresponde ingresar al tratamiento del segundo –la peligrosidad procesal del imputado”⁴². Por otra parte, al establecer las exigencias del requerimiento de elevación de la causa a juicio, los tribunales han dicho que:

“A los fines de elevar a juicio una causa se requiere un grado de probabilidad en lo que atañe a ambos extremos de la imputación jurídico-delictiva. Las dudas e inquietudes de la defensa con respecto a la vinculación del imputado pueden verse despejadas durante la etapa procesal subsiguiente. Ello pues, no se adecua al sistema de la ley procesal vigente la pretensión en virtud de la cual prácticamente parece exigir certeza positiva en sentido incriminante para que una causa pueda ser elevada a juicio”⁴³.

Por su parte la Cámara del Crimen y Correccional de Tercera Nominación, ha advertido en relación al requerimiento fiscal:

“debe contener, entre otros requisitos y bajo pena de nulidad, los fundamentos de la acusación (...). Tal exigencia de validez, reclama que en el requerimiento se desarrollen los fundamentos por los cuales se encuentran acreditados, con el grado de probabilidad que requiere la normativa procesal –elementos de convicción suficientes– los extremos objetivos y subjetivos de las figuras penales en las cuales se subsumen los hechos objeto de la acusación. Para cumplimentar el requisito de la debida fundamentación, la acusación debe, en primer lugar, individualizar los elementos de convicción, y luego expresar cómo aquéllos permiten asentar la conclusión de probabilidad (...). Este requisito guarda estrecha relación con el artículo 154 del código de rito, el cual exige a

⁴⁰ Juzgado de Control de Villa María en “Cruz”, A.I. n° 52, 2/4718.

⁴¹ TSJ, “Martínez Minetti”, S. n° 51, 21/06/00.

⁴² TSJ, “Ocampo”, S. n° 319, 19/11/08.

⁴³ Juzgado de Control y Faltas n° 2, en “Paz Palacios”, A.I. n° 316, 19/06/18, y en el mismo sentido la Cámara de Acusación de Córdoba en “Bachetti”, A.I. n° 249, 30/11/06.

los representantes del Ministerio Público que formulen motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad⁴⁴.

En esta sentencia se hace referencia a la exigencia de motivación pero no se explicita cómo la misma puede ser satisfecha ya que si bien se solicita la individualización de los elementos de convicción suficientes que permiten acreditar los extremos objetivos y subjetivos del hecho delictivo contenido en la acusación, no se hace referencia alguna a su suficiencia.

Luego, la Cámara de Acusación estableció que “el estándar probatorio de probabilidad que únicamente exige el CPP refleja justamente el ideario de que sea el juicio el que dirima posibles anfibologías subsistentes durante la investigación, en procura de obtener allí la certeza necesaria para condenar, debiéndose obviamente absolver al imputado si aquella no se consigue”⁴⁵, pero tampoco hace alusión a qué grado de probabilidad es compatible con la certeza necesaria para condenar.

La jurisprudencia local, evidencia distintos estándares conforme a la instancia del proceso en que el caso se encuentre, ya que con el mismo cúmulo de pruebas puede desembocar en una condena en primera instancia y una absolución en segunda instancia. Por otra parte, los cambios en los veredictos entre instancias son fundamentados conforme a razones difusas y genéricas que difícilmente puedan satisfacer la exigencia de motivación. Así es que, al pronunciarse sobre el estándar de revisión para el recurso de casación, la Sala penal del Tribunal Superior determinó que el estándar de revisión de la absolución por duda, que se mantiene solo para los acusadores:

“debe acotarse solo a los supuestos de falta de fundamentación, fundamentación ilegal o fundamentación omisiva o ilógica, manteniéndose ajenos a esta vía los agravios enderezados a procurar el control de la aplicación de las reglas de la sana crítica racional en la determinación del valor conviccional de las pruebas”, mientras que para el imputado existe un mayor contenido revisable entre el que se encuentra “la determinación del valor convictivo de las pruebas con el límite de la inmediación”⁴⁶.

En virtud de la falta de exposición de los parámetros utilizados, rara vez prospera un planteo de nulidad de una sentencia por falta de fundamentación por la ausencia de explicitación del umbral de suficiencia probatoria y prácticamente jamás se anula una sentencia por este motivo.

