

## **Trabajo final de máster**

---

### **Máster en Razonamiento Probatorio**

---

**Título: Algunas consideraciones sobre la verdad en el proceso y la fuerza motivadora del derecho**

---

**Alumno/a:** Santiago Sánchez Gavier

---

**Tutor/a:** Dr. Jordi Ferrer Beltrán

---

**Convocatoria (mes/año) 1ra. Convocatoria (Mayo de 2018)**

*Para Rodolfo Sánchez Gavier, mi papá, en su memoria  
porque si alguna cosa importante he aprendido ha sido gracias a él.*

# Algunas consideraciones sobre la verdad en el proceso y la fuerza motivadora del derecho\*

Santiago Sánchez Gavier\*\*

*I. Introducción; II. La averiguación de la verdad como condición de la fuerza motivadora del derecho (FMD); 1. Verdad y FMD; a. FMD y la distinción entre caso genérico, caso individual y caso judicial; b. Distinción entre prueba y verdad; c. Decisiones sin verdad, un caso: el castigo a inocentes; 2. La justificación consecuencialista de la pena 3. Castigo a inocentes ¿qué inocentes? III. La averiguación de la verdad como un obstáculo para la FMD; a. Estándares de prueba y verdad; b. Estándares de prueba y FMD; IV. Algunas notas finales.*

## I. Introducción

En este trabajo se van a analizar algunas intuiciones relevantes en torno a la relación que existe entre la verdad en el proceso judicial (sobre todo pensando en el proceso penal), el derecho como una técnica de motivación de conductas y la justificación del castigo. A partir de una serie de precisiones conceptuales provenientes fundamentalmente de la epistemología jurídica intentaré mostrar que a pesar de que, *a priori*, dichas intuiciones parecen incompatibles, puede alcanzarse una articulación satisfactoria de las mismas.

\*\*\*

*Primera intuición: la motivación del derecho requiere buscar la verdad en el proceso*

Frente a la pregunta de cuál es el objeto del proceso judicial, existe un punzante argumento a favor de la idea de que éste debe tener por finalidad buscar la verdad<sup>1</sup>. Se dice que, si así no fuera,

---

\* Agradezco las valiosas observaciones que recibí del tribunal que evaluó este trabajo compuesto por Carmen VÁZQUEZ ROJAS, Diego DEI VECCHI y Jordi FERRER BELTRÁN. Muy especialmente a Jordi, quien también me dirigió en la elaboración.

\*\* Prosecretario Letrado de la Relatoría Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Argentina). Doctorando en la Universitat de Girona.

<sup>1</sup> Esta asunción de que el proceso judicial debe buscar la verdad lejos está de ser unánime. Michele TARUFFO señala que hay al menos tres tipos de razones que se han usado en el derecho para rechazar el papel de la verdad en el proceso. Señala que la negación de la verdad puede hacerse desde una perspectiva teórica, ideológica o técnica. Las razones que invocan una *imposibilidad teórica* de la verdad en el proceso suelen ser consecuencia de un escepticismo filosófico que niega la posibilidad del conocimiento en general (y no sólo del conocimiento en el caso del juez). Las razones que

el derecho no podría cumplir con su finalidad de motivar conductas<sup>2</sup>. El argumento podría reconstruirse del siguiente modo: la autoridad legislativa procura dirigir las acciones de los ciudadanos a través de la creación de normas jurídicas. Estas normas tienen dos elementos característicos: un supuesto de hecho y una consecuencia normativa. La función judicial es, pues, verificar que ese supuesto de hecho haya *verdaderamente* tenido lugar para así aplicar, en el caso, la consecuencia jurídica prevista para el mismo. Si en vez de verificar que ese hecho haya realmente ocurrido los órganos judiciales decidieran que la consecuencia jurídica aplicable debe decidirse con desapego a la verdad, por ejemplo, aleatoriamente, el fin de motivación de conductas perseguido por la autoridad legislativa se vería frustrado<sup>3</sup>. Piénsese en el caso de que en una determinada sociedad ocurriera un homicidio, y que en lugar de buscar al culpable y aplicarle la pena predispuesta para ese delito, los órganos de adjudicación realizaran un sorteo para determinar a quién corresponde imponer el castigo. Parece claro que los ciudadanos de esa sociedad no recibirían de parte de la autoridad ningún estímulo para abstenerse de cometer crímenes, pues el castigo se aplicaría a los individuos con independencia de si los llevan a cabo. De esto se saca, en conclusión, que el fin del proceso debe ser buscar la verdad porque si así no fuera el derecho no podría motivar conductas.

*Segunda intuición: las justificaciones consecuencialistas de la pena son indiferentes hacia el castigo a inocentes.*

Dentro de las teorías de la pena, puede decirse que, a grandes rasgos, existe una división entre aquellas que justifican el castigo al delincuente en razón de que éste hizo algo disvalioso, entonces la pena es la retribución por el mal causado (deontologismo o retribucionismo); y aquellas

---

invocan una *imposibilidad ideológicas* se basan en la idea de que la verdad no debe ser perseguida en el proceso, y suelen tener detrás alguna concepción del mismo en la que la búsqueda de la verdad no cumple un papel relevante o positivo. Las razones que invocan una *imposibilidad técnicas*, por último, se basan en la imposibilidad fáctica de encontrar la verdad a través del proceso, bien porque el juez no puede tener un conocimiento directo de la realidad, o bien por limitaciones de tiempo o circunstancias de este estilo (Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Madrid, 2002, p. 27 y ss.). Por razones de espacio me he valido del excelente epítome sobre estas ideas de Taruffo realizado por Daniel GONZÁLEZ LAGIER, *Quaestio facti –Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Temis, 2005, pp. 18-19.

<sup>2</sup> Una primera aproximación a este argumento puede encontrarse en Jordi FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 29). Un ensayo crítico de esta idea, con argumentos diferentes a los que se emplearán aquí, puede verse en SEBASTIÁN REYES MOLINA, *Sobre derecho y la averiguación de la verdad*, (DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 40, 2017, pp. 317-336).

<sup>3</sup> Tomo el ejemplo y en general esta idea de FERRER BELTRÁN, *Op. cit.*, p. 30.

que consideran que el castigo está justificado porque cumple con fines preventivos (consecuencialismo).

