

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título:

Sobre los conceptos de justificación del enunciado probatorio de las decisiones judiciales y su doble conforme

Alumna:

María Valeria Trotti

Tutor:

Dr. Jordi Ferrer Beltrán

Convocatoria:

Mayo 2019

Sobre los conceptos de justificación del enunciado probatorio de las decisiones judiciales y su doble conforme

María Valeria Trotti

I. Introducción.

En la cultura jurídica de los sistemas continentales, los estudios sobre la identificación y la justificación de los hechos relevantes para el derecho han adquirido en las últimas décadas, y con relativa celeridad, importantes dimensiones¹. En esa dirección, ciertas instituciones jurídicas clásicas han sido repensadas a la par de esta evolución y, en ese contexto, cuestiones menos debatidas han adquirido nuevos bríos. Este es el caso de la justificación² de la premisa fáctica contenida en las decisiones judiciales y su revisión por distintas instancias judiciales.

La decisión judicial tomada por un juez o jueza, tribunal o jurado en el marco de un proceso judicial que define la solución jurídica de un caso individual, como la legislación en orden a los casos genéricos, configura un modo de concreción del derecho³. A través de ella se materializa la disposición de una norma individual, esto es, aquella que ordena, prohíbe o faculta una acción particular de un agente. A su vez, en el modelo de Estado de derecho, la decisión judicial como acto de poder se encuentra condicionada por la interdicción de arbitrariedad, lo que significa, a grandes rasgos, que una decisión judicial será arbitraria si carece de razones.

A diferencia de la legislación, la administración y la actividad negocial, la legitimación externa, ético-política o sustancial de la jurisdicción se asienta en la máxima *Veritas, non auctoritas facit iudicium*; esto es, no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino solo una de tipo racional y legal dado el carácter cognoscitivo de los hechos y reconocitivo de su calificación jurídica (Ferrajoli, 2009, pp. 37, 543/544). Este tipo de legitimación conlleva el deber

¹ Fuera del ámbito anglosajón, han impulsado decididamente la discusión los trabajos de Ferrajoli, 1989, 2009; Taruffo, 1992, 2005; Gascón, 1999, 2004; Ferrer Beltrán, 2002, 2005; Ferrer Beltrán, 2007; González Lagier, 2003a, 2003b.

² Vale aclarar utilizaré indistintamente la expresión justificación y motivación de las decisiones judiciales pues así circula en la literatura especializada. Ello no obstante que la segunda puede resultar menos adecuada en tanto se vincula más con los motivos o las causas de las decisiones judiciales y no con las razones.

³ Se señala que las decisiones judiciales califican como «decisiones institucionales», esto es, decisiones que tienen como resultado una norma ya sea general o particular. Además, se precisa que, al igual que aquellas, padecen de la ambigüedad acerca de si hace referencia al acto de adoptar la formulación de una norma o si menciona el resultado de ese acto, esto es, la norma misma (Caracciolo, 2009, p. 39, 41/42). Esta distinción es relevante según analizaré más adelante.

de justificación de los actos jurisdiccionales, el cual representa “el signo más importante y típico de 'racionalización' de la función judicial” (Calamandrei, 1960, p. 191).

Las constituciones de los países y las convenciones internacionales sobre derechos humanos disponen normas que prevén garantías a favor de los imputados en los procesos penales. En particular, algunas de estas normas se sustentan, justamente, en la pretensión de reducir la arbitrariedad de las decisiones judiciales tomadas en esos procesos, especialmente, aquellas que importan la condena del acusado. Este especial resguardo se enfatiza pues una condena importa severas restricciones de los derechos de quien la padece, especialmente, si a través de ella se impone una pena de privativa de la libertad.

En ese contexto, las citadas normas constitucionales y convencionales incorporan a los sistemas jurídicos dos garantías instrumentales cuyo objetivo principal es controlar la razonabilidad de las decisiones judiciales de ese tipo. Una de ellas exige la motivación de esa decisión; la otra, requiere que el imputado condenado en un proceso de esta especie tenga la facultad de revisar esa decisión. En su caso, a través de esa revisión la sentencia de condena será avalada por dos instancias judiciales diferentes, y así, resultará su doble conforme⁴.

Más allá del reconocimiento de estas garantías en los textos normativos citados, su satisfacción depende del concepto que jueces y juristas consideren de ellas.

A nivel conceptual, la motivación de esta clase de decisiones judiciales, su revisión y su doble conforme pueden ser estudiados desde diferentes perspectivas⁵. Al respecto, pueden formularse preguntas como ¿a qué se refieren (o deben referirse) jueces y juristas cuando hablan de motivación de las decisiones judiciales?; o ¿qué significa que una segunda instancia judicial revisó (o revisó debidamente) y confirmó (o confirmó debidamente) la decisión judicial de condena?

⁴ Se deja al margen de este análisis el deber de motivar las absoluciones y el control que de ellas ejercen los acusadores. La discusión sobre las facultades recursivas de imputados, ministerio público y víctima requiere mayores precisiones que las que aquí se sintetizan, vistas las referencias teóricas y jurisprudenciales actuales (D’Albora, 2015; Maier, 1995). Para una visión crítica de la distinción entre recursos de los imputados y de los acusadores en el sistema jurídico anglosajón, véase Laudan, 2013, pp. 267/289.

⁵ La filosofía del derecho ha desarrollado distintas propuestas metodológicas acerca de cómo abordar los conceptos jurídicos. En esta instancia, resulta innecesario emprender un detalle de estas cuestiones en la medida que excede el propósito de esta presentación. Ello sin perjuicio de ciertas precisiones que considero pertinentes a fin de delimitar el marco teórico en el cual formulo los conceptos que aquí abordo. Para una revisión del origen, evolución, contenido y relevancia del análisis conceptual como objeto de la filosofía analítica del derecho, véase Navarro y Redondo, 2002, pp. 17/28. Sobre la ontología y la estructura de los conceptos, véase Bouvier, Gaido y Sánchez Brígido, 2007, pp. 9/41.

Al examinar estos interrogantes, es necesario atender a qué es lo que hacen quienes participan de una práctica jurídica cuando utilizan cierto concepto jurídico y los diferentes niveles discursivos que de ese uso pueden efectuarse⁶. En efecto, la revisión del contenido de un concepto jurídico, como pueden ser, por ejemplo, el de motivación de la decisión judicial o revisión de la decisión judicial y su doble conforme, puede estar condicionado al marco teórico que se asuma. De este modo, la respuesta acerca del contenido de un concepto jurídico depende de si al configurarlo se pretende describirlo o justificarlo. Así, un participante de una determinada práctica jurídica puede comprender y usar conceptos afines a la misma sin comprometerse con su justificación⁷. Si se acepta esta distinción, entonces, vale elaborar los conceptos jurídicos desde una perspectiva descriptiva o normativa.

Desde un punto de vista descriptivo, es posible comprender directamente las reglas que un grupo sigue, o adoptar una estrategia para identificar su contenido, pero no presuponer la *verdad* de las teorías justificativas que las avalan (Redondo, 2018). Por ejemplo, es posible individualizar el modo en que un grupo de juristas o jueces identifican la motivación de las decisiones judiciales, su revisión o doble conforme sin asumir, además, las razones por las que ellos la consideran justificada. Desde un punto de vista normativo, cabe no solo comprender directamente estas reglas, o adoptar estrategias para identificar su contenido, sino también proponer explícitamente, o presuponer implícitamente, alguna teoría que las avale o justifique (Redondo, 2018). En ese sentido, a diferencia del caso anterior, quienes siguen este método solo podrán especificar las notas características del concepto de motivación de las decisiones judiciales, de su revisión o doble conforme en la medida que se comprometan con las valoraciones en las que estos conceptos se asientan⁸.

⁶ En ese sentido, no pocas veces la naturaleza y los motivos relativos al análisis conceptual son entendidos de modo confuso. Así, Bix apunta que “[E]l mérito de una afirmación conceptual puede ser valorado solamente una vez que está en claro cuál es el propósito de esta afirmación”. Al respecto, considera que esta dificultad se da incluso desde el propio trabajo de los teóricos quienes no han sido suficientemente claros en dar cuenta de la naturaleza de sus afirmaciones o el proyecto general del cual sus teorías son parte. Justamente ello es lo que dificulta evaluar o comparar los conceptos, Bix, 2006, pp. 17, 27, 30.

⁷ Esta distinción presupone ciertas tesis no consensuadas en el marco de discusiones propias de la filosofía analítica relativas al análisis conceptual. Más allá de ello, para sostenerla sigo en este punto a Redondo, 2018.

⁸ Estas dos perspectivas son presentadas a partir de una simplificación de una cuestión mayormente debatida en la filosofía del derecho. En el trabajo citado, Redondo revisa ciertas teorías desarrolladas en esa disciplina avocadas al análisis de los conceptos jurídicos. La autora advierte que los desacuerdos entre estas teorías fincan, esencialmente, en afirmar o no la *imposibilidad* de definir los conceptos jurídicos desde un punto de vista externo, o, dicho de otro modo, en la *necesidad* de hacerlo desde un punto de vista interno. A diferencia de otros trabajos, en este no se analiza si son plausibles las tesis que sustentan, por ejemplo, las teorías que afirman esa imposibilidad. Sino que a través de él se revisan el *tipo* de razones que ellas se valen a fin de refutarlas. Con ese objetivo, advierte que es

Sobre la base de estos presupuestos, la integración de un concepto depende de la elección de uno de estos puntos de vistas descriptivos o normativos. Por ejemplo, una manera de proceder descriptiva consiste en destacar cuáles son las notas relevantes, distintivas, necesarias y/o suficientes que una práctica determinada exige para toda instancia de aplicación de un concepto. Esta tarea puede resultar de interés en tanto evidencia usos contradictorios del concepto, aplicaciones a casos que no se corresponden con su contenido, etc. En cambio, se sigue una idea normativa de los conceptos cuando estos se construyen en la creencia de que existe una tesis justificatoria de sus usos o cuando esos usos son revisados bajo una tesis normativa que los cuestiona en tanto la práctica no logra capturar –por las notas distintivas que resalta- algunos casos que no dudaríamos en calificar de este modo. Esto último implica someter la revisión de los conceptos usados en la práctica a una mirada crítica, ya sea porque no relevan casos que deberían o porque importan casos que no deberían (Redondo, 2018).

En el presente trabajo, examinaré los conceptos relativos a la motivación de la decisión judicial, en particular, del enunciado probatorio de la premisa fáctica a través de una perspectiva normativa⁹. Desde esta perspectiva, también revisaré el concepto de derecho al recurso a partir

ambigua la distinción punto de vista interno y externo e identifica dos sentidos posibles de estas expresiones. En un primer sentido, refiere que quien examine un concepto jurídico debe asimilar que este existe como tal en la medida que quienes lo usan en una determinada práctica jurídica mantienen una actitud normativa, esto es, el concepto existe porque los participantes de esa práctica lo aceptan o lo creen justificado (punto de vista interno₁). Ello en contraposición a quienes estiman que la identificación de los conceptos jurídicos requiere describir y explicar los aspectos exclusivamente empíricos o comportamentales de una institución (punto de vista externo₁). En ese sentido, dice, para la explicación teórica o normativa de un concepto o institución jurídica, es necesario considerar que el objeto de estudio tiene carácter normativo, esto es, se debe asumir un punto de vista interno₁. En nuestro caso, el objeto de estudio es normativo en tanto se identifica que juristas y jueces afirman el deber de motivar sus sentencias y que los imputados condenados tienen derecho a que esas condenas sean revisadas por otra instancia ulterior que, en su caso, podrá confirmarlas.

Sin embargo, la autora ofrece una segunda distinción entre punto de vista externo₂ e interno₂, según la cual que exista una actitud normativa del participante puede o no llevar a contraer una actitud práctica de aprobación por parte de quien pretenda analizar determinado concepto jurídico. Ello depende de qué punto de vista se adopte. Así, sostener esta distinción importa seguir un punto de vista externo₂. Negarla supone seguir un punto de vista interno₂.

⁹ La expresión “enunciado probatorio” es ambigua. Sobre esta terminología véase Dei Vecchi, 2018, pp. 17/18. Vale aclarar ahora que, en un sentido, los enunciados relativos expresan hechos indiciarios que integran, a modo de premisas, el razonamiento probatorio que justifica la conclusión que consigna que “hay pruebas suficientes a favor de p”. Estos enunciados se identifican, a su vez, con las expresiones tales como indicios, datos probatorios o elementos de juicio. El enunciado “Las huellas de María fueron encontradas en el cofre donde Juan guardaba sus ahorros” constituye un ejemplo de este tipo. Pero también esta expresión alude a un meta-enunciado que expresa el juicio de suficiencia sobre los enunciados relativos a los hechos indiciarios. Este se traduce en aquel que manifiesta “hay elementos de prueba suficiente sobre que María se apoderó de los ahorros de Juan”. En este trabajo, utilizo enunciado probatorio en este segundo sentido.

En similar sentido, Ferrer Beltrán muestra esta ambigüedad al conceptualizar la prueba como resultado. Así, señala que ella puede significar el resultado particular que deriva de la valoración individual de cada prueba o como resultado de la valoración en conjunto de los elementos de prueba que conforman el acervo probatorio, 2016, pp. 122/123.

del cual el imputado logra la revisión de la condena, de cuyo ejercicio, se obtiene su doble conforme judicial. Al especificar estos conceptos identificaré qué fines deben perseguirse a través de ellos; esto permitirá luego definir las notas características que los satisfacen en mejor medida.