⁴⁴ Cámara del Crimen y Correccional de Tercera Nominación, Secretaría N° 5 en “Z. o S. J. A.”, A.I. n° 53, 22/8/2017.

⁴⁵ Cámara de Acusación de Córdoba en “Tula”, A.I. n° 302, 02/08/10. En igual sentido, Juzgado de Control y Faltas n° 2, en “Paz Palacios”, A.I. n° 316, 19/06/18 y Cámara de Acusación de Córdoba en “Bachetti”, A.I. n° 249, 30/11/06.

⁴⁶ TSJ, “Gaviglio”, S. n° 143, 29/06/07, “Figuroa”, S. n° 102, 30/04/08, “Benitez”, S. n° 136, 21/5/10.

Por otra parte, los fallos dan cuenta de la existencia de distintos estándares de acuerdo al delito de que se trate, variando de un caso a otro, pero sin la explicitación formal del grado de suficiencia impuesto por cada estándar en cada tipo de caso ni de los motivos en los que se sustenta dicha variación. Por ejemplo, con base en un caudal probatorio de similares características, una persona puede ser condenada en un caso de delitos sexuales, mientras que ese acervo probatorio no alcanza para una sentencia de condena cuando se trata de casos de delitos contra la propiedad o delitos económicos.

En relación a los delitos violencia de género o sexuales, la Sala Penal del Tribunal Superior de Córdoba ha establecido la atribución de una especial preponderancia a la declaración de la víctima, lo cual conlleva a una menor necesidad de otros elementos de prueba, ya que con su sola declaración sumado a prueba indiciaria puede ser suficiente para arribar a una sentencia de condena⁴⁷. Incluso en cuanto a la prisión preventiva se ha dispuesto que en virtud del cumplimiento de Tratados internacionales con jerarquía constitucional debe asegurarse la realización del debate oral, situación que debe ser merituada al momento de valorar los elementos de convicción suficientes requeridos por la norma procesal, de lo que se infiere que los mismos son más laxos cuando refieren a este tipo de casos⁴⁸.

Para ejemplificar esta cuestión puede observarse que recientemente la Cámara en lo Criminal y Correccional de Tercera Nominación de la Ciudad de Córdoba condenó al imputado por los delitos de coacción y lesiones graves calificadas por el vínculo y violencia de género fundando su condena en una pericia interdisciplinaria sobre la víctima, la que concluyó que el despliegue de las conductas del acusado generó sobre la psiquis de la mujer, “temor, inseguridad y miedo que le ocasionaron lesiones psicológicas graves”. Asimismo, el tribunal consideró que “de conformidad a los elementos de prueba legalmente incorporados al debate, se encuentran acreditados, con el estado intelectual de certeza exigido por la ley (C.P.P., arts.

⁴⁷ Así, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia ha establecido en reiteradas oportunidades que “las particulares características de los hechos de ‘violencia doméstica y de género’ hace que cobre especial relevancia, como sucede con la violencia sexual, física y psicológica, el relato de la víctima, el que adquiere un valor convictivo de preferente ponderación en la medida que resulte fiable y se encuentre corroborado por indicios siempre que éstos tengan una confluencia de conjunto que conduzcan a dotar de razón suficiente la conclusión, sin espacio razonable para el principio in dubio pro reo de base constitucional”, en “Sánchez”, S. n° 84, 04/05/2012; “Delfino”, S. n° 299, 04/10/2013; “Ramos”, S. n° 276, 05/08/2014; “González”, S. n° 98, 29/03/2016; “Flores”, S. n° 103, 7/04/2017; “Alfonso”, S. n° 216, 22/06/2018. En igual sentido, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Decimosegunda Nominación en autos “Gorosito”, S. n° 1, 16/2/2018.

⁴⁸ La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia ha dicho que: “no se trata de criterios de peligrosidad material (peligrosidad del imputado, posibilidad de reiteración de los hechos de violencia contra la víctima) sino estrictamente de peligrosidad procesal (el riesgo que la libertad del imputado supone para la realización del debate), atento a la relación cercana con la víctima y la especial vulnerabilidad de esta”. “Romero”, S. n° 159, 19/05/2014; “Quevedo”, S. n° 174, 28/05/2014; “Mansilla”, S. n° 178, 09/06/2014; “Acuña”, S. n° 355, 20/8/2015; “Ibarra”, S. n° 96, 28/03/2016; “Vía”, S. n° 488, 14/11/2016; “Córdoba”, S. n° 259, 29/06/2017; “Fuentes”, S. n° 144, 18/04/2016; “Flores”, S. n° 16, 14/02/2017; “Córdoba”, S. n° 259, 29/06/2017; “González”, S. n° 384, 23/08/2017.