Una crítica persistente al consecuencialismo en materia de justificación de la pena es su indiferencia hacia el castigo de inocentes. Dado un hecho delictivo, si se obtuvieran mejores resultados preventivos castigando a alguien que no es culpable, la pena debería ser impuesta a éste. Imaginemos un caso en el que el clamor popular vaya en el sentido de esa decisión.

Esta crítica al consecuencialismo presupone, pues, que el castigo a inocentes podría alcanzar alguno de los fines de la pena, v. gr. la disuasión. Es decir: el castigo a inocentes puede estar justificado por razones consecuencialistas del tipo ‘disuade conductas disvaliosas’ (motivación).

\*\*\*

Si la crítica al consecuencialismo lleva razón, una de las premisas de las que parte entra en conflicto con lo expresado en la primera intuición, *i.e.*, que el proceso judicial que no se enfoca en buscar la verdad impide que el derecho cumpla con sus fines de motivación. Dicho de otro modo: para la primera intuición el derecho penal no puede motivar conductas (prevenir) si en lugar de castigar a quien verdaderamente cometió el delito aplica la pena a quien no lo hizo.

En la primera parte de este trabajo voy a intentar mostrar bajo qué condiciones puede ser plausible el argumento expuesto en la primera intuición, relativo a que el castigo a inocentes (entendido como el resultado de un proceso judicial que no busca la verdad) impide alcanzar los fines de motivación del derecho, y, por lo tanto, por qué carecería de sentido la crítica al consecuencialismo expuesta en la segunda intuición.

En la segunda parte voy a explorar los argumentos favorables a la idea de que un proceso judicial que disminuye sus aspiraciones de buscar la verdad –por paradójica e incongruente con la primera intuición que parezca–, puede lograr mejores resultados preventivos.

Al final procuraré explicitar que, a partir de las precisiones teóricas estudiadas, resulta posible enunciar una articulación coherente de estas dos intuiciones relevantes aunque con algunas modificaciones. De forma tal que se concluirá que *a.* un proceso judicial que incorpore reglas abiertas y ostensiblemente opuestas a la búsqueda de la verdad haría que fracasara el derecho en su función social de motivar conductas; *b.* una justificación consecuencialista de las reglas procesales penales podría llegar a ser indiferente a los falsos positivos, *i.e.*, a la condena de inocentes (argumentaré que la fuerza motivadora del derecho –en adelante FMD– puede, en ciertos

supuestos, encontrar obstáculos en la averiguación de la verdad); *c.* propondré que un mejor candidato para defender el valor de la verdad en el proceso es el ideal del Estado de derecho (la seguridad jurídica).

## II. La averiguación de la verdad como condición de la fuerza motivadora del derecho

### 1. Verdad y fuerza motivadora del derecho

#### a. La distinción entre caso genérico, caso individual y caso judicial:

Los conceptos de caso genérico, caso individual y caso judicial pueden aportar mayor claridad a esa defensa a la concepción cognoscitivista del proceso expuesta en la primera intuición<sup>4</sup>. En esta parte se verá con más detalle de qué forma se relaciona la búsqueda de la verdad con la FMD.

En primer lugar hay que decir que parece muy problemático sostener que el derecho persigue, primordialmente, dirigir las acciones de las personas así como ocurre con las reglas de cualquier juego respecto de los participantes<sup>5</sup>.

Esta extendida manera de concebir al derecho como una técnica de motivación social revela también el fenómeno de su autoridad, y sugiere ese rasgo de la *normatividad del derecho*<sup>6</sup>. La forma como el derecho lleva a cabo esta función no es, pues, a través de una mera enunciación de consejos o insinuaciones, sino que tiene aspiraciones de influir decisivamente en el curso de acción de las personas. La autoridad legislativa se vale de diversos mecanismos para alcanzar el objetivo

---

<sup>4</sup> En contraposición a la teoría del proceso judicial que considera que la razón de ser de la actividad probatoria es la persuasión, la corriente cognoscitivista mantiene que el objeto primordial de la actividad judicial es la averiguación de la verdad. Se ha dicho que ambas teorías divergentes son reflejo de epistemologías distintas (se puede ver una descripción de esta teoría en Michele TARUFFO, *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, en Revista Discusiones núm. 3: Prueba y conocimiento, 2003, pp. 15-41). Por ejemplo, la primera parte de una idea objetivista de la verdad y la segunda de una concepción subjetivista o constructivista de la misma. Más adelante volveré sobre estos temas cuando me refiera a la relación entre prueba y verdad.

<sup>5</sup> Como dice Pablo NAVARRO en *Los límites del derecho*, Bogotá, Temis, 2005, p. 2, “[e]l derecho regula la conducta humana restringiendo las opciones de los individuos, prescribiendo que ciertas acciones deben ser producidas o evitadas con independencia de si los destinatarios de las normas desean o creen conveniente comportarse de esa manera”. Podría afirmarse, siguiendo a Raz, que la prevención de comportamientos indeseables y el aseguramiento de comportamientos deseables es la función “más fundamental y elemental que el derecho realiza”, y que dicha función forma parte de los valores jurídicos internos. Ver Joseph RAZ, *La autoridad del derecho - Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, 2da. Edición, 1985, p. 207 y ss.

<sup>6</sup> La normatividad del derecho está arduamente discutida en la teoría. Dos trabajos fundamentales sobre el punto son los de María Cristina REDONDO, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996; y Juan Carlos BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; que estudian exhaustivamente esta tesis a partir del análisis de cómo el derecho ingresa como una *razón para la acción* dentro de la estructura de deliberación de los agentes.

de motivación de conductas: premios, beneficios, reconocimiento, sanciones, castigos, etc. Todo este elenco de respuestas estatales es lo que la autoridad legislativa incorpora a las normas en el elemento ‘consecuencia jurídicas’ (o ‘soluciones normativas’). En efecto, una manera bastante común de caracterizar a las normas jurídicas es como aquellos “enunciados que (es decir, las expresiones lingüísticas que) correlacionan casos con soluciones”<sup>7</sup>. Supuesto de hecho y consecuencia jurídica son, pues, los elementos de la norma jurídica.

Según el esquema de ALCHOURRÓN y BULYGIN las normas establecen las propiedades relevantes que definen un cierto universo de casos, dentro del universo del discurso. Los *casos genéricos* son definidos por una propiedad P que se proyecta sobre un determinado universo del discurso, y los *casos individuales* son situaciones o acontecimientos que se producen en una determinada ocasión espacio-temporal y que tienen la propiedad definitoria P. Los casos individuales son, en tal sentido, una “instanciación” del caso genérico. El asesinato de Juan a Pedro es un *caso individual* del *caso genérico* homicidio.