Una vez delimitados estos conceptos, utilizaré, a modo de banco de pruebas, jurisprudencia regional y local a fin de mostrar dos clases de reflexiones diferentes. La primera consiste en evidenciar cómo analizar un concepto bajo diferentes niveles de análisis –descriptivo y normativo- lleva a considerar diferentes (e incompatibles) nociones de motivación de la premisa fáctica, en particular, del enunciado probatorio contenido en ella. Para ello examinaré una sentencia reciente dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH) relativa a la motivación de la *quaestio facti* de la decisión tomada por un jurado en un caso penal.

La segunda reflexión pretende indicar ciertos aspectos básicos acerca de cómo las razones que sustentan, y dan contenido, al derecho del imputado a que la sentencia condenatoria de primera instancia pueda ser revisada a través de un recurso, inciden en la mayor o menor posibilidad de argumentación de la instancia judicial revisora. Esto es, si dados estos conceptos, el tribunal de segunda instancia se encuentra legitimado, y en qué casos, a suplir o mejorar la motivación de la decisión judicial relativa a al enunciado probatorio de la premisa fáctica tomada por el juez de primera instancia. La revisión de estos aspectos tiene sentido visto lo que en la materia afirma el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en adelante, TSJ Cba).

II. La motivación del enunciado probatorio de la premisa fáctica de la decisión judicial

1. Fines y contenido del concepto de motivación del enunciado probatorio

Conforme se ha asumido, el análisis del concepto de motivación de la premisa fáctica de la decisión judicial puede ser abordado desde un punto de vista descriptivo o normativo¹⁰. El primero supone revisar los sentidos según los cuales juristas y jueces en general utilizan esta expresión. El segundo consiste en elaborar sus notas características a partir de los fines o valores a los que está llamado a responder. Este último es el camino tomado mayormente por quienes se han ocupado del tema, aunque no sin cierta dificultad (Accatino, 2014). De allí que las preguntas acerca de qué significa motivar y para qué se motiva no son independientes, sino que están

¹⁰ Se distingue las dificultades que presenta la identificación y las relaciones existentes entre decisión judicial y motivación. A esos efectos, se detalla que cabe tratar esta cuestión bajo un enfoque descriptivo o normativo, v. Comanducci, 1992, p. 217; también distingue sendos enfoques, Accatino, 2014.

estrechamente vinculadas¹¹. Bajo esta perspectiva metodológica, algo constituirá o no una motivación de la decisión judicial en la medida que satisfaga -de mejor modo- los fines que a través de ella se persiguen¹².

En este orden de ideas, la definición de los fines que procura la motivación de la premisa fáctica está conectada con la de la motivación de la decisión judicial. Ello resulta de que en ambos casos se tiene en miras que esta garantía moderna pretende restringir decisiones judiciales arbitrarias. Así, se considera que una sentencia “no justificada es, en rigor, una sentencia arbitraria y, por lo tanto, en vista de esa exigencia, descalificable como acto jurisdiccional” (Caracciolo, 2013, p. 15).

A su vez, dentro del espectro de decisiones judiciales, nadie duda que la preocupación por la interdicción de arbitrariedad en las decisiones penales que importan la aplicación de una sanción privativa de la libertad, posee especial relevancia¹³. Junto con otras, la motivación es una garantía instrumental que reduce la subjetividad del juicio penal (Ferrajoli, 2009, pp. 153/154, 616)¹⁴.

En adición, se señala que la motivación responde al fin de control interno o endoprocésal y externo o extraprocésal (Taruffo, 2006, p. 335 y ss.). En efecto, la motivación satisface un control interno o endoprocésal cuando permite a las partes examinar “la legalidad y el nexo entre convicción y pruebas” (Ferrajoli, 2009, p. 623)¹⁵; además, la motivación habilita el control

¹¹ En similar sentido, Ferrer Beltrán distingue estas dos preguntas para evaluar qué es lo que los teóricos consideran al contestarlas, 2011, pp. 87/88.

¹² Varios autores destacan esta perspectiva. Así, Caracciolo indica que la expresión justificación “es lo suficientemente ambigua para que resulte inútil a menos que se proponga un criterio previo de utilización de acuerdo con algún objetivo”, 2009, p. 42. Lo mismo Ferrer Beltrán cuando indica que “[S]i se determina cuál es el objetivo de esa imposición, puede entenderse mejor cuál es el alcance que debe tener la motivación, el sentido de que se la dota, así como sus exigencias, a los efectos de cumplir aquellos objetivos”, 2011, p. 98.

¹³ Ferrer Beltrán niega que las decisiones tomadas en los procesos penales deban ser evaluadas, necesariamente y en todos los casos, bajo mayores resguardos, 2007, pp.139/140. Sin embargo, las consideraciones del autor no son incompatibles con la especial atención que estimo cabe asignar a las sentencias que imponen como pena la privación de la libertad de quienes han sido juzgados.

¹⁴ En su esquema de epistemología del derecho, Ferrajoli presenta un modelo garantista que, según estima, ofrece, en comparación con otros modelos de derecho penal históricamente concebidos, un mejor grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y la tutela de las personas contra la arbitrariedad. En ese marco, afirma que las garantías procesales propias del cognoscitivismo procesal inciden en las comprobaciones judiciales. Este esquema precisa que se reconozca el carácter legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas. En ese sentido, señala que “una justicia no arbitraria debe ser en alguna medida «con verdad», es decir, basada en juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y reconocitivos (del derecho), sujetos como tales a verificación empírica”. Así, el juicio penal posea carácter reconocitivo de la norma y cognoscitivo de los hechos. Estos presupuestos afectan a la «motivación» de las decisiones judiciales en tanto deben de dar cuenta de ellos, Ferrajoli, 2009, pp. 33/34, 36 y ss.

¹⁵ Como se verá, la convicción del juez, en rigor, resulta irrelevante en una concepción racional de la prueba.

externo o extraprocesal de “naturaleza político-general”¹⁶, el cual responde a la consideración de que en sociedades democráticas la sentencia como acto de poder es susceptible de ser conocido y revisado por parte de quienes lo han delegado¹⁷.

Como se ve, existe una relación intrínseca entre motivar una decisión y controlarla. Sin embargo, el control externo de la decisión judicial, traducido en la necesidad de hacer públicas sus razones, no constituye una garantía suficiente de racionalidad¹⁸.

Esta deficiencia del control público se reduce a través de la disposición de mecanismos jurídicos orientados a comprobar más directamente la racionalidad de las decisiones judiciales (*e.g.* los recursos). Así, es preciso que este control interno sea instaurado respecto de los tribunales superiores para que resuelvan con mayor acierto si conocen las razones que sustentan la decisión; en similar sentido, debe instaurarse respecto de las partes implicadas en el proceso para las cuales su conocimiento permite la articulación de eventuales recursos o el convencimiento acerca de su corrección (Gascón Abellán, 2004, pp. 201/202).

Como se anticipó, la satisfacción de estos fines condiciona el concepto de motivación que se adopte. A esos efectos, propondré ciertas distinciones comúnmente consideradas para desambiguarlo y luego tomaré aquellas que cumplen de mejor modo los objetivos citados a fin de identificar el concepto de motivación del enunciado probatorio de la premisa fáctica.

Pero antes de trazar esas líneas argumentales, preliminarmente, téngase en cuenta que la motivación es una noción relacional. Esto quiere decir que, al menos, esa expresión “designa una cierta relación entre algún componente de un conjunto de “razones” (cuya naturaleza general puede quedar abierta) y algún componente de otro conjunto compuesto por aquello que hay que

¹⁶ Ello ha sido destacado frente a la tendencia legislativa de receptar la motivación como una exigencia técnica que habilita a las partes al ejercicio de una eventual impugnación, Andrés, 1992, p. 257.

¹⁷ Al respecto, Ferrer Beltrán afirma que a través de esta función “se pretende ofrecer una explicación a la sociedad de la justicia que se imparte en los tribunales”. Esta consideración, aduce, se sitúa “en un contexto más amplio en el que se afirma la necesidad de “democratizar” la administración de justicia”. En ese marco, expone que en ese contexto se trata de acercar la administración de justicia a la ciudadanía para explicar y/o convencer a la sociedad de las decisiones adoptadas. El autor también observa que para esta concepción “la motivación tiene una función explicativa (en cuyo caso no se trataría de un discurso justificatorio) o persuasiva”. En este último caso, advierte que “no parece que esté vinculado necesariamente a la verdad respecto de los hechos o a la aplicabilidad de las normas utilizadas por el juez, sino más bien, por ejemplo, con la capacidad de hacer coincidir la decisión con alguna preferencia dominante en la sociedad”. El jurista admite que este objetivo no está vinculado necesariamente a la averiguación de la verdad sobre los hechos y a la aplicación de reglas generales previas. Pero, a su criterio, esto no resulta *incompatible* con ellas, a pesar que no es claro cómo puede formularse al mismo tiempo un discurso justificativo y explicativo de la motivación de las decisiones judiciales, 2011, p. 97.

¹⁸ Ello sin perjuicio de que en una versión moderna de publicidad no solo se requiere que esas razones se expongan abiertamente –esto es, que no sean secretas– sino que sean reconocibles –y controlables– por las partes y por los demás ciudadanos como razones comunes (Accatino, 2015, p. 66).

justificar (acciones, normas, deseos, creencias o proposiciones)” (Caracciolo, 2009, p. 42; 2013, p. 21). Se trata de la relación que puede ser denominada “ser razón de o ser razón para” (Caracciolo, 2009, p. 42).

Entre ese conjunto de razones a que se refiere la motivación, se distinguen “razones” o motivos explicativos y razones justificativas. En cualquier caso, como la motivación se predica de la decisión judicial, y esta expresión es también ambigua, vale diferenciar entre individualizar los motivos explicativos para la actividad o el proceso de decidir judicialmente, u ofrecer razones para el resultado o producto de esa actividad decisoria. Lo mismo cabe señalar de las razones justificativas, esto es, pueden ofrecerse razones justificativas para la decisión judicial como actividad o como resultado de esa actividad. Finalmente, estas razones pueden o no estar explicitadas en la sentencia. Según esta distinción, en todos los sentidos indicados, es posible tener razones explicativas o justificativas, del acto o del resultado y no expresarlas.

Dicho esto, para la demarcación de la connotación o intensión del concepto de motivación desde una perspectiva normativa, revisaré estas distinciones una a una según cada criterio clasificatorio. Así, me detendré, en primer lugar, sobre qué tipo de razones, explicativas o justificativas, satisfacen mejor los objetivos planteados. Seguidamente, presentaré las otras distinciones para luego combinarlas en su versión más eficaz en orden a los fines expuestos a efectos de integrar el concepto de motivación del enunciado probatorio.

El concepto de motivación caracterizado como el conjunto de razones explicativas de la decisión judicial es posible correlacionarlo con la concepción psicologista de la motivación. Según ella, la motivación se identifica “con la expresión lingüística de los motivos [psicológicos] que han llevado a una decisión” (Ferrer Beltrán, 2011, p. 89). Sustancialmente, identificar los motivos significa dar cuenta de los mecanismos causales en la toma de decisiones, esto es, individualizar cuáles son las causas que llevaron al juzgador a tomar su decisión. Esto importa, a su vez, individualizar el *iter* mental de la decisión. Estos enunciados son del tipo descriptivos y, por ello, susceptibles de verdad o falsedad¹⁹. Bajo esta concepción, por ejemplo, un juez justificaría un enunciado de la decisión judicial acerca del derecho o de los hechos que considera probados, si

¹⁹ Bajo esta concepción, aunque no exclusivamente, se enmarcan los postulados del realismo jurídico anglosajón. A esta corriente de pensamiento, grosso modo, le interesa lo que el derecho *es* y no lo que *debe ser*. En ese marco, su objeto de estudio son los mecanismos causales que influyen en la toma de decisiones. Estos mecanismos pueden integrarse por diversos factores personales, culturales, económicos o sociales. Para esta corriente las normas juegan un rol secundario en este ámbito y, más bien, sintoniza su atención en revisar esos factores (Ferrer Beltrán, 2011, pp. 89/90). Para un desarrollo de estas ideas ver Schauer, 2009, p. 124 y ss.

de esa decisión dependiera mejorar su imagen social o institucional, o así lo hiciera por una experiencia personal previa o, incluso, por no considerar ciertos elementos de prueba por pereza, entre montones de factores causales posibles.

Sin embargo, como tales, estas “razones”, o más bien estos motivos, no son capaces de justificar la decisión judicial en tanto pertenecen al ámbito de lo normativo. Así, no es posible fundar una conclusión normativa, como es la norma individual de la decisión judicial, en un conjunto de premisas descriptivas como las expuestas. Además, adoptar una concepción como esta no tiene sentido visto los objetivos explicitados. Ello no quiere decir que las decisiones judiciales no admitan explicaciones causales. Pero estas explicaciones son irrelevantes para entender el significado de justificación que aquí interesa. De esta manera, no tendría ningún sentido el objetivo de permitir el control por parte de tribunales superiores de la correcta aplicación del derecho, si analizaran a las decisiones judiciales en función de sus causas. Si así fuera, este podría revocarla si discrepa con ella siendo innecesario analizar la motivación del tribunal inferior (Ferrer Beltrán, 2011, pp. 90/91, nota 6; 2017, p. 3).

Además, los factores causales de nuestras creencias, al menos parcialmente, son inaccesibles o serán siempre incompletos, lo que es más evidente en un tribunal colegiado o en un jurado (Ferrer Beltrán, 2011, p. 91; Gascón Abellán, 2004, p. 212).