406, tercer párrafo a contrario sensu), los hechos examinados, en sus extremos fácticos, estos son, su existencia material y la responsabilidad penal del acusado traído a juicio”⁴⁹.

Como contrapartida, en un caso de delitos económicos, el Juzgado de Control n° 7 rechazó un planteo de la defensa que se oponía al requerimiento de citación a juicio y solicitaba la declaración de la falta de mérito por “no haber alcanzado el grado de probabilidad requerido”, y sostuvo que consideraba que se había alcanzado el grado de probabilidad requerido para esa etapa del proceso, con base en un variado y vasto acervo probatorio, conforme a la acusación de la Fiscalía del Distrito I, Turno 1°. Por su parte, esa fiscalía de instrucción, al elevar la causa a juicio consideró que “existen elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible de los imputados (...) con relación a los hechos atribuidos, solicitando se dicte el decreto de elevación a juicio” y fundamentó ese requerimiento en los siguientes términos:

“... arribo a la conclusión que los mismos son suficientes para dar por acreditados con el de probabilidad exigido en esta etapa del proceso (...), lo que determina que la presente causa debe transitar a la etapa plenaria para el juzgamiento definitivo de los extremos de las hipótesis descriptas. En efecto, los extremos objetivos y subjetivos de las imputaciones delictivas quedan acreditados suficientemente con la totalidad de la prueba documental, testimonial e informativa incorporada”⁵⁰.

En dos etapas procesales distintas, se necesitó mucha más cantidad y variedad de prueba para elevar la causa a juicio en un delito de tipo económico, que la que fue requerida para una condena en un caso de delitos de violencia de género.

Como se desprende de las resoluciones dictadas por la jurisprudencia local, existe de manera implícita un estándar variable⁵¹, y dicha variación depende de si se trata de una cuestión de género o delito de abuso sexual o un delito común, en consideración de lo dificultosa que puede ser la obtención de la prueba en el primer tipo de casos atento a que siempre ocurren en ámbitos de intimidad, ajenos a las miradas de terceros⁵². Si bien en estos casos está en juego

⁴⁹ Cámara en lo Criminal y Correccional de Tercera Nominación de la Ciudad de Córdoba, “R. S. G.”, S. n° 9, 28/3/2017.

⁵⁰ Juzgado de Control n° 7 de la ciudad de Córdoba, “Federico”, A.I. n° 172, 03/11/17.

⁵¹ Puede verse un desarrollo de la teoría del estándar de prueba variable en Lillquist, quien partiendo de un análisis empírico, analiza la variabilidad de los estándares de prueba según el riesgo sea de obtener condenas o absoluciones falsas, o de acuerdo a la gravedad de la pena, explicando el fenómeno desde la teoría de la utilidad (2002).

⁵² La Sala penal del Tribunal Superior de Justicia, al analizar la declaración de la víctima, advierte que “si bien la mayoría de las veces será prueba indiciaria la que corrobore su relato (puesto que esta clase de hechos suele cometerse en ámbitos de intimidad, ajenos a las miradas de terceros y en ámbito de confianza), ello no impide sostener una conclusión condenatoria en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfíbológicos, y a su vez sean valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria”, en “Boretto”, S. n°

la aplicación de una pena que en su especie es de prisión, y en su graduación es muy elevada, se evidencia una elección por parte de los juzgadores que, al bajar el estándar en este tipo de delitos, producen un mayor riesgo de condenar a más inocentes, pero como contrapartida, con el beneficio de dejar menos culpables absueltos. Puede pensarse que lo que está detrás de esta elección es la tendencia de los tribunales al cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Argentina para erradicar la violencia de género, pero al no explicitarse de manera expresa, clara y razonable, los distintos estándares se encuentran indeterminados y difusos y esa variación de un caso a otro, si no está reglamentada, seguirá siendo subjetiva, y no solo existirá respecto a los distintos delitos sino que dependerá del convencimiento interno de la persona que esté investida de la función de que se trate (fiscal o juez).