Ahora bien, ¿tienen las normas procesales alguna incidencia en este esquema? Una respuesta a esta pregunta requiere introducir la noción de *caso judicial*. A pesar de que habitualmente son confundidos con los casos individuales, NAVARRO recomienda diferenciar al *caso judicial* de los anteriores tipos de casos. El caso individual y el caso judicial se parecen en que, a diferencia del caso genérico, se refieren a situaciones particulares. Sin embargo, mientras que un caso individual posee la misma solución que el caso genérico al que pertenece, un caso judicial puede tener (y con frecuencia la tiene) una solución distinta de la que establece el derecho para el caso genérico. Para la solución de un caso individual, no es necesaria ninguna nueva decisión normativa, pero para la identificación de un caso judicial y su solución, es necesaria siempre una decisión jurisdiccional<sup>8</sup>.

El siguiente ejemplo muestra con claridad cómo se relacionan estos tres tipos de “casos”:

[s]upongamos que una norma general dispone que los deudores deben abonar una suma de dinero, y que que A le exige a B el pago de una deuda. Supongamos también que B ya ha cancelado su deuda, pero que ha extraviado el recibo y no tiene ninguna constancia de su pago. En otras palabras: B no es deudor, v. gr. su caso individual no es una instancia de los hechos operativos que prevé, en abstracto, nuestra norma general. A pesar de ello, en virtud de la prueba producida en el proceso y de las

---

<sup>7</sup> Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, 5ta. Reedición, 2006, p. 37.

<sup>8</sup> NAVARRO, *Op. cit.*, p. 75 y ss. La diferencia, pues, entre caso individual y caso judicial es que un “caso individual de homicidio no forma parte de la clase de casos regulados por las normas del homicidio en virtud de la decisión de un juez, sino únicamente por el modo en que han sucedido ciertos hechos en el mundo... la verdad del enunciado “Bruto mató a César” no depende de lo que sostiene un juez, sino únicamente de cómo ha ocurrido la muerte de César. Por el contrario, la solución de un caso judicial siempre requiere pronunciamiento del órgano jurisdiccional”

obligaciones procesales que contiene el sistema del juez, el órgano de decisión debe condenar a B a pagar la deuda<sup>9</sup>.

La idea entonces de la relación entre proceso judicial y motivación del derecho debería propugnar porque el sistema de reglas que rige la decisión institucional del juez garantice que éstas se adopten basándose en la verdad de lo ocurrido (garantías epistemológicas<sup>10</sup>). Como indica FERRER<sup>11</sup>:

[s]ólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios.

Si pensamos en el ejemplo con el que comenzó este trabajo, de jueces que deciden un caso de homicidio por sorteo, parece claro que en esos supuestos la motivación del derecho sería imposible que se verifique, pues resulta por completo azaroso que quien cumpla con el supuesto de hecho de la norma (caso genérico) se le aplique su solución: en el ejemplo, el castigo previsto para el homicidio.

**b. Diferencia entre prueba y verdad:** Siguiendo la idea de la *primera intuición* podría decirse, entonces, que el problema de la verdad ingresa al proceso a través de la cuestión del conocimiento de los hechos. Los jueces, para resolver un caso, deben conocer si los hechos realmente ocurrieron; las proposiciones fácticas que empleen en sus resoluciones deben ser verdaderas.

Ahora bien, qué entendemos por determinar la verdad de las proposiciones fácticas. ¿Acaso eso importa que lo que concluya un juez *constituye* la verdad de lo ocurrido? Aquí conviene distinguir la noción de verdad y prueba<sup>12</sup>, o la diferencia que existe entre que una proposición *es* verdadera, por un lado, y que una proposición *es tenida* por verdadera, por otro<sup>13</sup>. En algún sentido esta distinción se asemeja a lo que los procesalistas denominan *verdad formal* y *verdad material*, aunque su imprecisión aconseja a no utilizarla<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> NAVARRO *id. cit.*

<sup>10</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Op. cit.*

<sup>11</sup> FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, p. 30.

<sup>12</sup> *Id. cit.*

<sup>13</sup> Jordi FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Segunda Edición, Marcial Pons, 2005, p. 73 y ss.

<sup>14</sup> FERRER BELTRÁN: “la distinción entre verdad material y verdad formal pone el acento en la autoridad que se confiere a la declaración de hechos probados realizada por el juzgador y en la irrelevancia jurídica de la verdad material una vez resuelto el caso” en *Op. cit.* p. 70.



La verdad objetiva o material, es la correcta descripción de hechos independientes. Más técnicamente: equivale al concepto de *verdad semántica* o *verdad como correspondencia*<sup>15</sup>. La verdad de dicha proposición es, pues, independiente de quien la formule y sólo depende de los hechos del mundo. Como indica FERRER<sup>16</sup>:

la verdad de la proposición *p* que se menciona en el enunciado probatorio “Está probado que *p*” no depende en absoluto de lo que decida el juez, que emite el enunciado probatorio su decisión. Tampoco depende de nada que haya podido suceder en el transcurso del proceso, ni de los medios de prueba aportados al mismo, etc. Depende única y exclusivamente, de su correspondencia con el mundo: de que los hechos que *p* describe se hayan producido efectivamente.

Siguiendo con la forma “Está probado que *p*”, lo que sí depende del juez que decide el caso, dice Ferrer, es considerar a *p* como verdadera. De modo que es importante distinguir entre que una proposición “Sea verdadera” a que “Sea tenida por verdadera”. En el primer caso, todo depende de su correspondencia con la realidad y, en el segundo, de que el órgano decisor *accepte* como verdadera a la proposición<sup>17</sup>. De este modo puede advertirse la diferencia que existe entre las proposiciones “Es verdad que *p*” y “Tener por verdadero a *p*”. La distinción es crucial para comprender, como más adelante veremos, que existen distintos tipos de inocentes o culpables, pues los hay “materiales” y “procesales”.