Entonces, dados los fines que nos interesa observar, el concepto de motivación se correlaciona con el de dar razones justificativas de la decisión judicial. Bajo esas ideas, es posible identificarlo con una concepción racionalista de la motivación en tanto entiende la motivación como justificación y, por ello, una decisión motivada es una decisión que cuenta con razones que la justifican (Ferrer Beltrán, 2011, p. 89).

En cuanto el segundo criterio de distinción, por ahora, baste adelantar que al motivar se pueden dar razones justificativas sobre el acto de emitir la decisión judicial, lo que califica a la motivación como actividad o proceso. Esas razones se vinculan con “el cumplimiento o incumplimiento de las normas que regulan el acto”, esto es, con normas procesales (Ferrer Beltrán, 2011, p. 104; Caracciolo, 2009, p. 44). De esta manera, se advierte que “la decisión judicial, en el sentido del acto de adoptar una determinada resolución, estará justificada si su realización está permitida o es obligatoria según las normas que regulan esa actuación” (Ferrer Beltrán, 2011, p. 104).

Por su parte, motivar la decisión judicial en cuanto resultado o producto de ese acto supone dar razones sobre la norma individual. A diferencia de la motivación como actividad, una decisión judicial como norma “estará justificada si, y sólo si, se deriva de las premisas del razonamiento y las premisas fácticas son *verdaderas*” (Ferrer Beltrán, 2011, p. 104, la cursiva me pertenece).

En orden a la tercera distinción presentada, se precisa que la justificación de una decisión judicial como acto o como resultado, posee una relación con sus razones; así, no tiene sentido decir que está justificada esa decisión si no se mencionan las razones por las cuales se postula esa relación. Pero se aclara que la relación es independiente de su formulación, es decir, puede existir, aunque no se la exprese (Caracciolo, 2009, p. 44). De tal modo, la motivación puede significar, uno, que una decisión se encuentra justificada si hay razones suficientes que la funden; o, dos, que se la considera justificada cuando esas razones han sido explícita y analíticamente formuladas en la sentencia. Ello importa discernir en derecho entre tener razones por oposición a dar razones (Schauer, 2009, p. 175).

Todas estas distinciones, esto es, razones justificativas del acto o del resultado, explicitadas o no, pueden vincularse con los aspectos que comprende una fórmula suficientemente aceptada en la teoría del derecho relativa a la justificación de las decisiones judiciales. A través de ella, se diferencia entre justificación interna y justificación externa (Wróblewski, 2013, p. 52).

Conforme esta fórmula, la motivación de la decisión exige que se encuentre *internamente* justificada mediante el diseño silogístico que resulta de consignar la premisa mayor (o normativa) integrada por la norma jurídica general o abstracta; luego la premisa menor (o fáctica) identificada con el enunciado descriptivo del hecho; y, finalmente, la conclusión expresada a través de una norma individual que se traduce en la deducción de tales premisas. De acuerdo a este esquema, la conclusión se deriva lógicamente de sus premisas. Sin embargo, como se reconoce, la justificación interna resulta insuficiente, lo cual lleva a requerir además que se justifiquen *externamente* sus premisas normativa y fáctica.

En ese sentido, la justificación externa de la premisa normativa depende en gran medida de la teoría del derecho que se siga. Pero en líneas generales, exige, con distinto alcance, identificar las disposiciones normativas que integran el sistema normativo bajo análisis; también se justificará externamente esta premisa cuando se argumente a favor o en contra de atribuirles significado a

esas disposiciones a fin de precisar normas jurídicas; puede involucrar, a su vez, resolver lagunas normativas o axiológicas o disolver conflictos entre normas, entre otros problemas²⁰.

La justificación externa de la premisa fáctica, en cambio, supone argumentar sobre enunciados calificatorios y enunciados probatorios²¹. Brevemente, la argumentación sobre los primeros consiste en explicitar el porqué un enunciado fáctico sostenido como existente en el caso individual es un supuesto del caso genérico contenido en la norma. Estas razones importan la resolución de problemas estrictamente interpretativos (González Lagier, 2003a; Dei Vecchi, 2018, pp. 14/15)²².

En cuanto a los enunciados probatorios, la justificación externa de la premisa fáctica (*e.g.* p) consiste en dar razones justificatorias a favor de la verdad del enunciado que esa premisa contiene. Las distinciones hechas en torno a la motivación (*i.e.* como actividad o producto, explicitadas o no) se proyectan de diferente modo según cuál sea el contenido que de esta justificación se acepte. Esta aceptación, a su vez, dependerá de la satisfacción de los fines para los cuales han sido dispuestas.

En este orden de ideas, vale apuntar que en nuestra cultura jurídica se observaba que en la doctrina procesal gobernó durante largo tiempo la idea que dar por probado un enunciado sobre los hechos significaba adscribir a una concepción subjetiva o persuasiva de la prueba. Según ella, el contenido del enunciado “está probado que *p*” se vincula con la creencia, la convicción, el convencimiento o la certeza que sobre él posee el juez (Ferrer Beltrán, 2005, 80/82). Así, se predicaba el principio de libre valoración de la prueba (o de la “íntima convicción”) “no en su sentido originario, esto es, como ausencia de reglas de prueba legal o tasada que predeterminen el resultado probatorio de forma vinculante para el juez, sino lisa y llanamente como ausencia de cualquier clase de criterios de control del razonamiento judicial sobre los hechos” (Bayón, 2009, p. 17)²³.

Sobre esta línea de ideas, Ferrer Beltrán refiere que constituyen “una curiosa combinación de formalismo respecto de las normas y escepticismo respecto de las posibilidades de alcanzar conocimiento de los hechos mediante la prueba en el proceso judicial”. Acorde con ello, se

Sobre esta materia son señeros los trabajos de Alchourrón y Bulygin, 1998; Guastini, 2012; Atienza, 2005; Martínez Zorrilla, 2007.

²¹ Sobre la ambigüedad de la expresión enunciados probatorios ver nota 12.

²² Para comprender esta noción también es interesante aquí la distinción formulada por Alchourrón y Bulygin entre subsunción genérica y subsunción individual, 1992, pp. 308/309. Al analizar el uso de los conceptos institucionales, Ferrer Beltrán puntualiza que no todo es susceptible de calificación jurídica, 2016, pp. 118/119.

²³ Sobre la concepción epistemológica que subyace a esta teoría y su crítica, véase González Lagier, 2003b, p. 41.

afirma que el objetivo de la prueba en el proceso judicial consiste en convencer al juez sobre la verdad de los hechos que se afirman existieron en la realidad (2011, p. 91).

Si bajo esta concepción “está probado que p” significa que el juez cree que p, entonces, la *motivación* de ese enunciado depende, otra vez, de la explicación de esa creencia. Así, *motivar* el enunciado probatorio puede requerir –o no- explicitar qué llevó al juez a creer que p. En cualquier caso, al igual que la concepción psicologista de la motivación, resulta un tanto inaccesible para el juez, y complejo para un tribunal o jurado, explicar las causas de su convencimiento o del *iter* mental que lo llevó a tomar la decisión sobre ese enunciado (Ferrer Beltrán, 2011, pp. 92/93)²⁴.

Por lo demás, en una concepción psicologista o persuasiva de la prueba no tiene sentido asumir que el objetivo de la motivación es posibilitar el control interno. Con ello, los recursos en contra del enunciado probatorio serían irrelevantes pues, como se dijo antes, el tribunal de segunda instancia podría simplemente discrepar alegando un convencimiento distinto.

De este modo, adoptar este concepto de motivación no satisface los fines de control racional de los argumentos probatorios que justifican el enunciado probatorio que sostiene, a su vez, el enunciado fáctico afirmado en la premisa fáctica. Así las cosas, la respuesta al requerimiento de obtener una motivación de dicho enunciado que permitiera su control intersubjetivo vino de la mano de la tradición racionalista de la prueba. Esto tiene sentido vistos sus presupuestos según se detallan seguidamente.

Esta tradición desarrolla reglas y principios que tienden a optimizar la búsqueda de la verdad en el proceso judicial (Ferrer, 2002, 34 y ss.; 2007, 25)²⁵. Bajo ese objetivo institucional, *grosso modo*, la justificación externa del enunciado fáctico (*e.g.* p) significa demostrar que lo allí formulado ocurrió realmente en el mundo. Este objetivo, entonces, va atado al concepto de la verdad por correspondencia de Tarski (v. Ferrajoli, 2009, p. 48), según el cual un enunciado verdadero es aquel que refleja la realidad, se corresponde con el mundo (González Lagier, 2018a, p. 23)²⁶. Este objetivo institucional no debe confundirse con la tesis que sostiene que el

²⁴ Pero, además, decidir sobre el enunciado probatorio requiere acudir no solo a razones epistémicas sino también a razones normativas relativas a la definición de los niveles de suficiencia probatoria.

²⁵ Este objetivo tiene sentido en tanto media una relación con el derecho o el sistema jurídico como mecanismo de disuasión de conductas. Ello se observa en la medida en que si no existiera este vínculo entre las conductas de cada uno de los miembros de la sociedad y la probabilidad de ser sancionado, no hay tampoco razón alguna para comportarse de acuerdo con lo establecido por las normas jurídicas, v. Ferrer Beltrán, 2007, pp. 29/32.

²⁶ En estos enunciados la dirección de ajuste es de las palabras al mundo, pues lo que se pretende es que es que las palabras se ajusten al mundo, González Lagier, 2018a, p. 23.

enunciado fáctico (*e.g.* p) contenido en la premisa fáctica *es* verdadero, *i.e.*, se corresponde efectivamente con lo ocurrido en el mundo²⁷. Ello en la medida que la búsqueda de la verdad funciona como objetivo institucional²⁸ y no como condición necesaria de dicho enunciado.

Dicho esto, cabe fijar cuál es el alcance del enunciado probatorio que emiten los decisores al referir “está probado que p ”. Esta tarea exige distinguir definiciones acerca de su significado, de la fuerza de su enunciado y de la actitud proposicional que presenta el juez o jueza, tribunal o jurado al pronunciarlo. Estos aspectos no son pacíficos en la teoría siendo que las tesis que se sigan en cada uno de ellos incidirán en la consideración del contenido de su justificación externa. Sin embargo, tomaremos como marco aquellas suficientemente aceptadas sobre cada una de estas cuestiones.

En primer lugar, el enunciado probatorio “está probado que p ” significa «hay elementos de juicio suficientes en favor de la aceptación de p como verdadera» (Ferrer Beltrán, 2005, p. 35 y ss.; 2007, p. 19). A su vez, tiene fuerza descriptiva en tanto su verdad o falsedad depende de que efectivamente existan en el proceso elementos de juicio suficientes en favor de p (Ferre Beltrán, 2005, p. 73 y ss.)²⁹. Por último, el estado mental del decisor en relación al enunciado fáctico p al afirmar que «está probado que p » es el de aceptación de la proposición como si fuera verdadera independientemente de su creencia en ella (Ferrer Beltrán, 2005, p. 90 y ss.).

Por su parte, todas estas tesis presuponen que entre el enunciado fáctico y la prueba existe una relación de probabilidad o aproximación (Cohen, 1977, p. 121; González Lagier, 2003b, pp. 36/39; Gascón Abellán, 2004, pp. 13 y ss., 118/9, 217; Ferrer Beltrán, 2007, p. 91). Así ningún conjunto de elementos probatorios posibles asegura la verdad sin más del enunciado. La tarea de probar hechos pasados coloca a quienes los juzgan en un contexto de incertidumbre insuprimible. A su vez, en el marco de un proceso judicial³⁰, las probabilidades de acierto de la decisión judicial sobre los hechos del caso también se reduce dadas ciertas reglas sobre la prueba³¹ y vista

²⁷ En contra por las paradojas que lleva esta afirmación, Caracciolo, 2013.

²⁸ Si bien es el objetivo fundamental de la actividad probatoria, no excluye otros, Ferrer Beltrán, 2007, p. 31 y ss.

²⁹ Una crítica a esta tesis pragmática acerca de la fuerza ilocucionaria de la preferencia de enunciados probatorios en Dei Vecchi, 2018, p. 31 y ss.

³⁰ Sobre los condicionamientos a las posibilidades de acercamiento a la verdad de los hechos evaluados, resultan propios del marco en el cual el juez toma su decisión véase Gascón Abellán, 2004, pp. 118/223.

³¹ Estas reglas dependen del sentido que se asigne a la expresión prueba. Una distinción ya clásica es entender a la prueba como medio, actividad o resultado (Taruffo, 2005, p. 447/451; Gascón Abellán, 2004, pp. 84/85; Ferrer Beltrán, 2005, pp. 39/43). Ferrer Beltrán identifica tres tipos de reglas sobre la prueba de acuerdo a esos diferentes significados. Al respecto, apunta en qué medida ellas pueden favorecer o no la averiguación de la verdad, 2005, p. 40/48; 2007, 35/36.

la limitación temporal que impone la resolución institucionalizada del conflicto en un lapso determinado (Alchourrón y Bulygin, 1991, pp. 312/312; Ferrer Beltrán, 2007, pp. 36/38).

Una vez que son despejados estos condicionamientos, la corrección del enunciado probatorio en función de la valoración de las pruebas recabadas en el proceso exige acudir a criterios metodológicos de racionalidad epistémica³². Estos criterios remiten a una noción de probabilidad que proporcione un esquema de razonamiento que ofrezca a los jueces “una metodología de valoración de la prueba que sea la más adecuada para conseguir el objetivo declarado de averiguación de la verdad a partir de los elementos disponibles en el proceso” (Ferrer Beltrán, 2007, p. 97).