En las distintas sentencias se apela a las reglas de la lógica que deben imperar en la valoración de la prueba, brindando criterios para la realización de la misma, sobretodo en lo que concierne a la prueba indiciaria. Asimismo, se hacen referencias constantes a las distintas categorías consideradas “estándares”, con alusión a la diferente intensidad según el estadio del proceso de que se trate, pero nada dicen acerca de la suficiencia probatoria que se requiere en cada una de estas categorías. Esta situación no es salvada por la circunstancia de que en algunas ocasiones los distintos tribunales expresen que se requerirá menos prueba, o que una prueba determinada será considerada con “especial preponderancia”, o que los criterios deberán considerarse a la luz de los compromisos internacionales asumidos por el Estado, ya que todas estas constituyen pautas de valoración pero nada dicen acerca de en qué consiste la prueba de la culpabilidad y cuándo la misma es suficiente conforme a la decisión involucrada en cada etapa del proceso, v. gr. el dictado de medidas de coerción, el requerimiento de citación a juicio, o la sentencia de condena. No basta con decir que las decisiones estarán justificadas con distinta intensidad de acuerdo al momento procesal de que se trate (y cuando el juzgador esté convencido de ello), sino que debe hacerse referencia al umbral a partir del cual las decisiones podrán estar justificadas.

La circunstancia de ser estándares subjetivos, termina quitándole a estas categorías todo atisbo de lo que se considera “estándar” y por ello la decisión que se adopte no puede ser controlada. Frente a esto, como se ha visto, la jurisprudencia de los tribunales cordobeses no se ha involucrado decisivamente en la cuestión, con lo cual tampoco existen herramientas prácticas para su especificación y para ejercer un debido control que restrinja al máximo posible la arbitrariedad.

212, 15/08/2008; “Cisterna o Sisterna”, S. n° 4, 16/02/2009; “Laudin”, S. n° 334, 9/11/2011; “Serrano”, S. n° 305, 19/11/2012; “Diaz”, S. n° 434, 27/12/2013.

Esto repercute en distintos niveles. En primer lugar, se afecta el debido proceso por la vulneración directa al derecho de defensa ya que no se puede controlar la decisión y mucho menos expresarse los agravios que la misma le causa a la parte. También se afecta el derecho de igualdad, dado que las decisiones varían de un caso a otro, y frente al mismo tipo de caso y con similar caudal probatorio, pueden existir decisiones diferentes (e incluso hasta contradictorias). Asimismo, las decisiones pueden variar a distintos niveles, obteniéndose resultados opuestos, por ejemplo, en primera instancia puede obtenerse una condena, y con exactamente el mismo caudal probatorio, en segunda instancia puede obtenerse una absolución. En ese caso, ¿de qué depende la decisión en uno y otro nivel? Nada más y nada menos que del azar: que las personas integrantes del tribunal de una y otra instancia, en su fuero íntimo, se sientan persuadidas por la prueba de la culpabilidad del acusado, o no.

Frente a esta situación preocupante, se vuelve imperioso regular los estándares de prueba en la legislación de Córdoba con el objeto de incorporar al sistema penal estándares intersubjetivamente controlables, que no dependan de la apreciación subjetiva acerca de la culpabilidad por parte de los decisores y de la confianza que la prueba les genere. En palabras de Laudan, “un estándar de prueba apropiado no depende de una confianza subjetiva en una hipótesis, al contrario, el estándar objetivo de prueba nos indica cuándo la confianza subjetiva está justificada” (2005, p. 105).

En este punto distintos autores efectúan propuestas interesantes acerca de su confección⁵³. De acuerdo a Ferrer Beltrán (2018, p. 405 y 406) los estándares de prueba deben formularse siguiendo tres requisitos:

1. Se debe apelar a criterios concernientes a la capacidad que posee el acervo probatorio para justificar las conclusiones probatorias a las que se ha arribado. En otras palabras, no puede recurrirse a la subjetividad del juzgador con fórmulas referidas a sus estados mentales o psicológicos. Asimismo, la decisión debe ser controlable intersubjetivamente.
2. Los criterios utilizados deben constituirse en un umbral preciso a partir del cual una hipótesis fáctica puede considerarse corroborada con un grado de suficiencia en relación a la decisión que deba tomarse.
3. El umbral de suficiencia mencionado en el segundo requisito debe ser establecido a través de criterios cualitativos. Esto se debe a que la probabilidad imperante en el

⁵³ Puede verse también Laudan (2005).

razonamiento probatorio es inductiva o lógica, no matemática, con lo cual no puede ser determinado a través de fórmulas matemáticas o números.