Asimismo sostiene GASCÓN ABELLÁN que, puesto que verdadero y probado son conceptos diferenciados, desde el cognoscitivismo se asume que la declaración de hechos probados de la sentencia puede ser falsa. Más aún, como los hechos no son demostrables deductivamente a partir del material probatorio (el razonamiento probatorio está constituido principalmente por inferencias inductivas), la certeza de los mismos nunca es absoluta sino, acaso, relativa. Poseen una *fisonomía probabilística*, de modo que existe la posibilidad del error judicial<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> El primer desarrollo más articulado de esta teoría de la verdad como correspondencia puede atribuirse a TARSKI, y es común que se la ejemplifique con el enunciado empleado por él: “la nieve es blanca si, y solo si, la nieve es blanca”. Vale decir que un enunciado es verdadero si se corresponde con la realidad. Es importante aclarar que ello es independiente de la persona que emite dicho enunciado. Puede verse en Alfred TARSKI, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, recogido en Juan Antonio NICOLÁS y María José FRÁPOLLI (editores), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 70 y ss.

<sup>16</sup> FERRER BELTRÁN, *Prueba...*, p. 74

<sup>17</sup> Claro que esa decisión puede ser errónea, pues los jueces, como señala FERRER BELTRÁN, *Prueba...*, p. 78, “[p]ueden decidir tener por probado *p*, declararlo probado. Pero la verdad del enunciado probatorio depende de que exclusivamente existan o no elementos de juicio suficientes a favor de *p* que hayan sido aportados al proceso”. Más adelante volveremos sobre esta idea de elementos de juicio suficientes cuando nos refiramos a los estándares de prueba.

<sup>18</sup> Esta autora señala también que: “la distinción [para ella: entre verdad y prueba] juega también un importante papel metodológico, pues pone de manifiesto la necesidad de establecer garantías (epistemológicas) para hacer que la declaración de hechos probados obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad” en *Op. cit.*, cap. I.3.

**c. Decisiones sin verdad, un caso: el castigo a inocentes.** Desde luego que el error judicial representa un problema que el diseño de las instituciones procesales debe tener presente. Las impugnaciones, por ejemplo, encuentran su justificación en este riesgo. Mientras más importante sea lo que está en juego en un litigio judicial, mayor será, obviamente, el costo del error. Es por esto que, como informa GASCÓN, para la Ilustración la concepción probabilística del conocimiento de los hechos y la aceptación de la posibilidad del error judicial (frente al procedimiento inquisitivo, que era indiferente a la falibilidad de la actividad de los jueces) fue uno de los argumentos predilectos a favor de la abolición de la pena capital y de la reforma de las leyes penales y procesales<sup>19</sup>.

En este sentido el castigo a un inocente es el ejemplo más dramático de decisiones judiciales sin verdad. Sobre este tema voy a volver luego de estudiar cómo una advertencia similar a la de la Ilustración frente a la concepción inquisitiva del proceso penal es empleada en contra de las justificaciones consecuencialistas del castigo. Mostraré que resulta sumamente relevante trazar distinciones entre clases de inocentes, pues la plausibilidad de las críticas depende en gran medida de esas precisiones.

## **2. La justificación consecuencialista de la pena**

Con frecuencia la aplicación de normas jurídicas busca causar sufrimiento a ciertos individuos. Este sufrimiento deliberadamente impuesto, sin embargo, no es considerado una práctica inmoral. Es en la justificación de esta práctica en la que están embarcadas las discusiones sobre por qué castigar. Aquí me centraré en una de las posturas que se alegan. Más concretamente en aquella que sostiene que la moralidad de la pena reside en los efectos beneficiosos que la práctica del castigo brinda a una sociedad.

Antes de seguir es importante aclarar qué entenderemos por pena. Este paso es indispensable para nuestros fines porque la cuestión del castigo a inocentes podría ser resuelta a través de atajos dialécticos o, mejor dicho, a través de “barreras definicionales”. Por ejemplo, siguiendo a HART los casos centrales de pena reunirían las siguientes características<sup>20</sup>:

---

<sup>19</sup> *Id. cit.*

<sup>20</sup> HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, Second Edition, 2008, pp. 4-5.

- a ) la pena implica la privación de derechos normalmente reconocidos u otras medidas consideradas no placenteras;
- b) es consecuencia de un delito;
- c) es aplicada en contra del autor del delito;
- d) aplicada por personas distintas del ofendido;
- f) es aplicada por un órgano del mismo sistema que ha convertido en delito el acto de que se trata.

Si si éstos fueran los elementos necesarios y suficientes del concepto de pena, una manera de evadir la crítica al consecuencialismo sería, pues, decir que si se aplicara un castigo en contra de un inocente, ese castigo no sería una pena sino alguna otra medida aflictiva diferente (puesto que no se cumple con la característica c). Dado que el objeto de justificación del consecuencialismo es la práctica de la pena, sus críticos estarían errando al blanco. Estipularé, entonces, que "pena" es la privación de derechos normalmente reconocidos u otras medidas consideradas no placenteras, aplicada como consecuencia de un delito, por personas distintas del ofendido por un órgano predispuesto por el mismo sistema que ha convertido en delito el acto de que se trata.

Las teorías consecuencialistas o, más específicamente, utilitaristas, comparten la fórmula política de “la máxima felicidad dividida entre el mayor número”<sup>21</sup>. En muy resumidos términos puede decirse que defienden la moralidad del castigo por sus resultados preventivos. Las cuatro finalidades preventivas indicadas comúnmente por el utilitarismo penal como justificaciones de la pena, son: la enmienda o corrección del reo (prevención especial positiva), su neutralización o puesta en condiciones de no causar perjuicios (prevención especial negativa), la disuasión de todos los demás de la tentación de imitarle mediante el ejemplo del castigo o su amenaza legal (prevención general negativa), la integración disciplinar de unos y otros y el consiguiente reforzamiento del orden mediante la reafirmación penal de los valores jurídicos lesionados (prevención general positiva)<sup>22</sup>.

En este trabajo me interesa principalmente la prevención general negativa, *i.e.* aquellas teorías que justifican el castigo en función de la intimidación que supone la pena, el ejemplo hacia los demás ciudadanos. La disuasión. Esta sería la doctrina sobre la justificación del castigo de la que más se cuestiona su pasividad frente al castigo a inocentes. Pues como ya había adelantado,

---

<sup>21</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 262.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 262 y ss.

una crítica clásica al consecuencialismo en esta materia es justamente ésta: su indiferencia hacia los falsos positivos. En palabras de FERRAJOLI<sup>23</sup>:

una concepción semejante del fin de la pena legitima intervenciones punitivas guiadas por la máxima severidad y sobre todo desprovistas de cualquier certeza y garantía: no sólo la pena ejemplar, *sino incluso el castigo del inocente*, desvinculado de la culpabilidad y de la averiguación misma del delito, tal y como sucede cuando se diezma o se ejecutan represalias.