En ese sentido, se coincide en que el concepto de probabilidad inductiva es la opción adecuada a esos efectos³³. Esto porque

“... nos habilita para atribuir grados de corroboración o probabilidad inductiva a una hipótesis sobre los hechos. La evaluación de las distintas hipótesis plausibles [*i.e.* excluidas las hipótesis *ad hoc*³⁴] imaginables (o de las efectivamente planteadas por las partes en el proceso), de las predicciones que permiten formular, la constatación del cumplimiento o incumplimiento de esas predicciones, etc., posibilita al juez la determinación de la probabilidad de que una hipótesis sea verdadera dados los elementos de juicio disponibles” (Ferrer Beltrán, 2007, p. 139).

El razonamiento probatorio adaptado a esta noción de probabilidad puede ser estructurado, a su vez, en base a un modelo holista que, *grosso modo*, atiende a criterios de coherencia en la definición de la mejor hipótesis probada, o a un modelo atomista que destaca especialmente el análisis de la fiabilidad de las inferencias probatorias o los datos probatorios particulares que sustentan dicho razonamiento (Accatino, 2014, pp. 41/45). No interesa aquí zanjar las disputas

³² Las disposiciones jurídicas y la jurisprudencia, al menos discursivamente, sostienen como método de valoración de la prueba al sistema de libre convicción o sana crítica racional. Este sistema en general se distingue de los sistemas de prueba legal e íntima convicción. Sin embargo, en función del contenido que se le asigna, se advierte que su *real* adopción como sistema de valoración en un sistema jurídico concreto puede depender de cierta investigación empírica, conf. Dei Vecchi, 2018, pp. 47/48; en similar sentido, González Lagier señala que “un sistema de valoración sea de libre valoración o de prueba tasada es una cuestión de grado”, 2018b, p. 4.

³³ *Grosso modo*, se distingue entre el concepto de probabilidad frecuentista o estadística, probabilidad lógica o inductiva o probabilidad subjetiva o bayesiana. Sobre el alcance y críticas a estas nociones ver Ferrer Beltrán, 2007, pp. 93 y ss.; para una síntesis de las objeciones más comunes a la probabilidad bayesiana, v. Accatino, 2014, pp. 25/26.

³⁴ Las hipótesis *ad hoc* son aquellas que no pueden ser consideradas en tanto ellas mismas no son empíricamente contrastables. Así se dice que para cualquier conjunto de datos es posible construir a posteriori una hipótesis que los abarque. El caso más claro en los procesos penales es la defensa a través de la hipótesis del complot contra el acusado, v. Ferrer Beltrán, 2007, p. 149.

que existen entre ambos modelos, ni tratarla en detalle³⁵. Sin embargo, de ambas opciones, la atomista resulta más coherente con la idea de que la valoración en conjunto de todas las pruebas disponibles presupone la *debida* consideración de cada una de ellas en particular (Ferrer Beltrán, 2007, pp. 56/57).

Entonces, si se admite en el contexto de valoración de la prueba la evaluación de la fiabilidad de cada inferencia probatoria o indicio, resulta útil a esos fines el esquema de los argumentos propuesto por Toulmin (1958)³⁶. Ello en la medida que permite estructurar las premisas del razonamiento probatorio y revisar su contenido. De este modo, un argumento o varios dentro del razonamiento probatorio consiste en que el elemento de juicio o dato probatorio se vincula con el hecho a probar o pretensión mediante un enlace o sustento empírico (*i.e.*, aquel que se identifica con reglas de experiencia basadas en el conocimiento científico o en el *sentido común*)³⁷. Dicho enlace o sustento se apoya en determinado respaldo o fundamento, el cual según su clase puede consistir “en casos anteriores, experiencias propiamente dichas de las que se infiere la máxima de experiencia, etc...” (González Lagier, 2003b, p. 36).

Bajo esas ideas, entonces, es posible señalar que “la valoración de las pruebas consiste en determinar el grado de probabilidad inductiva con el que la hipótesis-conclusión se sigue de las premisas (esto es, de los elementos de juicio y de las máximas de experiencia)” (González Lagier, 2018b, p. 4). En ese sentido es preciso contar con criterios racionales para determinar la solidez de las premisas del razonamiento (*i.e.* elementos de juicio y máximas de experiencia) y de los grados de corroboración que presenta una o varias hipótesis plausibles³⁸. Estos criterios instrumentan la evaluación del grado de corroboración de estas hipótesis³⁹.

³⁵ Accatino reconstruye esta discusión identificando diferentes sentidos sobre los cuales es posible afirmar, según cada modelo, que se tiene “una concepción (o un conjunto de tesis acerca) del razonamiento probatorio”. Para ello entiende que debe distinguirse entre los momentos del razonamiento probatorio, sus perspectivas (*i.e.* descriptivas o normativas) y si a través de él se trata del objeto de la prueba (*probandum*) o de razones probatorias (*probans*).

³⁶ El uso del esquema argumental de Toulmin ha llevado a un refinamiento de las expresiones según las cuáles este se compone. En este texto me referiré a ellas respectivamente como elementos de juicio o datos (*grounds*), hechos a probar o pretensión (*claim*), enlace o sustento (*warrant*) y respaldo o fundamento (*backing*), González Lagier, 2003b, pp. 35/36; 2018b, pp. 2/3; Dei Vecchi, 2018, pp. 78/79.

³⁷ González Lagier identifica otros tipos de enlaces, uno normativo (*i.e.* las presunciones de fuente legal o jurisprudencial) y otro conceptual (*i.e.* el que depende de una definición o relación conceptual). Ambos se dejan de lado aquí pues, en definitiva, las inferencias probatorias empíricas son lógicamente prioritarias ya que no es posible realizar este tipo de inferencia sin probar que se ha dado el hecho base de la presunción o de la definición (2018b, p. 3).

³⁸ Téngase presente que se acepta como un principio epistemológico indiscutible que cuanto más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión. Esta idea a partir de las distinciones de Keynes entre aumento de probabilidad de acierto en la decisión y aumento de la probabilidad de la

Sin perjuicio de lo expuesto, la definición de que una hipótesis que posee un grado mayor de confirmación entre otras, no condiciona la decisión acerca de la satisfacción del umbral de suficiencia probatoria (*i.e.* del estándar de prueba). A esos efectos, se señala que la fijación del estándar de prueba constituye una decisión que responde a criterios políticos o morales estimados mayormente por la jurisprudencia. Al respecto, se afirma que

“la determinación del nivel de exigencia probatoria del estándar de prueba no incide sobre la disminución de errores, sino sobre su distribución entre las partes, de modo que la razón principal para determinar el grado de exigencia probatoria en el que situaremos el estándar de prueba tiene que ver con la distribución del riesgo del error (falsas condenas y falsas absoluciones) que estimamos aceptable, lo que supone claramente una decisión político-moral” (Ferrer Beltrán, 2018b, p. 9; Dei Vecchi, 2018, pp. 53/54).

Hasta aquí consideré que la motivación de la decisión judicial importa ofrecer razones justificatorias que la funden. De allí que la concepción psicologista de la motivación y de la prueba no satisfacen ese presupuesto en tanto se basan en razones explicativas. A su vez, dentro del esquema justificación interna-externa, se considera que en el marco de la premisa fáctica se justifica externamente el enunciado probatorio en razón de la teoría racional de la prueba presentada sintéticamente. Sin embargo, estas distinciones todavía son insuficientes para dar cuenta de si los objetivos planteados son satisfechos. A esos efectos, es necesario integrarlas con los otros dos criterios clasificatorios de la motivación.

En primer lugar, la decisión relativa al enunciado probatorio puede referir al acto de emitirlo o al resultado de esa emisión. Así, la motivación como actividad (*i.e.* la que justifica la decisión de emitir el enunciado probatorio) se identifica con la justificación externa del tramo de la premisa fáctica relativo al enunciado probatorio. Ello en la medida que las normas que regulan la actividad del juez exigen determinar “si existen en el expediente judicial elementos de juicio suficientes a su favor que atribuyen a la hipótesis sobre los hechos un grado de probabilidad inductiva que supere el estándar de prueba previsto para ese tipo de casos” (Ferrer Beltrán, 2011, p. 105).

Por su parte, la decisión como resultado hace referencia a que el enunciado probatorio sea verdadero. Por ello su motivación consistirá en dar razones que justifiquen esa verdad. De esta

hipótesis de los hechos a probar. Brevemente, la mayor cantidad de prueba relevante puede o no confirmar la hipótesis, pero favorecerá al acierto en la decisión (Ferrer, 2007, p. 68).

³⁹ Para una síntesis de estos criterios ver González Lagier, 2018b, p. 5. Allí se detalla que la confrontación y verificación de las hipótesis dependen del grado de satisfacción de los criterios que comúnmente se aceptan a esos efectos. Esa satisfacción es gradual en una doble dirección de ajuste: una relativa a la cantidad de criterios que sean satisfechos y la otra vinculada al grado en que cada criterio es cumplimentado, 2018, pp. 6/7.

manera, la motivación como resultado es, por un lado, independiente del contenido de la motivación como actividad⁴⁰, pero también impracticable por el propio tribunal dado que no puede alcanzar certezas absolutas sobre la verdad. En el mismo sentido, resulta improbable por las partes o por el tribunal que, en su caso, revise esa decisión. Sumado a que, por las mismas razones, no es posible procurar excluir su arbitrariedad.

En función de ello, es claro que el concepto de motivación como actividad satisface los objetivos antes expuestos en la medida que da un marco de razonabilidad de la justificación del enunciado probatorio. Además, permite a las partes y al tribunal revisor recurrir a criterios de corrección de las razones probatorias utilizadas en el razonamiento que le da sustento.

Finalmente, aun cuando el tribunal elabore una motivación de acuerdo a estos criterios de corrección es indispensable que ella sea *explicitada* para posibilitar su control interno y externo.

En suma, en este apartado, se individualizaron los fines que la motivación de las decisiones judiciales está llamada a solventar. Estos consisten en reducir la arbitrariedad de las decisiones judiciales y facilitar el control interno y externo de esas decisiones dentro del proceso. Bajo esos objetivos, el concepto de motivación de la premisa fáctica, particularmente, del enunciado probatorio que la sustenta, se identifica con aquel que diera razones no explicativas o psicológicas (*i.e.*, referidas al *iter* mental del juez) sino relativas a la teoría racional de la prueba; además, tiene sentido examinar el concepto de motivación de ese tramo de la decisión como actividad, en la medida que se expliciten las razones probatorias que justifiquen su emisión.

2. La decisión de los jurados sobre los *hechos* y su motivación según la CorteIDH

En el punto anterior, se precisó el concepto de motivación del enunciado probatorio contenido en la premisa fáctica en función de los fines allí especificados. Sin embargo, a pesar de los importantes trabajos teóricos sobre los cuales se asientan las distinciones allí trazadas, la práctica de los tribunales no parece haberse hecho eco suficiente de ellos. Esto no resulta irrelevante pues esta disociación reporta una merma en la reducción de arbitrariedad a la que aquellos están compelidos bajo la obligación de motivar sus fallos.

Un ejemplo paradigmático de esto resulta el fallo dictado por la CorteIDH en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, resuelto recientemente el 8/03/2018. No solo paradigmático sino

⁴⁰ Sobre las paradojas a que llevan estas distinciones, Caracciolo, 2013, pp. 32/34. Acerca de la respuesta formuladas en torno a ellas v. Dei Vecchi, 2018, pp. 20/21.

también de sumo interés siendo ampliamente reconocido que la jurisprudencia de este organismo, y más allá de la discusión acerca de la vinculatoriedad de sus fallos (Rossetti, 2009; Hitters, 2008), influye en la jurisprudencia del resto de los tribunales de la región.

En efecto, la CorteIDH sometió a su escrutinio y resolvió sobre la denuncia de violación de diversos derechos reconocidos por la CADH⁴¹. En ese contexto, examinó si, en el país demandado, el modelo de juicio por jurado vigente en ese entonces satisfacía o no la garantía del debido proceso. En esa tarea, evaluó si el veredicto dictado en el marco de dicho modelo cumplía con el deber de motivar las decisiones judiciales; deber que entiende se infiere de la citada garantía. En particular, la CorteIDH puso atención en la debida fundamentación de la premisa fáctica, la que, conforme a dicho modelo, era de competencia exclusiva de los jurados.

En lo que sigue, se puntualizan los principales argumentos sostenidos sobre estos aspectos a fin de revisar la corrección de la solución propiciada frente al marco teórico antes expuesto⁴².

En primer lugar, la CorteIDH definió como debido proceso al “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos”. A su criterio, el art. 8 de la CADH prevé “un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar 'las debidas garantías' que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso” (párr. 217).

La CorteIDH advirtió que para satisfacer estos preceptos no cabe la elección de un tipo de proceso en particular. En ese sentido, los Estados tienen competencia para regular el que

⁴¹ El caso sometido a la Corte a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “se refiere a la alegada responsabilidad internacional del Estado de Nicaragua por la supuesta falta de respuesta estatal frente a la violación sexual cometida por un actor no estatal contra una niña, quien al momento de los hechos tenía ocho años de edad y afirmó que el responsable sería su padre, así como las alegadas afectaciones a los derechos a la integridad personal, a la dignidad, vida privada y autonomía, a la igualdad y no discriminación y a la protección especial como niña, particularmente por el alegado incumplimiento del deber de investigar con la debida diligencia, en un plazo razonable y de manera acorde con una perspectiva de género y los deberes estatales reforzados derivados de la condición de niña de la víctima, toda vez que ésta habría sido gravemente revictimizada con un impacto severo en su integridad psíquica y en la de su madre y hermanos” (párr. 1).