Esta es una propuesta atractiva dado que tiene en consideración la circunstancia de que el razonamiento probatorio está basado en la probabilidad lógica o inductiva, ya que se evidencia una gran reticencia por parte de los juzgadores a asignar probabilidades específicas a sus creencias⁵⁴ y esto se debe a la gran dificultad que presenta el hecho de intentar –sin caer lisa y llanamente en la arbitrariedad- asignarle una probabilidad cuantitativa a su creencia personal acerca de la satisfacción o no del estándar.

V. Conclusiones

La motivación debe dar cuenta de que lo afirmado por las premisas fácticas que se tiene por probado constituye la hipótesis de los hechos más probablemente verdadera, que supera los estándares de prueba previstos para ese tipo de casos. En este sentido, la valoración de la prueba permite otorgar a cada una de las hipótesis un grado de confirmación alcanzado, que nunca es igual a la certeza absoluta, y por ello, en la toma de decisiones, solo puede exigirse la satisfacción de una probabilidad suficiente conforme al estándar de prueba.

Como ha sido desarrollado supra, el lenguaje natural o común adolece del problema de vaguedad, y el lenguaje jurídico, al ser un tipo especial del aquél, posee los mismos defectos, por lo cual, reducir la vaguedad trae aparejada una decisión discrecional. Frente a la indeterminación de los estándares de prueba en la legislación, Schiavo advierte que “las reformas destinadas a reemplazar los viejos modelos inquisitivos parecieran haberse despreocupado del problema, entregando la entera fijación del estándar al subjetivo juicio de valoración de la prueba, estableciendo como único control del acto el ‘dar razones de ello’” (2015, p. 25). Si bien es completamente necesario dar razones, las mismas deben versar acerca de la satisfacción del estándar de prueba, al punto tal de que podamos conocer, a través de la motivación, que la decisión se encuentra justificada ya que su fundamento descansa en la superación objetiva por parte del acervo probatorio del grado fijado por el estándar de prueba, es decir, que haya sido satisfecho.

En este sentido, la motivación de la decisión judicial debería ser capaz de justificar la fiabilidad de las pruebas incorporadas al proceso, las hipótesis de los hechos consideradas (y las descartadas), junto con la justificación del grado de probabilidad inductiva atribuido a

⁵⁴ En igual sentido Laudan, 2005, p. 68.

cada una de ellas, y el consecuente arribo por parte de una de las hipótesis al estándar de prueba aplicable en la etapa procesal de que se trate, con lo cual se la tendrá por probada o verdadera.

Difícilmente pueda justificarse la decisión concerniente a la superación del estándar de prueba involucrado por parte de la prueba referida a una hipótesis fáctica y tenerla como probada (o verdadera), si el sistema jurídico de referencia no brinda precisiones respecto del estándar de prueba que se aplica a ese caso determinado. En consecuencia, si no está previamente establecido el estándar, la motivación queda librada a la subjetividad y no cumple su función de garantía frente a la arbitrariedad.

A fin de cuentas, los controles son pseudocontroles porque dependen de la subjetividad propia del decisor y ésta no permite controlar si se ha superado o no el umbral mínimo de corroboración de la hipótesis en cuestión. Además, las garantías constitucionales y procesales pierden operatividad porque las normas no son claras, no están determinadas o directamente no existen.

Una alternativa para disminuir el estado de incertidumbre actual en el que está inmerso el proceso judicial sería el sinceramiento con la realidad, bien por parte del legislador, o por parte de los tribunales. Sería provechoso que los operadores del sistema judicial, admitiéramos la subjetividad de los estándares y dejáramos de repetir que no existe margen para la discrecionalidad cuando en la realidad la situación demuestra todo lo contrario. No obstante, esta alternativa no brindaría una solución de fondo, sino que simplemente podría constituir un avance para el sistema de justicia, a partir del cual pueden empezar a construirse los cambios tendientes a superar el estado defectuoso e insuficiente en que se encuentra el proceso penal actual. Laudan, al referirse al estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, señala que es definido en términos de estado mental subjetivo del juzgador, y que “esta situación debería ser abandonada para dar paso a definiciones y ejemplos de ese estándar de prueba que se centren en la clase de prueba que se necesita para que una persona racional esté razonablemente segura de la culpabilidad de otra” (2005, p. 193 y 194).