En efecto, para los críticos, conforme el consecuencialismo, la cuestión de si se castiga a la persona culpable del delito resulta por completo contingente. Como refiere FERRANTE<sup>24</sup>:

[n]o hay ninguna razón consecuencialista para castigar al culpable; sólo hay razón para castigar a aquel cuyo castigo produce las mejores consecuencias netas. Se especula con que esa persona será normalmente un culpable por un delito de la clase de delitos que se quiere disuadir con el castigo. Pero bien puede ocurrir que las mejores consecuencias se sigan de castigar a alguien que no es culpable, sino, por ejemplo, a alguien que, sin serlo, es sin embargo masivamente creído culpable. Se sigue de las premisas consecuencialistas que *ceteris paribus* debemos castigar a esa persona inocente.

Ahora bien, ¿por qué para la primera intuición el castigo a inocentes es vista como una práctica que, en tanto supone decisiones judiciales falsas, obtura los fines de motivación de conductas del derecho?

En mi opinión ambas intuiciones están analizando el mismo fenómeno pero desde perspectivas, si se quiere, temporales, diferentes. En efecto, es cierto que en un caso específico castigar a un inocente (v. gr.: porque el clamor popular lo considera el culpable) pueda tener efectos disuasorios. Pero la mentira no puede repetirse siempre<sup>25</sup>. Si ésta fuera la solución a largo plazo, me parece muy dudoso que la ciudadanía continúe motivada por un proceso judicial que sistemáticamente castiga a inocentes. Vistas las cosas de este modo, la verdad de la primera

---

<sup>23</sup> FERRAJOLI, *Op. cit.*, p. 276 (itálicas añadidas).

<sup>24</sup> Marcelo FERRANTE, *Filosofía del derecho penal*, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/13.pdf>

<sup>25</sup> En un artículo titulado *Sobre derecho y la averiguación de la verdad*, SEBASTIÁN REYES MOLINA (DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 40, 2017, pp. 317-336) formula una serie de críticas a la idea de Jordi Ferrer de que existe una relación necesaria entre la averiguación de la verdad y motivación de conductas. Una de ellas considera que “la búsqueda de la verdad no es necesaria puesto que se podría cumplir el mismo fin por medios distintos a esta en la medida que parezca como si fueran el producto de la investigación veraz”, es decir: lo importante no es la verdad sino la apariencia de la verdad. Esta crítica no me parece atendible. En el proceso penal de los Estados contemporáneos, emplazados en lo que se conoce como la Era de la Información, resulta extremadamente difícil imaginar cómo podrían tener éxito preventivo un conjunto de reglas procesales que instituyan la sola apariencia de veracidad como fundamento suficiente de los hechos en todas las decisiones judiciales.

intuición sólo podría darse desde un enfoque diacrónico, y la de la segunda desde un enfoque sincrónico.

Este razonamiento probablemente tenga su origen en RAWLS, quien defiende al consecuencialismo de su conocida crítica reconociendo que la práctica del castigo posee una dimensión expresiva y que debe analizarse a partir de la idea de que el mismo tiene lugar porque la autoridad emite reglas. Es ese sistema de reglas el que debería ser analizado frente a la crítica y no casos aislados. De este modo se libera al consecuencialismo del compromiso con el castigo a inocentes, pues el cálculo consecuencialista debe hacerse respecto de “la institución creada para el castigo de inocentes”<sup>26</sup>:

Una razón para esto es que el castigo funciona como una especie de sistema de precios: al alterar los precios que uno tiene que pagar por el desempeño de las acciones, proporciona un motivo para evitar algunas acciones y hacer otras. Las características definitorias son esenciales para que el castigo funcione de esta manera; de modo que una institución que carece de estas características, por ejemplo, una institución creada para "castigar" a los inocentes, será casi igual a un sistema de precios (si se puede llamar así) donde los precios de las cosas cambian al azar día tras día y uno aprende el precio de algo después de que uno ha aceptado comprarlo

### **3. Castigo a inocentes ¿qué inocentes?**

Ahora puede verse que a partir del análisis de los conceptos de prueba y verdad estudiados más arriba es posible identificar con claridad el tipos de casos en los que la primera intuición es correcta y donde la crítica al consecuencialismo fracasa por formular una falsa denuncia.

La articulación efectuada más arriba entre las nociones de prueba y verdad permite estudiar el fenómeno del error judicial. Es importante aclarar que los errores en los que me voy a enfocar se circunscriben al derecho procesal penal y son de carácter epistémico (*i.e.*: no me referiré a un error judicial causado por la selección incorrecta de una norma sustantiva o, incluso, por un equívoco en la aplicación de una regla procesal cualquiera, que no tenga carácter epistémico). En este apartado me voy a valer principalmente del grupo de casos que toma Larry LAUDAN en su gran obra *Verdad, error y proceso penal*<sup>27</sup>. Señala este autor que:

ocurre un error cuando una persona inocente es tratada como culpable o cuando una persona culpable no es hallada como tal por el sistema... [son entonces casos de], en la primera clase de error un *falso hallazgo inculpatório* y, al segundo, un *falso hallazgo exculpatório*.

---

<sup>26</sup> John RAWLS, *Two Concepts of Rules*, The Philosophical Review, Vol. 64, No. 1, 1955, p. 12. Para una crítica al utilitarismo de la regla ver Will KYMLICKA, *Filosofía política contemporánea –Una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995, 41-42.

<sup>27</sup> Ed. Marcial Pons, trad. Carmen VÁZQUEZ ROJAS y Edgar AGUILERA, 2013.