⁴² Cabe aclarar que en este supuesto las denunciadas ante la Corte eran las víctimas. Ellas denunciaban el incumplimiento de tales garantías frente a la absolución dictada por el jurado a favor del imputado. Al respecto, la Corte estimó que su contenido se extiende tanto a las damnificadas en casos como éste y a los imputados condenados. Así, se sostiene que “las “debidas garantías” del artículo 8.1 de la Convención amparan el derecho a un debido proceso del imputado y, en casos como el presente, también salvaguardan los derechos de acceso a la justicia de la víctima de un delito o de sus familiares y a conocer la verdad de los familiares” (párr. 218). De allí que vale predicar iguales consideraciones respecto de la extensión de esta garantía y la evaluación de su cumplimiento en el modelo de juicio por jurados tanto si estos dispusieran la absolución cuanto la condena de los acusados.

consideren preferible en la medida que respeten “las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y las disposiciones imperativas de derecho internacional” (párr. 219)⁴³.

La CorteIDH expuso que a nivel regional los Estados han adoptado progresivamente en sus diseños procesales la institución del jurado como modo de juzgamiento de ciertos casos penales⁴⁴. Advirtió que los orígenes y los motivos de cada sistema jurídico que la prevé responden a sus respectivos desarrollos históricos, sociales y culturales. Destacó que su incorporación se asentó en el “valor asignado a la participación popular en la administración de justicia como opción política judicial” (párr. 222)⁴⁵.

En este marco, observó que la ausencia de disposición convencional que obligue a los Estados a regular un modelo particular de proceso, no significa que la opción elegida no deba satisfacer las garantías judiciales, como el deber de motivar las decisiones judiciales (párr. 224).

En este punto, la CorteIDH define la motivación y sus fines. Sobre la motivación, señala que “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” (párr. 254). Sobre lo segundo, a nivel general, apunta que la motivación persigue los siguientes fines: a. obtener una correcta administración de justicia y a evitar la emisión de decisiones arbitrarias; b. otorgar credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática y demostrar a las partes que éstas han sido oídas; c. proporcionar la posibilidad, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores; d. garantizar el derecho de defensa, aunque no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión (párr. 254).

En el ámbito penal, en términos de la Corte, el deber de motivar (además de los fines expuestos) permite asegurar la presunción de inocencia. Esto porque quien se ve sometido al poder penal del Estado puede “comprender las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar

⁴³ En rigor, la Corte solo tiene competencia en la medida de la Convención y no puede exigir a los Estados que satisfagan todas las distintas fuentes normativas que enuncia.

⁴⁴ Enunció que 21 de los 35 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) prevén el juicio por jurados, en su mayoría, en la versión clásica, que caracterizó como aquella que los legos y los jueces técnicos presentan funciones diferentes. Los primeros deliberan y emiten un veredicto de culpabilidad o inocencia y los segundos determinan la sentencia aplicable en caso que el jurado encuentre al acusado culpable.

⁴⁵ Así, se dijo que “[E]l juicio por jurados se ha concebido, además, como una forma de devolver a la sociedad la confianza en el sistema judicial, como forma de democratización y acercamiento de la impartición de justicia a la comunidad, otorgándole a ésta un rol fundamental en aquellos delitos sensibles al orden público” (párr. 222).

cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria”. Este estado de cosas, afirmó, habilita a “desvirtuar la presunción de inocencia y determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda razonable, así como posibilitar el ejercicio de la defensa a través de la facultad de recurrir el fallo condenatorio” (párr. 254).

Bajo estos presupuestos, la CorteIDH rechazó que el veredicto –absolutorio o condenatorio– inmotivado viole el citado deber de motivación. Esto por lo siguiente: a. las particularidades de la institución del jurado deben ser evaluadas según el contexto histórico, social y cultural en el que se desarrolla; b. histórica y tradicionalmente el veredicto del jurado en un sentido clásico no exigía una motivación o exteriorización de la fundamentación, pues la apreciación de la prueba se basaba en la íntima convicción; c. la falta de exteriorización de fundamentos no viola la garantía, pues estos existen aunque no se expresen; d. el veredicto permite –o debe permitir– a quien lo valora una reconstrucción del curso lógico a partir de las pruebas y el debate producido en la audiencia; e. será arbitrario el veredicto que no pueda ser reconstruido conforme pautas racionales; e. existen garantías de interdicción de arbitrariedad que acompañan el veredicto.

Entre estas garantías se enuncian: las instrucciones judiciales al jurado, el cuestionario con los aspectos a resolver cuyas respuestas son elaboradas por escrito, la posibilidad del juez técnico de anular el veredicto cuando fuere manifiestamente contrario a las pruebas producidas en el debate, la facultad de recusar de los jurados con y sin expresión de causa, la posibilidad de las partes o del juez, luego del veredicto, de indagar a los jurados individualmente sobre la efectiva existencia de unanimidad en la decisión; la instrucción de cursos de capacitación optativos que facilitan la promoción del conocimiento y el adecuado cumplimiento de la función.

Además, sobre el punto b, antes enunciado, la CorteIDH resaltó que el sistema de la íntima convicción no vulnera el derecho a un juicio justo. Esto siempre que del conjunto de actuaciones procesales, la persona interesada –en este caso la condenada– pueda entender las razones de la decisión (párr. 261).

En cuanto a la ausencia de explicitación de las razones, la CorteIDH señaló que la libre valoración que hace el jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, solo que no lo expresa. Así, afirma que

“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, o sea, en un primer paso

delimita las pruebas que tendrá en cuenta (heurística); a continuación valora si esas pruebas no son materialmente falsas (crítica externa); luego valora la verosimilitud del contenido de las pruebas (crítica interna) y, finalmente, llega a la síntesis. Quien valora el veredicto de un jurado, necesariamente debe reconstruir este camino, no bastando para descartarlo cualquier criterio diferente acerca de las críticas. Para descartar el veredicto de un jurado debe verificarse que la síntesis se aparte directamente de la lógica metodológica histórica antes referida, que es lo que sucede en el caso” (párr. 262).

Hecha esta reseña, intentaré efectuar algunas observaciones sobre si, tal como sostiene, el concepto de motivación de la CorteIDH justifica la falta de expresión por los jurados de razones probatorias para aceptar como verdadero el enunciado fáctico de la decisión judicial.

Otra vez, se estima aquí que motivación es aquello que satisfaga los fines para los que ha sido dispuesta. La Corte parece orientar inicialmente sus ideas bajo esta perspectiva (normativa). En efecto, afirma que los Estados partes deben cumplir con las garantías dispuestas en la CADH. Entre ellas, identifica la garantía del debido proceso prevista en el art. 8.1 de la CADH que exige que la decisión judicial resulte motivada. Esto significa satisfacer ciertos objetivos que enuncia y que no difieren sustancialmente de los apuntados en el marco teórico. Así las cosas, tanto el concepto de motivación adoptado previamente (*i.e.* motivación como acto de explicitar las razones que externamente justifican el enunciado probatorio de la premisa fáctica) como el desarrollado por la Corte deberían tener, al menos, una proyección similar. Sin embargo, ello no se observa de ese modo en el caso judicial.

En primer lugar, vale recordar que uno de los fines de la motivación es la necesidad de control de las decisiones judiciales. Este control solo es posible si se explicitan las razones que justifican la decisión. De otro modo, no cabe examinar intersubjetivamente la motivación de la decisión judicial. No es posible el control por comunidad (función extraprocesal), ni por las partes o por los tribunales superiores dado el ejercicio de las vías recursivas (función endoprocesal).

No obstante, la Corte afirma que las decisiones tomadas por los jurados están motivadas a pesar que no expliciten las razones que las condujeron a ellas. En su argumentación, parece adoptar la distinción entre tener razones para tomar la decisión de culpabilidad o no (*i.e.*, para afirmar o no el enunciado probatorio) y explicitar esas razones (v. párr. 259). Esto lo sustenta básicamente en que los jurados operan bajo dos condiciones: 1. la condición de contexto, integrada por circunstancias históricas, sociales y culturales que justifican que ellos como institución no den cuenta del razonamiento que los llevó a definir sus veredictos; 2. la condición epistémica que afirma que, bajo ciertas interdicciones de arbitrariedad y dadas las calidades epistémicas de los

jurados asumidas, ellos resuelven sobre la prueba del enunciado fáctico en función de su íntima convicción.

No se advierte, sin embargo, que estas condiciones justifiquen el apartamiento de los fines que predica. En cuanto a la condición de contexto, ciertamente, la Corte no especifica en qué consisten esos contextos históricos, sociales y culturales que *explican* la incorporación de un instituto propio de otras tradiciones jurídicas a los diseños procesales penales de la región. Y, tampoco esto evidencia en sí mismo que se lo incorpore con los alcances descritos, esto es, mediante el modelo clásico.

Vale señalar que la integración del modelo clásico o anglosajón de jurados a los sistemas continentales requiere, al menos, admitir y argumentar acerca de la validez de este “trasplante o préstamo jurídico” (Cesano, 2018; Sonzini Astudillo, 2017). Esta omisión importa ciertos defectos en el fallo en tanto ofrece argumentos que no se siguen en los sistemas que dan origen al modelo clásico. En efecto, la Corte predica que vale eximir a los jurados de dar razones en tanto ellos, al igual que los jueces técnicos, se encuentran en una misma posición de racionalidad epistémica que se materializa a través del referido “método histórico” de determinación de los hechos. A diferencia de ello, en sistemas como el anglosajón, que tradicionalmente han admitido al jurado como órgano competente para la toma de decisiones judiciales, la citada omisión responde a motivos completamente diferentes. Estos incluso niegan los presupuestos sostenidos en el fallo. Así, se dice que la exclusión de razones responde a la dificultad (e ineficacia) de requerir que doce personas estén de acuerdo en el conjunto de razones comunes por las que alcanzaron su veredicto; pero también porque la teoría de la decisión de los jurados, como la teoría del voto secreto en una democracia, normalmente (a menos que haya argumentos según los cuales creer que el jurado incurrió en alguna clase de falta) limita la evaluación externa sobre por qué el jurado decidió del modo que lo hizo (Schauer, 2009, p. 175).

Por lo demás, este argumento incurre en una falacia naturalista según la cual de premisas descriptivas se derivan lógicamente conclusiones prescriptivas. Ello en la medida que se afirma que del *hecho* de que históricamente el jurado presentaba la característica de no manifestar razones se sigue que esas razones no *deben* ser explicitadas.

Por otra parte, tampoco se observa que la condición epistémica constituya un argumento para sostener la ausencia de expresión de razones por parte de los jurados. Según la presenta, esta condición significa, por un lado, que los jurados deciden conforme su íntima convicción y, por el

otro, que esa íntima convicción se conecta con un “método racional” que usan al decidir sobre los hechos.

Al afirmar lo primero, esto es, que las decisiones de los jurados se fundan en su íntima convicción, presupone una concepción psicologista de la prueba, y no justificatoria como asume al enunciar los fines de la motivación. Al considerar lo segundo, vale decir, la relación entre la íntima convicción y el “método racional” que enuncia, acepta –incoherentemente con la idea de íntima convicción- que los jurados siguen ciertos pasos en la valoración de la prueba y lo hacen consciente o inconscientemente, pues ello es parte *necesaria* del razonamiento acerca de la prueba que emprende cualquier decisor, sea lego o técnico. La condición epistémica así enunciada refleja una confusión entre aquello que los jueces legos se encuentran en condiciones de efectuar, al igual que los jueces técnicos, con aquello que efectivamente hacen, o mejor, deben hacer a la hora de juzgar la justificación del enunciado probatorio.

Además, de nada vale el citado método racional si no es explicitado. En el punto anterior, se mostró que la motivación del enunciado fáctico tenía sentido en tanto justificaba el acto de emitirlo. Dicha actividad se vinculaba con la materialización de la concepción racional de la prueba, la cual constituye un modelo teórico coherente con los fines que esta garantía pretende satisfacer. La base fundamental de adoptar esta concepción radica en la posibilidad de revisar los diferentes tipos de argumentos que soportan el razonamiento probatorio que justifica el enunciado probatorio. Así, sus bases se asientan en otorgar fiabilidad a los argumentos que integran dicho razonamiento. Este esfuerzo teórico ha mostrado con éxito las enormes dificultades que presenta la justificación del enunciado probatorio así entendida. Dificultades que la Corte omite dar cuenta al afirmar que cualquiera puesto a la tarea de resolver la premisa fáctica emprenderá esa tarea *necesariamente* mediante un método racional.

Una última crítica merece la afirmación que las decisiones de los jurados tomadas sin fundamentación, satisface el deber de motivar. Ella resulta de la abierta contradicción que reporta visto el amplio derecho al doble conforme que la propia Corte reconoce a favor del imputado, tal como se verá a continuación.

IV. Doble conforme de la condena en el marco del derecho al recurso del imputado

1. El concepto de doble conforme según la jurisprudencia de las Cortes

En líneas generales, el doble conforme de las decisiones judiciales constituye un modo de hacer efectivo dentro del proceso el control de las razones justificatorias que las motivan. Esa eficacia, a su vez, depende del grado de revisión que se admita de la justificación interna y externa de la decisión judicial, aspecto que es fijado según cada sistema jurídico.