En consecuencia, la única alternativa posible y seria es la regulación de estándares de prueba intersubjetivamente controlables. Para poder dar razones que justifiquen la decisión, será necesario que el juzgador conozca de antemano cómo funciona el estándar de prueba y a partir de cuándo se considera que el mismo ha sido superado por una de las hipótesis fácticas que a partir de ese momento podrá ser considerada como probada. Frente a esto, las partes también deben tener la posibilidad de conocer el estándar de prueba para poder controlar que haya sido satisfecho, y de esta forma la motivación podrá cumplir con su función

garantizadora. Ahora bien, esto solo puede llevarse a cabo dejando de lado los estándares de prueba subjetivos, por lo que se impone imperiosamente la necesidad de legislar estándares de prueba objetivos, que permitan hacer eficaces las garantías y que las decisiones sean controlables intersubjetivamente.

Finalmente, cabe poner de manifiesto que la legislación procesal de Córdoba ha sufrido diversas reformas en los últimos años, todas tendientes a garantizar el principio de oportunidad, la oralidad y la contradicción, pero se ha descuidado una cuestión primordial que hace a las bases mismas del Estado de Derecho y está constituida por el Debido Proceso, el Derecho de Defensa y su correlato en el Derecho a la Prueba. Sólo a través de una modificación más concienzuda de la legislación, que regule estándares de prueba intersubjetivamente controlables, podremos decir que se ha abandonado completamente el sistema inquisitivo y que las garantías constitucionales no son meras expresiones de deseo, sino que han comenzado a ser *verdaderamente* operativas.

VI. Bibliografía

- Aliste Santos, T.-J. (2011). *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons.
- Alonso, J. P. (2016). *Interpretación de las normas y derecho penal*. Buenos Aires: Didot.
- Andrés Ibáñez, P. (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa*(12), 266.
- Cafferata Nores, J. I. (1997). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cafferata Nores, J. I., & Hairabedián, M. (2013). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Carrió, G. (1990). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Clariá Olmedo, J. (2009). *Tratado de derecho penal* (Vol. VI). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (P. A. otros, Trad.) Madrid: Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2017). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. En J. Ferrer Beltrán, *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley.
- Ferrer Beltrán, J. (2017). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. En J. Ferrer Beltrán, *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley.

- Ferrer Beltrán, J. (2017). Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. En J. Ferrer Beltrán, *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley.
- Ferrer Beltrán, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En D. Papayannis, & E. Pereira Fredes, *Filosofía del Derecho Privado* (págs. 401-430). Madrid: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2017). El papel del juez en el estado de derecho. En M. Gascón Abellán, & A. García Figueroa, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales* (págs. 15-42). Lima: Palestra.
- Gascón Abellán, M. (2017). La prueba de los hechos. En M. Gascón Abellán, & A. García Figueroa, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra.
- Gascón Abellán, M. (2017). La actividad judicial. Problemas interpretativos. En M. Gascón Abellán, & A. García Figueroa, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. (págs. 93-126). Lima: Palestra.
- García Figueroa, A. (2017). Una primera aproximación a la teoría de la argumentación jurídica. En M. Gascón Abellán, & A. García Figueroa, *La argumentación en el Derecho. Algunos problemas fundamentales* (págs. 43-92). Lima: Palestra.
- García Figueroa, A. (2017). La motivación. Conceptos fundamentales. En M. Gascón Abellán, & A. García Figueroa, *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(28).
- Laudan, L. (2005b). Una breve réplica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(28), 154.
- Lillquist, E. (2002). *Decision Theory and the virtues of variability*.
- Maier, J. (1995). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Pérez Barberá, G. (2006). *Causalidad, resultado y determinación*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Schiavo, N. (2015). *Valoración racional de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2013). La verdad en el proceso. *Derecho & Sociedad*(40), 239-248.
- Taruffo, M. (2006). *La motivación de la sentencia civil*. (L. C. Vianello, Trad.) México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Vélez Mariconde, A. (1981). *Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Lerner.