El objeto de estudio de LAUDAN son, pues, esos errores suscitados en los procesos penales que no se relacionan con si el sistema siguió puntualmente o no las reglas jurídico-procesales sino “con determinar si los fallos judiciales en efecto condenan al culpable o liberan al inocente”<sup>28</sup>. Comparte la distinción entre prueba y verdad porque rechaza afirmaciones del tipo “lo que es verdad es aquello que las pruebas (presentadas en juicio) indique que es verdad”. Con mayor claridad todavía señala que “la confusión surge cuando se considera que un veredicto es correcto en tanto cuadre con las pruebas presentadas, sin referencia alguna a lo que pasó en el mundo...”. Es decir, LAUDAN también aboga por la importancia de trazar la distinción entre la proposición “es verdad que *p*” y la proposición “tener por verdadero *p*”. La primera depende de su correspondencia con la realidad (verdad por correspondencia), la segunda de una decisión (aceptación) del juez o tribunal que resuelve un caso. Por esto, agudamente indica que si fuera cierta esta frase repetida hasta el hartazgo “el acusado es inocente en tanto su culpabilidad no sea probada” no tendría sentido decir “absolución falsa”. Agrega el autor “[d]ebemos rechazar la noción de que, de alguna extraña manera, los fallos *crean* la culpabilidad o la inocencia de las personas”<sup>29</sup>. Distingue entre verdad de un fallo y validez de éste para referirse a esos casos en que el procedimiento fue correctamente seguido y el fallo es ajustado a derecho (validez), sin embargo la decisión es falsa en el sentido de que tiene por verdadera a una proposición que no lo es.

La presunción de inocencia, insiste Laudan, no hace inocente a una persona genuinamente culpable y tampoco limpia del error a la absolución de esa persona genuinamente culpable:

[L]as únicas personas inocentes son aquellas que no cometieron el delito, sin importar lo que un jurado haya podido concluir acerca de su culpabilidad o inocencia y con independencia de lo que las pruebas disponibles parezcan indicar

Dado entonces que la proposición “x es culpable” puede querer decir tanto que “x cometió el delito en cuestión” como “x fue condenado por el sistema jurídico”, LAUDAN denomina al primer sentido de culpables *culpabilidad material* (culpables m) y al segundo sentido *culpabilidad probatoria* (culpables p).

A su vez cabe también distinguir entre la *inocencia material* (inocentes m) y la *inocencia probatoria* (inocentes p). Pertenece al primer grupo la proposición “x es inocente” y al segundo “x

---

<sup>28</sup> LAUDAN, *Op. cit.*, p. 34.

<sup>29</sup> LAUDAN, *Op. cit.*, p. 35.

fue exonerado o liberado del escrutinio judicial”. Yo agregaré a este último grupo también “x es considerado inocente por el sistema judicial”, es decir: a todo aquel que sea beneficiario de la presunción de inocencia.

\*\*\*

### **Tipos de inocentes y fuerza motivadora del derecho**

Se dijo al principio que había una aparente contradicción entre cuestionar al consecuencialismo porque su propósito de maximizar la prevención era compatible con el castigo a inocentes y sostener, paralelamente, que sólo si el proceso judicial cumple con su función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir las conductas de sus destinatarios.

El castigo a un inocente puede ser visto como un ejemplo de un proceso judicial que fracasó en la búsqueda de la verdad, impedido, por lo tanto –si la primera intuición es correcta–, de motivar conductas. Por esta razón, o bien la crítica al consecuencialismo le atribuye complacencia con una situación que jamás se verificaría, o bien no es cierto que sólo buscando la verdad se logra la motivación de conductas a través del derecho. Adelanté en la introducción que ambas intuiciones registran instancias en las que pueden ser verdaderas y también otras en las que resultan al menos dudosas. También adelanté que si se realizan algunas precisiones conceptuales pueden salvarse de esa ambivalencia e incluso volverse compatibles. Podría defenderse con argumentos consecuencialistas la importancia de la verdad en el derecho en orden a motivar conductas (o fracasar el derecho en ese intento), como así también incurrir en el riesgo de justificar el castigo a inocentes porque ello disuade más conductas (o que ello represente un sinsentido).

- a. *Supuestos en los que el castigo a inocentes frustra el fin de motivar conductas (prevenir delitos).*

Son aquellos que hacen verdadera la *primera intuición*, y muestran lo desacertada que puede ser la crítica al consecuencialismo contenida en la *segunda intuición*. El tipo de inocentes en los que se está pensando en dichas intuiciones es aquellos que de hecho lo son, es decir, inocentes *m*.

Siguiendo el enfoque rawlsiano, imaginemos dos tipos de reglas que claramente propicien esta clase de supuestos. Unas sustanciales y otras procesales.

El primer caso sería aquel en el que el castigo a inocentes forme parte de la norma sustantiva, por ejemplo, de una contenida en el código penal. Más específicamente, inserta en el supuesto de hecho. Imagínese una formulación normativa que dijese “Si tuviere lugar un homicidio, se aplicará a un inocente una pena de 8 a 25 años de prisión”. Una disposición de esta clase difícilmente logre disuadir a los destinatarios de cometer asesinatos. Dado que la consecuencia normativa que el Estado tendría prevista para el caso en que una persona mate a otra sería producirle sufrimiento deliberado (aplicar una pena) a un tercero, la única expectativa de motivación estaría en que alguien dispuesto a matar se persuada de no hacerlo para que un tercero no sufra este mal. El ejemplo luce ciertamente extravagante, y la posibilidad de que esta norma sea vista como una técnica de motivación social es por completo irracional. Aquí el consecuencialismo tendría una posible defensa: si sus críticos tienen en mente el castigo a inocentes resultante de una práctica con normas de esta clase, esta práctica jamás podría ser defendida porque promueve la prevención. El ejemplo no funciona, sin embargo, para mostrar una instancia de aplicación plausible de la *primera intuición*. Ello, pues, no hace referencia al proceso judicial.

Podría pensarse entonces en reglas procesales que abandonen abiertamente la búsqueda de la verdad. Más arriba he puesto el ejemplo de que ante el caso de un homicidio, en lugar de buscar y castigar a los culpables, los jueces lo decidan por un sorteo<sup>30</sup>. Supongamos que los enunciados normativos sustanciales sean como las de nuestros ordenamientos jurídicos. V. gr.: “el que matare a otro tendrá una pena de 8 a 25 años de prisión”. Pero, en cambio, que las reglas procesales contengan disposiciones del tipo: “para aplicar la sanción prevista por el delito de homicidio, los jueces realizarán un sorteo”. Si el castigo se sometiera a una regla de este tipo, el mismo sería un caso paradigmático de castigo de inocentes, inocentes *m* (¿y culpables *p*?). Como se refiere desde la teoría que vimos antes<sup>31</sup>, un proceso judicial estructurado de esta manera malograría la función social del derecho de motivar conductas. Aunque el homicidio esté penado (el caso genérico de

---

<sup>30</sup> El Código de Hammurabi subordinaba a la naturaleza la prueba de la falsa denuncia de brujerías: “Artículo 2: Si alguien ha acusado a un hombre de prácticas de brujería, pero si no ha podido probarlas, el que ha sido acusado irá al río; se zambullirá en el Río. Si el río lo ha dominado, su acusador tomará su casa. Pero si el río ha purificado a este hombre y si ha salido de él sano y salvo, se matará a aquél que lo ha acusado de prácticas de brujería; aquel que se ha sumergido en el río, tomará la casa de su acusador” (extracto tomado de la cartilla en español disponible en el Museo del Louvre).