En la doctrina procesal clásica, la disposición de que el proceso se sustancie en una instancia única o múltiple, responde a la conveniencia o inconveniencia de estos sistemas procesales⁴⁶. En la actualidad, la mayoría de ellos prevén la posibilidad de una segunda instancia que revise la decisión judicial. Esto no ha sido igual en todos los sistemas, particularmente, en aquellos cuya administración de justicia no se apoyan, en la clasificación de Damaska, en un ideal jerárquico⁴⁷.

En cuanto a la revisión de la justificación de la premisa fáctica, tampoco todas las tradiciones jurídicas han receptado de igual modo el sistema de dos o más instancias. Como veremos, los países de tradición continental difieren de los de origen anglosajón. Así, por ejemplo, en el sistema jurídico inglés el derecho al recurso tiene como propósito principal, aunque no exclusivo, el desarrollo y clarificación del derecho. Las apelaciones en contra de la fijación de los hechos son las más atípicas y las que más resistencia han encontrado por parte de los tribunales superiores (Ashworth y Redmayne, 2010, pp. 370/371). A su vez, el contenido y alcance de esta apelación varía según el tipo de proceso en curso⁴⁸ y de la clase de agravio planteado⁴⁹.

⁴⁶ Para esta doctrina, la adopción de más de una instancia no responde a un mandato constitucional, sino a cuestiones de política procesal. Asimismo, su implementación otorga mayor garantía al justiciable, aunque ella no debe llevar a dilaciones indebidas. Así, se dice “ni tanta economía que la justicia sufra quebranto, ni tanta discusión que prolongue indefinidamente el día de la justicia”, Couture, 1958, pp. 158, 170/172.

⁴⁷ Este autor propone una clasificación de los procesos en base a criterios relativos a la estructura y funciones del Estado. En orden a los primeros, sostiene que la administración de justicia puede responder a un ideal jerárquico. En ese marco entiende que debe establecerse este derecho a fin de controlar la fundamentación de las decisiones de los jueces. En cambio, cuando ella apunta a un ideal paritario, el control de las decisiones judiciales gira sobre un único nivel, esto es, el control no se diversifica *necesariamente* en órganos judiciales de *jerarquía* diferente (2000, 86/90, 103/108). Al respecto, precisa que en los primeros “la gran significación atribuida al “control de calidad” por superiores en una organización jerárquica inevitablemente desvirtúa la importancia de la toma de decisiones original: adquiere un aura de provisionalidad”. De allí que “es un pecado mortal para un comparativista asumir que la significación de los juicios es idéntica en los procedimientos ante la organización del poder que gravitan en torno a los ideales jerárquico y paritario”. De ese modo, señala que “la importancia del control de calidad explica por qué un sistema de apelación regular y extendido es una garantía esencial de una administración de justicia limpia y ordenada, o como componente esencial de los “debidos procesos” personales”. Tal es así que estima que “no debe sorprender, por tanto, encontrar que muchas constituciones establecen que el derecho a la apelación es uno de los derechos básicos de los ciudadanos”, Damaska, 2000, pp. 89/90.

⁴⁸ Esto es, si es sustanciado ante el Tribunal de los Magistrados por delitos menores o el Tribunal de la Corona por delitos graves. Sobre las distintas competencias en materia de revisión de los hechos, los criterios para incentivar o disuadir las apelaciones y las modificaciones instauradas a raíz del registro de condenas arbitrarias, ver Ashworth, A. y Redmayne, M., 2010, pp. 323/342, 370/393.

⁴⁹ Por ejemplo, en contra de las condenas impuesta por el Tribunal de la Corona es posible argumentar vicios en el debido proceso, nueva evidencia o “lurking doubt”. Este último motivo adquirió importancia a partir de una serie de

En cuanto a la tradición continental, las convenciones internacionales han establecido que los Estados deben reconocer y garantizar al imputado condenado en un proceso penal la posibilidad de recurrir esa decisión ante otro juez o tribunal distinto del que lo juzgó. Especialmente, los ordenamientos jurídicos que siguen esta tradición previeron el derecho al recurso del imputado en el proceso penal, a nivel regional, en el art. 8 inc. 2 ap. h de la CADH y, a nivel internacional, en el art. 14, inc. 5 del PIDCyP⁵⁰. A su vez, a partir de la reforma constitucional de 1994, el sistema jurídico argentino incorporó a su bloque constitucional dichas normas convencionales.

Estas convenciones están vigentes en los países que la suscribieron desde hace varias décadas. Pero ha sido en este último tiempo en el que esta garantía adquirió mayor incidencia en los sistemas normativos procesales que deben adecuarse a ellas. En esa tarea, y especialmente a fuerza de casos, la CorteIDH y, en el ámbito nacional, la Corte Suprema de Justicia argentina (en adelante, CSJ) han interpretado las disposiciones jurídicas que regulan el derecho al recurso y, en consecuencia, fijaron las normas que de ellas se desprenden⁵¹.

En esta materia, la CSJ ha puesto en orden sus decisiones al vincularlas con lo resuelto por la CorteIDH mediante remisión a sus resoluciones⁵². De allí que resultará útil para la determinación del alcance normativo asignado a esta garantía reseñar inicialmente el contenido de su jurisprudencia y luego completarlo con aquellas precisiones efectuadas por el tribunal local.

En este orden de ideas, la CorteIDH ha sostenido que el derecho al recurso adquiere valor como garantía procesal en el marco de las normas propias del debido proceso y que han sido previstas específicamente en el texto del art. 8 de la CADH. Estas normas responden a las exigencias

casos juzgados en condiciones de ilegalidad. Sin embargo, frente al riesgo de erosionar la institución del jurado, aun a pesar de las últimas modificaciones legales, el Tribunal de Apelaciones interpreta restrictivamente los dos últimos motivos de apelación, v. Ashworth, A. y Redmayne, M., 2010, p. 376 y ss.

⁵⁰ La Corte Interamericana tiene competencia para interpretar las disposiciones jurídicas contenidas en la CADH. En cuanto al derecho al recurso, ha reconocido la similitud de ambas disposiciones, v. “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, 2/07/2004, párr. 93.

⁵¹ Los alcances normativos de esta garantía han sido delineados con mayor precisión en diversos precedentes de la CorteIDH, como son “Castillo Petruzi y otros vs. Perú”, 30/05/1999”; “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, 2/07/2004; “Barreto Leiva vs. Venezuela”, 17/11/2009; “Mohamed vs. Argentina”, del 23/11/2012.

De igual modo, en orden al art. 14.5 del PIDCyP, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se expidió en similar sentido que la CorteIDH en los casos “Cesario Gómez Vázquez vs. España” (comun. n° 701-1996) y “Manuel Sineiro Fernández vs. España” (comun. n° 7001, 19/09/2003).

Por su parte, la Corte argentina se expidió sobre este derecho en “Casal”, 20/09/2005; “Olmos”, 9/05/2006; “Mercado”, 10/09/2007; “Casas”, 3/05/2007; “Oyarse”, 26/06/2007; “Gómez”, 1/04/2008; “Ruiz”, 22/12/2008; “Zeballos”, 27/09/2011; “Duarte”, 5/08/2014; “Zeballos”, 27/11/2014.

⁵² La Corte argentina en el señero fallo “Casal”, del 20/09/2005, fundó su contenido en el análisis efectuado por la CorteIDH *in re* “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, del 2/07/2004; lo mismo ocurrió en autos “Duarte”, del 5/08/2012, respecto del fallo “Mohamed vs. Argentina”, del 23/11/2012 de la CorteIDH. Estos fallos constituyeron un cambio de timón en la materia y los que le siguieron implicaron mayores precisiones en orden a su contenido.

relativas a la observancia de todos los requisitos que “[s]irvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”; o, en otras palabras, ellas habilitan las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”⁵³. En el proceso penal, estas garantías mínimas deben ser protegidas dentro de sus diferentes etapas, que abarcan la investigación, acusación, juzgamiento y condena⁵⁴, siendo que debe considerarse a este proceso como uno solo, y ello incluye la fase recursiva⁵⁵.

Por su parte, el dictado de una condena en contra del imputado exige una doble conformidad de la decisión judicial, la cual se expresa mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de su *revisión íntegra*. A su vez, se añade que ella también “*confirma el fundamento* y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado” (la cursiva me pertenece)⁵⁶.

A la luz de estos presupuestos, la Corte sostiene que la eficaz protección de los derechos humanos como objeto y fin de estos tratados *guía* la interpretación de las disposiciones que prevén el derecho al recurso (conf. art. 31.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)⁵⁷. Según esta pauta hermenéutica, la previsión de esta garantía se integra en base a dos razones que la sustentan. Primero, a través de ella se busca proteger “el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”⁵⁸. En esa línea se articula la segunda razón que refiere que el recurso contra la condena es un instrumento de control que reduce el ejercicio arbitrario del poder punitivo del estado. Ello es así particularmente porque las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias.

Dadas estas razones, se pretende con el derecho al recurso asegurar al acusado la posibilidad de una revisión amplia de la condena que se le impone⁵⁹. Los recursos en contra de la condena

⁵³CorteIDH, “Herrera Ulloa”, cit., párr. 147, 158.

⁵⁴CorteIDH, “Mohamed vs. Argentina”, cit., párr. 91.

⁵⁵CorteIDH, “Castillo Petruzi y otros vs. Perú”, cit., párr. 161; “Herrera Ulloa”, cit., párr., 148.

⁵⁶CorteIDH, “Barreto Leiva vs. Venezuela”, párr. 89; “Mohamed vs. Argentina”, cit., párr. 92.

⁵⁷CorteIDH, “Herrera Ulloa”, cit., párr. 160/161.

⁵⁸CorteIDH, “Herrera Ulloa”, cit., párr. 158; “Barreto Leiva vs. Venezuela”, cit., párr. 88.

⁵⁹ Esto con independencia de la clase de recurso que se prevea a esos efectos y sin que deba estructurarse un organigrama judicial particular. Basta que jueces distintos a los que intervinieron inicialmente sean competentes para controlar exhaustivamente la fundamentación de lo resuelto en la decisión bajo examen. Además, que “si el juez de

deben significar una vía accesible sin mayores requisitos formales que tornen ilusoria la garantía⁶⁰.

En la evolución de la definición de los alcances de esta garantía, ambas Cortes analizaron inicialmente si las normas procesales que regulaban los recursos contra las sentencias de condena habilitaban su revisión integral. En el caso del sistema jurídico argentino, esta garantía restringió las clases de recursos que podían satisfacerla. De este modo, el recurso extraordinario federal en razón de su acotada competencia no constituye una vía impugnativa apta para lograr un examen integral de la condena⁶¹. En cambio, la casación penal sí satisfacía dicha garantía en la medida que se dejara de lado la interpretación clásica de las disposiciones legales que la regulaban y se optara por una interpretación extensiva de ellas⁶².

En este orden, la casación penal constituía un modo de satisfacción de la citada garantía. Para justificar tal conclusión, se asumió una finalidad política y un contenido sustantivo distinto a los dispuestos para la visión clásica. Sobre lo primero, la casación como recurso ordinario, simple y eficaz tenía por objetivo que el imputado pueda defenderse de los vicios que la condena pudiera contener y, de ese modo, también, evitar o reducir el ejercicio *arbitrario* del poder de castigar del Estado materializado en ella⁶³. Sobre lo segundo, la presentación de este recurso implicaba la revisión de las *cuestiones de derecho*⁶⁴ -igual que la visión clásica- y también el control de la fundamentación de las *cuestiones de hecho* antes limitado, especialmente, en lo relativo a la justificación (externa) del enunciado fáctico (Bouvier, Pérez Barberá, 2004, pp. 172/174).

segunda instancia no satisface los requisitos de juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa que se desarrolle ante él”, CorteIDH, “Castillo Petruzi y otros vs. Perú”, cit., párr. 161.

⁶⁰CorteIDH, “Herrera Ulloa”, cit., párrs. 161, 164.

⁶¹CorteIDH, “Mohamed vs. Argentina”, cit., párr. 104; en el mismo sentido, CIDH, Informe 55/97, “Juan Carlos Abella, Argentina”, 18/11/1997, párr. 269, y CSJN, “Girolodi”, 7/04/1995 (párr. 8). Concretamente, la CorteIDH identifica el contenido de esta vía en la nota 46 y 47 y luego sostiene que “el referido recurso extraordinario federal no constituye un medio de impugnación procesal penal, sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento argentino”. Al respecto, se precisa que “las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional”.

⁶² CSJ, “Casal”, cit. La doctrina procesal tradicional y la jurisprudencia mayoritaria anterior a estos fallos, atribuía a la casación penal ciertas finalidades constitucionales y políticas, guiadas en parte por sus orígenes históricos (Calamandrei, 2007 y ss.; De la Rúa, 1994). Entre ellas, se mencionaba la necesidad de uniformar la jurisprudencia, objetivo que sumado al principio de economía procesal favorecía en los tribunales inferiores un tratamiento igualitario de las personas ante la ley. Además, se admitía que su ámbito de aplicación se reducía a la crítica de *cuestiones jurídicas*, excluyéndose la revisión del juicio sobre la prueba de los hechos (De la Rúa, 1994).

⁶³ CSJN, “Duarte”, 5/08/2014; “Guardia”, 28/10/2014; CorteIDH, “Mohamed vs. Argentina”, 23/11/2012, párr. 92.

⁶⁴*Grosso modo*, relativas a la justificación externa de la premisa normativa cuyo contenido fue definido a modo ilustrativo anteriormente.

La CSJ enfatizó especialmente esto último al señalar que la interpretación de las normas que prevén la casación debe sustentarse en la teoría del máximo rendimiento⁶⁵ que, según entendía, exige que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora según sus posibilidades y las particularidades de cada caso. En materia de la premisa fáctica, debe custodiar “la correcta aplicación racional del método de *reconstrucción histórica en el caso concreto*” (CSJ, “Casal” cit., párr. 11, la cursiva me pertenece).

Entonces, a partir de dicha jurisprudencia, en el sistema jurídico argentino, el imputado tiene el derecho a recurrir –mediante casación– la sentencia del tribunal que dicte la *primera* condena, con independencia de si quien lo hace es el tribunal de juicio o el de segunda instancia⁶⁶.

En suma, la jurisprudencia de las Cortes definió que la finalidad del control casatorio, como expresión de la necesidad de doble conforme de la condena vía derecho al recurso, era parte del derecho de defensa del imputado y servía para reducir el ejercicio arbitrario del poder punitivo estatal *dado* el control que aquel ejercía sobre su motivación. De su argumentación se infiere que tal finalidad se logra mediante un recurso amplio, en virtud del cual un tribunal superior o, simplemente otro tribunal, examina la justificación (interna y externa) de la decisión judicial.

2. Posibilidades recursivas respecto de la justificación (externa) del enunciado probatorio y los límites a la capacidad revisora de la segunda instancia

La jurisprudencia reseñada ha salvado en cierta medida las críticas que la doctrina ha observado en orden al recurso de casación como modo de satisfacer el derecho al recurso, derecho a través del cual el imputado obtiene el doble conforme de la condena⁶⁷. En particular, estas críticas han evidenciado las restricciones indebidas que tal vía presentaba a la revisión de la justificación externa del enunciado probatorio de la premisa fáctica. En ese marco, se señala que esas restricciones estaban ligadas a la asunción de una concepción persuasiva de la prueba. Esta concepción se caracteriza por cuatro notas principales, a saber: a) la apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión; b) la defensa de una versión muy fuerte del

⁶⁵ Una crítica a la consideración de esta doctrina proveniente de la dogmática procesal alemana, v. Pérez Barberá, 2007.

⁶⁶ Así, se restringe la posibilidad de lo que se conoce como casación positiva, esto es, que la segunda instancia revoque una absolución dictada por el tribunal de juicio y condene al imputado. Ella constituiría una primera condena en términos de la CorteIDH que debe poder ser revisada por un tribunal distinto, “Mohammed vs Argentina”, 23/11/2012.

⁶⁷ Sobre las indebidas limitaciones a la revisión de la condena vía recurso de casación, en especial, en razón del erróneo alcance asignado al principio de inmediación en esta materia, v. Bouvier-Pérez Barberá, 2004; Pérez Barberá, 2007; Ferrer Beltrán, 2018a; Dei Vecchi, 2018, pp. 69/88.

principio de inmediación, de modo que reserve casi en exclusividad al juez de primera instancia la valoración de la prueba; c) exigencias de motivación muy débiles o inexistentes respecto de la decisión sobre los hechos; y d) un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente el control o revisión del juicio sobre los hechos en sucesivas instancias (Ferrer Beltrán, 2017, pp. 1/5; 2018a, pp. 155).

Con esta base, los tribunales de segunda instancia que actúan bajo esas ideas pecan por defecto, esto es, dejan huérfano al imputado de sus posibilidades de control de ese tramo de la fundamentación de la condena. En cambio, si se asume una concepción racional de la prueba en la justificación externa de la motivación –como actividad- del enunciado probatorio contenido en la decisión judicial, se habilita un control más exhaustivo del razonamiento probatorio que lo sustenta.

Conforme lo detallado en los puntos anteriores, a modo de síntesis, frente a una decisión judicial de condena y respecto de la premisa fáctica, el imputado tiene derecho a que el decisor exprese las razones que justifican el acto decisorio; correlativamente, tiene derecho a contradecir esa motivación mediante la interposición de un recurso que obligue a la segunda instancia a una revisión amplia de los vicios invocados. Esto último porque, según la jurisprudencia de las Cortes, este control del imputado reduce la arbitrariedad de la condena en la medida que dos instancias judiciales consideran adecuada su imposición⁶⁸. Además, se promueve esa reducción de la arbitrariedad en la medida que esta doble conformidad “*confirma el fundamento* y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda *mayor seguridad y tutela* a los derechos del condenado” (la cursiva me pertenece).

Como vimos, los fines del doble conforme justifican una consideración amplia de la casación como vía para satisfacerlo. Sin embargo, la capacidad revisora máxima de la segunda instancia todavía requiere ciertas precisiones vistas las pretensiones que persigue esta garantía. La discusión anterior tenía sentido en tanto se habilitaba una mayor discrecionalidad al tribunal de

⁶⁸ Laudan argumenta a favor de que el sistema jurídico anglosajón recepte el control simétrico de las decisiones judiciales (*i.e.*, de condenas y absoluciones). En ese marco, presupone que los recursos constituyen un modo de identificar y corregir los errores incurridos mediante un “veredicto inválido” (2013, p. 268/269). Ello, dice, en la medida que se entienda que el veredicto erróneo es aquel que es falso. De modo diferente, los tribunales afirman que se comete un error, por ejemplo, cuando una regla probatoria o del procedimiento ha sido violada. Así, si esa regla es contraria al objetivo de averiguación de la verdad, se favorecerá de detección de errores en el sentido que estima relevante. Sino la declaración del error no tendrá nada que ver con la falsedad o no del veredicto (2013, pp. 287/288).

juicio y una intervención más limitada al tribunal revisor. Más allá de ciertas cuestiones⁶⁹, todavía no son del todo claros los límites de la competencia de la segunda instancia que satisfagan en mejor medida los fines de esta garantía, particularmente, los que hacen pie en la defensa que emprende el imputado mediante la interposición del recurso y la pretensión de reducir la arbitrariedad del fallo de primera instancia mediante la confirmación de su fundamento. Un modo de resolver esta cuestión, puede requerir preguntarse acerca de qué tipo de objeciones puede plantear el acusado en orden a la motivación del enunciado probatorio que integra la justificación externa de la premisa fáctica. La respuesta a este interrogante depende de la que se considere en orden a qué tipo de respuestas debe ofrecer, bajo la garantía de doble conforme, la instancia revisora. Es cierto que la definición de estos interrogantes podría exigir una enjundiosa cartografía de cuestiones involucradas en esta materia. Máxime si se observa cómo ha delimitado normativamente la motivación de la decisión judicial la concepción racional de la prueba. Sin embargo, se analizan aquí algunas distinciones que considero relevantes en la práctica judicial cuyo tratamiento por recurrentes y tribunales revisores puede verse beneficiada.

Estas distinciones tienen cierta relevancia en función de la jurisprudencia del Tribunal Superior de la provincia de Córdoba (en adelante, TS Cba.), conforme la cual se han definido relativamente estas cuestiones. En efecto, en estos fallos se fijan ciertas cargas de argumentación al imputado recurrente e, implícitamente, al propio tribunal como segunda instancia. Al respecto, afirma:

“[E]n lo que respecta a la fundamentación probatoria, es competencia de este tribunal de casación verificar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, con el único límite de lo que no resulte revisable, esto es, lo que surja directa y únicamente de la inmediación (CSJN, 20/09/05, "Casal")”⁷⁰

“... si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al tribunal de mérito -entre otros recaudos- tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio, y efectuar dicha ponderación conforme la sana crítica racional(art. 193 CPP), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran -lógica, psicología, experiencia- debe también contraponer un análisis de *todo* el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la *decisividad* del vicio que se denuncia (art. 413 inc. 4º, CPP)”.

⁶⁹ Con base en el derecho al recurso, la CSJ señaló casos de exceso de rigor formal en la evaluación de la satisfacción de sus requisitos de admisibilidad –“Carrascosa”, cit.-; afirmó que no es necesario que sea un tribunal de jerarquía superior, sino diferentes magistrados –“Duarte”, “Gómez”, cit.-; también que la reformulación de la casación no implica la eliminación de los requisitos formales como es la introducción oportuna de los agravios –“Zeballos”, “Gómez”, “Ruiz”, cit.-; aseveró que basta que la segunda instancia produzca una revisión de la prueba ponderada por el tribunal aunque no sea compartida por el recurrente –“Mercado, cit.-.

⁷⁰ Tal como se argumenta, el fallo de la CSJ citado acota el principio de inmediación, Pérez Barberá, 2007.

“... resulta inconducente una argumentación impugnativa que se contenta sólo con reproches aislados que no atienden al completo marco probatorio o que esgrime un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión transita incólume el control casatorio”⁷¹.

Para analizar si esta posición se corresponde con la garantía del doble conforme, resulta útil distinguir dos aspectos: uno, relativo a qué motivación debe considerar el imputado al formular su crítica; el otro, referido a qué clases de críticas puede efectuar a esa motivación⁷². Ambas distinciones tienen por objeto evaluar en qué casos y de qué modo se integra mejor la jurisprudencia citada con los fines del doble conforme. Entre estas opciones se examina si ello ocurre cuando el tribunal revisor confirma la condena, pero con una motivación diferente a la esgrimida por el tribunal inferior o cuando también refrenda los fundamentos que se objetan mediante el recurso interpuesto por el acusado.

1. Sobre la cuestión relativa a qué motivación debe evaluar el imputado, vale diferenciar, por un lado, la motivación *concreta* (*i.e.*, las razones que efectivamente expuso el juez en su sentencia⁷³) y la motivación *suficiente* (*i.e.* la consideración individual y conjunta de todos los elementos de juicio disponibles y la evaluación del estándar de suficiencia probatoria) ya sea según el tribunal revisor o según un criterio independiente⁷⁴.

Dada esta distinción, y según el tenor literal de la jurisprudencia del TSJ Cba., vale refrendar condenas en las que motivación concreta y suficiente –especialmente, bajo la perspectiva del

⁷¹ Solo por nombrar algunos precedentes “Martínez”, S. n° 36, 14/03/2008; “Fernández”, S. n° 213, 15/08/2008; y más recientemente, “Rotelli”, S. n° 374, 28/12/2012; “Romero”, S. n° 315, 27/10/2011; “Díaz”, S. n° 38, 04/03/2013.

⁷² De modo general, una decisión judicial estará debidamente motivada cuando esté justificada interna y externamente. Ello implica que mediante el recurso de casación debiera admitirse tres tipos de errores. Así, el imputado puede argumentar sobre errores en orden a la justificación interna (serán los menos). También puede argumentar sobre errores en la justificación externa de la premisa normativa, que se articularan principalmente en base a razones también normativas. Finalmente puede revisar errores de la justificación externa de la premisa fáctica que comprende el enunciado calificadorio y el enunciado probatorio. Me detendré exclusivamente en este último.

⁷³ Entre ellos se incluyen los razonamientos implícitos o entimemáticos (Bouvier-Pérez Barberá, 2004, pp. 185/187), que por su parte se consideran necesarios por razones de economía procesal (Pérez Barberá, 2007).

⁷⁴ Queda al margen del presente análisis el supuesto en el que el tribunal revisor confirma la condena y sus fundamentos. Con lo cual el doble conforme ocurre en los dos sentidos que pretendo examinar en código de esta garantía. Al respecto, vale aclarar que, si el tribunal de segunda instancia omitiera responder argumentos probatorios expuestos por el imputado en el recurso presentado, la garantía de doble conforme no habría sido satisfecha; esto porque ella exige particularmente examinar estos planteos. En cambio, qué ocurre si ambas motivaciones son incorrectas por razones no expuestas por el acusado. En este supuesto las motivaciones serían inválidas pero la garantía en los términos expuestos habría sido satisfecha. Ferrer Beltrán ofrece un ejemplo de esto último, 2018a, pp. 165/171.

tribunal revisor⁷⁵- varíen. Así, las dos instancias pueden estar de acuerdo con la solución normativa –condena-, pero no, por ejemplo, con las pruebas que la sustentan o con su valoración individual o conjunta. Entonces, surge la pregunta sobre sí y en qué medida esta distinción es acorde con la garantía de doble conforme.

Frente a ello, póngase por caso dos ejemplos: uno, se presenta un recurso de casación en contra de los veredictos de los jurados cuyas razones -según la CorteIDH- no necesitan ser explicitadas; dos, se interpone un recurso contra la motivación de la decisión judicial en la que solo se valoraron pruebas que luego, por ejemplo, fueron declaradas ilegales por el tribunal revisor⁷⁶. En esos supuestos en los que no está explícita la motivación concreta o ella se *vacía*, el recurrente se vería en la obligación de anticipar la motivación que la segunda instancia judicial considere configura la motivación correcta o suficiente del enunciado probatorio. Siempre claro que esta fuere posible por existir elementos de prueba válidos colectados en el proceso.

Una consecuencia como esta tornaría irrelevante la intervención del tribunal del juicio. Pues, en ese sentido, solo interesa lo que el tribunal revisor considere como motivación suficiente; motivación que solo pasará por el tamiz de un juzgador.

En ese marco, una consecuencia como esta parece incompatible con los fines del doble conforme. En efecto, como se dijo, esta garantía tiene sentido en la medida que habilita el *control* por el imputado de la justificación del enunciado probatorio. El doble conforme exige, al menos, que se habilite la revisión de los argumentos de la condena. En estos casos, el tribunal revisor es, en definitiva, quien los ofrece por primera vez. Frente a ello, la carga argumentativa que el TS Cba impone al imputado al exigirle que anticipe la motivación suficiente según su perspectiva, no resulta compatible con los fines del doble conforme. Y en esa medida no satisface la garantía.