<sup>31</sup> FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, p. 35.



homicidio), y aunque el caso individual sea una instancia del caso genérico, ningún caso judicial podría condenar a los culpables *m*, porque la decisión institucional sería, en definitiva, imponer la sanción a inocentes *m*. Es obvio también que el castigo administrado de este modo tampoco podría ser defendido con argumentos consecuencialistas, por promover la prevención de delitos. De tal forma que las críticas al consecuencialismo carecerían de sentido.

En definitiva: la *primera intuición* es obviamente cierta en supuestos en los que el proceso judicial incorpora una regla en el sistema del juez que *garantiza* que la consecuencia normativa de la regla sustancial no se aplicará respecto de quien realizó la conducta propia del caso genérico. Considero que en esta primera intuición descansa, además, el tipo de evaluación que propone RAWLS. Es decir: analiza los efectos de “la institución del castigo a inocentes”.

*b. Supuestos en los que el castigo a inocentes no necesariamente frustra el fin de motivar conductas (prevenir delitos).*

Ahora bien, ¿cabe la misma conclusión si el castigo no es ya a un inocente *m* sino a un culpable *p* condenado con pocas pruebas, probablemente inocente *m*? ¿puede predicarse lo mismo si la actividad del juez está regida por reglas menos estrambóticas que las expuestas en el apartado anterior? Es decir, leyes que no desafíen tan ostensiblemente la verdad de una decisión condenatoria. Es fácil advertir que las leyes procesales de los códigos modernos son de este tipo. En lugar de subordinar a un sorteo el castigo de un individuo, obligan a los jueces a aplicar el derecho vigente concluyendo la premisa fáctica de acuerdo a su “íntima convicción”, o “la sana crítica racional”, o que la condena sea decidida sólo si el caudal probatorio confirma la hipótesis acusatoria “más allá de toda duda razonable”, etc<sup>32</sup>. En nuestras legislaciones es posible, incluso, identificar un “derecho a la prueba”<sup>33</sup>. De acuerdo a lo que dije antes, las condenas decididas en este tipo de procesos arroja resultados de *culpabilidad probatoria*<sup>34</sup>. Puesto que no se descarta que esa condena recaiga en un *inocente material*, cabría preguntarse si, dado el caso de un error, la

---

<sup>32</sup> Ya veremos las diferencias relevantes que existen entre estas fórmulas cuando examinemos la idea de estándares de prueba.

<sup>33</sup> FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, p. 52.

<sup>34</sup> Cabe aclarar que esta noción es ambigua: podría referirse a la declaración judicial de culpabilidad o a la conclusión de culpabilidad que se infiere de las pruebas. Las dos no tienen porqué coincidir: puede ser que el juez declare la culpabilidad sin que ella se infiera de las pruebas presentadas (hay un error judicial inferencial) o al revés (otro error inferencial).

condena a dicho inocente priva necesariamente al derecho de sus fines de motivación de conducta (*primera intuición*). La respuesta no me parece tan obvia como en los supuestos anteriores y, como veremos en la próxima sección cuando estudiemos los argumentos de KAPLOW, incluso puede pensarse que si el sistema de reglas del juez reduce sus exigencias probatorias, dadas ciertas condiciones adicionales, aumenta el efecto disuasorio<sup>35</sup>.

### **III. La averiguación de la verdad, ¿un obstáculo para la fuerza motivadora del derecho.**

Más allá de cuáles sean las reglas concretas que estructuran un determinado proceso judicial, es posible identificar en general tres momentos de la actividad probatoria<sup>36</sup>. Un primer momento que es el de “conformación de los elementos de juicio”, dominado por las reglas de admisibilidad y producción de la prueba, donde las partes proponen y practican el conjunto de la evidencia que consideran favorable a sus pretensiones. Es en base a estas pruebas que el juzgador luego deberá tomar su decisión<sup>37</sup>. El segundo momento es el de la “valoración de los elementos de juicio y prueba”, típicamente realizado en la sentencia donde el juez, si el proceso no impone resultados probatorios (prueba tasada), “deberá valorar el apoyo empírico que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto”<sup>38</sup>. El tercer momento es el de “la adopción de la decisión sobre los hechos probados” que, dado que el resultado de la valoración al que se llegue no implica por sí solo la decisión a adoptar, todo dependerá aquí del estándar de prueba que se utilice<sup>39</sup>.

Mi intención en esta parte del trabajo es explorar aunque sea someramente *a)* qué relación existe entre los estándares de prueba y la verdad en el proceso penal. Repasaré las notas relevantes que se esgrimen a favor de la idea de que existe una relación conceptual entre el error judicial que estudiamos más arriba (que provoca absoluciones injustas y condenas injustas), y el estándar de prueba penal. Por otra parte, pretendo analizar *b)* la relación que puede trazarse entre los estándares

---

<sup>35</sup> Haré notar la incidencia que en esta argumentación tiene aquella idea de BECCARÍA de que la eficacia de la prevención, se encuentra más relacionada a la certeza de la imposición de la pena que a lo aflictivo de la misma (en Cesare BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Segunda Reimpresión, 2002, p. 79).

<sup>36</sup> FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, p. 41 y ss.

<sup>37</sup> Si el proceso estuviera gobernado por una concepción racionalista, la regla principal para esta etapa sería aquella que dispone que toda prueba relevante debe ser admitida.

<sup>38</sup> FERRER BELTRÁN, *Op. cit.*, p. 45. Ferrer también indica que es en este momento donde reina sin competencia el valor de la averiguación de la verdad.

<sup>39</sup> *Op. cit.*, p. 47 y ss.

de prueba y la motivación de conductas; más específicamente la prevención de delitos. En esta parte veremos algo paradójico: que esa relación entre estándares de prueba y verdad no traslada simétricamente a la motivación de conductas la misma consecuencia que la *primera intuición* atribuía a las leyes procesales que buscan la verdad. En otras palabras, y a partir del desarrollo que algunos autores han hecho sobre los estándares de prueba, destacaré que un estándar de prueba penal más laxo puede cumplir mejores fines preventivos que uno más estricto. Allí bosquejaré algunos fenómenos punitivos actuales que en ocasiones aparentan tener esta idea por detrás.