2. Lo expuesto muestra que resulta incompatible con la citada garantía que motivación concreta y motivación suficiente difieran completamente. Sin embargo, puede ocurrir que esa variación sea parcial. Para evaluar si esta variación parcial es acorde con el doble conforme, cabe hacer algunas distinciones sobre las clases de errores que el imputado debe argumentar en orden al razonamiento probatorio que sustenta el enunciado probatorio afirmado por el juez de juicio (motivación concreta).

⁷⁵ Dejo de lado por ahora el contraste entre la motivación concreta y suficiente según una perspectiva independiente del tribunal revisor a fin de lograr una mejor claridad expositiva del punto que intento mostrar.

⁷⁶ Esto puede darse en tanto la justificación externa de la premisa fáctica articulada por un tribunal, conforme las distinciones hechas en el punto II, también involucran la revisión de normas jurídicas que regulan su producción y que se caracterizan como contraepistémicas (*e.g.* las que prevén la exclusión de prueba ilícita).

Estos errores pueden constituirse en razón de la indebida la valoración individual de uno o más indicios conforme las reglas epistémicas que le dan peso probatorio. Ello, al menos, exige considerar su fuerza probatoria a partir de la revisión de las inferencias particulares construidas a partir del modelo de Toulmin, esto es, vista la acreditación del dato probatorio, la máxima de experiencia –su respaldo en su caso- y el hecho a probar. También pueden implicar la revisión de las razones probatorias que justifican la fuerza probatoria del conjunto de elementos de prueba relevantes con respecto al hecho principal contenido en la condena. Esto requerirá una comparación entre la hipótesis sustentada en la decisión y aquellas que reducen su gravedad o la excluyen vistos los grados de verificación de cada una de ellas. Finalmente, el recurrente puede argumentar sobre el estándar de suficiencia considerado por el tribunal de la instancia anterior, esto es, sobre las pautas políticas o morales según las cuales considera que la hipótesis seleccionada ha satisfecho el umbral de suficiencia probatoria.

Descartadas las críticas que se sustenten en hipótesis *ad hoc* (Ferrer Beltrán, 2007, p. 149), los imputados recurrentes están en condiciones de controlar la motivación dada por el decisor sobre estos aspectos. Frente a ello, en ciertos casos, según la clase de error denunciado el razonamiento probatorio de la primera instancia condiciona la segunda. Así, contrariamente a la competencia que asume el TS para la revisión de la motivación del enunciado probatorio, se satisface de un modo más adecuado los fines del doble conforme (reducir la arbitrariedad mediante el *efectivo* control) no solo a través de la confirmación de la condena sino también de su motivación.

A esos fines, se presupone que hay una diferencia sustancial entre argumentar sobre razones normativas que hacerlo sobre razones estructuradas en base a la racionalidad epistémica⁷⁷. Esta última contiene presupuestos que admiten identificación de vicios *objetivos* que el razonamiento en base a normas no admite. En ese sentido, la discusión sobre los errores relativos a la suficiencia axiológica de las pruebas epistémicamente relevantes para adoptar una decisión sobre el enunciado probatorio, resulta “considerablemente más complicada y probablemente no haya posibilidad de resolverla por medio del recurso a criterios objetivos de corrección, como toda discusión acerca de lo moralmente correcto” (Dei Vecchi, 2018, p. 77).

⁷⁷ Aunque en referencia a la justificación externa de las premisas normativa y fáctica, Gascón Abellán señala que existe una distinción conceptual entre ambas premisas, y es en virtud del distinto contenido de cada una de ellas que la justificación de la premisa fáctica remite a un modelo epistemológico de justificación (*e.g.* cognoscitvismo) mientras que la premisa normativa remite –a grandes rasgos– a un determinado sistema normativo, 2004, pp.213/218

De allí que adquiere interés examinar si es compatible una diferencia parcial entre la motivación concreta y la motivación suficiente con la garantía de doble conforme cuando dicha variación ocurre en el marco del razonamiento probatorio estrictamente vinculado a razones epistémicas. En el marco de una concepción racional de la prueba, es posible que esta diferencia sea cuantitativa (*i.e.*, difieran en orden a la cantidad de pruebas valoradas) y/o cualitativa (*i.e.* varíen sobre el grado de fiabilidad asignado a cada una de las pruebas y/o sobre el grado de confirmación de cada una de las hipótesis).

Conforme la jurisprudencia citada, en cualquiera de estos casos en los que el tribunal revisor que advierte que la motivación concreta es defectuosa cuantitativa o cualitativamente, podría intentar salvar esos vicios mediante una mejor valoración de los elementos de prueba disponibles. Así, cuando considere que se omitió prueba relevante podría incorporarla al razonamiento probatorio. Lo mismo ocurrirá cuando la fiabilidad de una inferencia probatoria en particular sea reforzada en la constitución del dato probatorio o la máxima de experiencia. Finalmente, varíe o no la integración de la conformación de los elementos de juicio, una valoración en conjunto puede implicar aumentar la capacidad explicativa o la verificación de la hipótesis acusatoria frente a otras que excluyen o reducen la culpabilidad del condenado.

En todos estos casos, se obliga al recurrente a anticipar esta nueva motivación y sus alcances. Podría sostenerse que en todos esos casos el encontraba a su disposición las pruebas y las hipótesis. Sin embargo, esto parece modificar las reglas de juego que subyacen al concepto de motivación y de doble conforme que asumimos. Ello en la medida que no basta que existan razones, sino que ellas deben ser explicitadas para favorecer el control. Así, se pretende principalmente que el condenado conozca las razones de su condena y argumente en su contra y sobre esa base el tribunal revisor falle⁷⁸.

De este modo, la jurisprudencia del TS al requerir una evaluación de las pruebas al margen de la motivación en concreto impone al condenado ciertas exigencias argumentativas que cumplen en menor medida los fines de la garantía del doble conforme. Así, se requiere que se acredite la dirimencia de los vicios denunciados vistos *todos* los argumentos probatorios que el tribunal de

⁷⁸ En ese marco es que entiendo que habilitar al tribunal revisor por economía procesal a suplir o mejorar la argumentación del tribunal de juicio parece presuponer un concepto de motivación que atiende a la existencia de razones. Según hemos asumido la motivación exige para su control el explicitación de razones.

segunda instancia considera viables en el caso, con independencia de si fueron considerados en la decisión revisada o no⁷⁹.

IV. Conclusiones

En este trabajo, se abordó el problema de individualizar un concepto de motivación del enunciado probatorio contenido en la premisa fáctica de la decisión judicial que sea coherente con los fines que a través de ella se persiguen. A esos efectos, se precisó que esos objetivos se vinculan con la reducción de la arbitrariedad y su posibilidad de control interno y externo al proceso. En función de ellos, se detallaron los diferentes criterios que desambiguan esta expresión los cuales se presentaron en el marco del esquema de justificación interna y externa de la decisión judicial. En ese marco, se optó por aquel concepto que entiende que motivar un enunciado probatorio consiste en explicitar las razones justificativas del acto de emitirlo. En función de él, se revisó críticamente los argumentos del fallo de la CorteIDH que identifica al veredicto dictado por jurados que no exponen las razones que lo sustentan.

En segundo lugar, se examinaron ciertas dificultades que presentan la revisión o el control efectivo de la motivación del enunciado probatorio así entendido en el marco del derecho al doble conforme. A esos efectos, se precisó el contenido de esta garantía y, brevemente, cómo ella impactó en el sistema jurídico argentino. En base a ello, se advirtió que la jurisprudencia del TS de Cba presentaba ciertas dificultades en orden a la satisfacción del doble conforme en la revisión de la motivación del enunciado probatorio, conforme ella es aquí conceptualizada. En función de ello, se estimó que según el tipo de error que se denuncie a través del recurso (en argentina, de casación), el doble conforme es un reaseguro de la decisión de condena o también de sus fundamentos. Cuando los errores denunciados atiendan a razones normativas, el tribunal de segunda instancia no está compelido por las de la primera. Pero cuando el error trata aspectos referidos a la justificación epistémica de las pruebas (vista individual o en conjunto), el órgano decisor encuentra limitadas sus posibilidades de argumentación a favor de la condena en función de la justificación que sobre ella predicó el juez de primera instancia.

Bibliografía

⁷⁹ No obstante ello, no es irrelevante que aun cuando la crítica a la inferencia probatoria pueda ser asertiva, ello no implica *per sé* la anulación del fallo o su la absolución. Esto porque, por ejemplo, el tribunal revisor puede evaluar que en el caso cabe predicar un estándar probatorio de menor intensidad.

Accatino, D. (2014), Atomismo y holismo en la justificación probatoria, *Isonomía* n°40, 2014, pp. 17/59.

Ashworth, A. y Redmayne, M., (2010), *The Criminal Process*, UK, Oxford University Press.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1998), *Introducción a la metodología a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). *Los límites de la lógica y el razonamiento judicial*, en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Andrés P. (1992), “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa*, n° 12, p. 257/299.

Atienza, M. (2005), *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México.

Bix, B. (2006), *Teoría del derecho: ambiciones y límites*, Madrid, Marcial Pons.

Bouvier, H., Gaido, P. y Sánchez Brígido, R. (2007), *Introducción*, en Raz, J., Alexy, R., Bulygin, E., *Una discusión sobre teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, pp. 9/41.

Bouvier, H. y Pérez Barberá, G. (2004), *Casación, Lógica y valoración de la prueba*, *Pensamiento penal y criminológico*, *Revista de derecho penal integrado*, n° 9, pp. 171/195.

Calamandrei, P. (1960), *Proceso y democracia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

Calamandrei, P. (2007), *La casación civil*, T. I, Buenos Aires, El Foro.

Caracciolo, R. (2009), *El Derecho desde la Filosofía. Ensayos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

D´Albora (2015), *Límites y proyección de los recursos en materia penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

Comanducci, P. (1992), *La motivazione in fatto*, en Ubertis, G. (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, Giuffrè, pp. 215/244.

Cohen, J. L. (1977), *The probable and the provable*, Oxford, Clarendon Press.

Couture, E. J. (1958), *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma.

Damaska, M. (2000), *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Dei Vecchi, D. (2018), Problemas Probatorios perennes. Un análisis a la luz del nuevo proceso penal mexicano, México, Fontamara.

Ferrajoli, L. (2009), Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta.

Ferrer Beltrán, J. (2005), Prueba y verdad en el derecho, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.

(2007), La valoración racional de la prueba, Madrid-Barcelona, Marcial Pons,

(2011), Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales, Isonomía, n° 34, pp. 87/107.

(2016) Motivación y racionalidad de la prueba, Lima, Grijley.

(2017) El control de la valoración de la prueba en segunda instancia, Revus, n° 33, 107/126.

(2018a) Los hechos en la casación penal, Actualidad Penal, Número 48, pp.153/175.

(2018b) Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea, ponencia presentada en el marco del Primer Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio, Girona, 2018.

Gascón Abellán, M. (2004), Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.

González Lagier, D. (2003a), Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal), Parte I, en “Jueces para la Democracia”, n° 46, 2003, pp. 17/26; (2003b) Parte II, en “Jueces para la Democracia”, n° 47, pp. 35-51.

(2018a) *Quaestio facti*. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción, publicado en https://www.academia.edu/24429680/Quaestio_facti_Ensayos_sobre_prueba_causalidad_y_acci%C3%B3n

(2018b) ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba, ponencia presentada en el marco del Primer Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio, Girona, 2018.

Guastini, R (2012), El escepticismo ante las reglas replanteado, Discusiones, XI.

Hitters, J. C. (2008), ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Número 10, julio – diciembre de pp. 131/156.

- Laudan, L. (2013), *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid, Marcial Pons.
- Maier, J. B. (1995), “El recurso contra la sentencia de condena ¿Una garantía procesal?” *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, nº 1, pp. 146/160.
- Martínez Zorrilla, D. (2007), *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons.
- Navarro, P. y Redondo, C. (2002), *Filosofía del derecho: problemas y posibilidades*, en Navarro, P. y Redondo, C. (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, pp. 15/30.
- Pérez Barberá, G. (2007), *Casación penal y posibilidad de control. Alcance del fallo Casal y del método alemán invocado por la Corte*, *Pensamiento penal y criminológico: Revista de Derecho Penal integrado* nº 11, pp. 209/256.
- Redondo, M. C. (2018), *El método y el objeto de la teoría jurídica. La ambigüedad interno externo*, *Análisis filosófico*, nº 38, vol. 2, pp. 115 y ss.
- Rossetti, A. (2009), *Reflexiones sobre la supremacía y el control de constitucionalidad en Argentina*, en Víctor Bazán (coordinador) “*Derecho procesal constitucional americano y europeo*”, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Schafer, F. (2009), *Thinking Like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press.
- Sonzini Astudillo, U. (2017), *Trasplantes jurídicos. Un debate enriquecedor*, *Cuadernos Universitarios*, Publicaciones Académicas de la Universidad Católica de Salta (Argentina), nº 10, 2017, pp. 49/6.
- Taruffo, M. (2006), *La motivación de la sentencia civil*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Taruffo, M. (2005), *La prueba de los hechos (1992)*, Madrid, Trotta.
- Wróblewski, J. (2013), *Sentido y hecho en el derecho*, Lima, Grijley.