Al final propondré otros valores, distinto de los fines de motivación del derecho, que podrían emplearse a efectos de defender la idea de que el proceso judicial debería tener como norte la averiguación de la verdad.

### **a. Estándares de prueba y verdad**

El momento de la valoración otorga diversos grados de corroboración a cada una de las hipótesis en juego y ello resulta insuficiente para tomar una decisión sobre los hechos. Para esto, como refiere Ferrer, necesitamos conocer cuál es el *umbral* por encima del cual se acepta como probada una hipótesis: “debemos determinar el grado de probabilidad suficiente para dar por probada la hipótesis”<sup>40</sup>. Asimismo, a pesar de que con fines expositivos pueda resultar útil, ese umbral no puede ser fijado en términos numéricos, cuantificando la probabilidad de cada una de las hipótesis<sup>41</sup>. El estándar de prueba debe formularse en términos de probabilidad cualitativa (propia del razonamiento inductivo)<sup>42</sup>, y no cuantitativa (matemática).

---

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 139. Conectando esto con su trabajo sobre Prueba y verdad en el derecho (2002), refiere que si el enunciado “está probado que *p*” es sinónimo de “hay elementos de juicio suficientes a favor de *p*”, el estándar de prueba es el que fija dicho umbral de suficiencia.

<sup>41</sup> *Op. cit.*, p. 120-138. Ver también en Larry LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 120 y ss., quien si bien reconoce un uso heurístico en la utilización de probabilidades numéricas señala que sus limitaciones para fijar un estándar de prueba objetivo radica en los problemas que la estimación de probabilidades supone para nuestras propias creencias y la tendencia instalada en los procesos penales de en lugar de razonar sobre “el vínculo inferencial que debe existir entre las pruebas disponibles y la hipótesis de que se trata” la prueba “se plantea en términos de los niveles de confianza subjetiva de quienes realizan la indagación correspondiente”.

<sup>42</sup> FERRER BELTRÁN, *Op. cit.*, p. 147, da el ejemplo de un estándar marcadamente elevado para el proceso penal en los siguientes términos: “para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: 1) la hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. 2) deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*”. Puede mencionarse otro menos estricto y preciso, como el que recoge Laudan (*Op. cit.*, p. 127) de Ronald ALLEN quien piensa que una instrucción al jurado podría enunciarse de este

Otra cuestión importante a tener en cuenta es que el umbral de suficiencia no es siempre el mismo. Existen variaciones respecto de la materia de que se trata. En el *common law*, por ejemplo, es usual identificar el estándar de prueba civil como el de la “preponderancia de prueba”, y al penal como “más allá de toda duda razonable”. Incluso se verifica que dentro de los procesos de cada materia existen diversos estándares para distintos tipos de decisiones: en el penal no es lo mismo el estándar de prueba requerido para el dictado de una prisión preventiva que para una condena<sup>43</sup>. También suele marcar diferencias en los estándares el tipo de investigación de que se trata: es usual que el estándar para la condena por un delito sexual sea menos exigente que para un homicidio<sup>44</sup>.

Como ya se puede advertir, la cuestión de en qué punto fijar un estándar de prueba resulta crucial en la toma de decisiones sobre los hechos. Una característica muy bien analizada y que denota la importancia de esta definición es que el “estándar de prueba es un mecanismo que permite distribuir los errores judiciales en la declaración de los hechos probados”<sup>45</sup>.

Ahora estamos en condiciones de explicitar en qué consiste, para este enfoque, dicha importancia y qué relación existe entre el estándar de prueba y la verdad.

Los estándares de prueba no reducen el riesgo del error judicial sino que lo distribuyen. Funcionan como “un mecanismo para la distribución de errores”<sup>46</sup>. Como explica en sus clases Jordi Ferrer, para la disminución del error debe trabajarse en el primer momento, es decir, el de la formación del conjunto de los elementos de juicio. Sin embargo la definición del estándar de prueba es sumamente relevante en su función de *distribuir* el riesgo probatorio. Lo significativo del papel que desempeñan los estándares de prueba puede advertirse con toda claridad si se analiza qué hay detrás de dicho riesgo. En el caso de la proceso civil, por ejemplo, nos parece razonable que una hipótesis supere el estándar si tiene una probabilidad mayor del 50 por 100 (“que la hipótesis sea

---

modo “si existen pruebas inculpatorias fiables cuya presencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente, sumado a la ausencia de pruebas exculpatoria que sería muy difíciles de explicar si el acusado fuera culpable, entonces condene; de lo contrario, al absuelva”. Lo importante es que el estándar de prueba penal sea claro, objetivo e intersubjetivamente controlable. Es decir, que el patrón de corrección de las decisiones en materia de prueba no puede depender de lo que piense el decisor, de sus estados mentales: certezas, convicciones, etc.

<sup>43</sup> En ese sentido LAUDAN habla de “eslabones epistémicos” (*Op. cit.*, p. 134).

<sup>44</sup> FERRER BELTRÁN, *La valoración...*, p. 140.

<sup>45</sup> FERRER BELTRÁN, *Op. cit.*, p. 143.

<sup>46</sup> LAUDAN, *Op. cit.*, p. 110. Hay autores que sostienen que los estándares de prueba no necesariamente surten este efecto. KAPLOW entiende que: [l]as cargas de prueba más estrictas pueden, en escenarios plausibles, aumentar en lugar de disminuir el número de condenas falsas, y la presencia de costos sociales más altos de las sanciones también tiene implicaciones ambiguas con respecto a si la carga de prueba debe ser mayor o menor (en Louis KAPLOW, *Burden of proof*, *The Yale Law Journal*, 2012, p. 714). También escéptico sobre esta función de los estándares de prueba Ronald J. ALLEN, *Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico*, en Carmen Vázquez (editora), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid, 2013, pp. 41-64.

más probable que su negación”). Esto es así porque, *a priori*, no tenemos una preocupación asimétrica, *i.e.*, no creemos que resulte más grave que el juez haga lugar a una demanda que sostiene hechos falsos en contraposición a que rechace una demanda donde los hechos que se invocan son verdaderos. *Ceteris paribus*, desconociendo el contenido de la demanda, nos parece imposible inclinarnos razonablemente por el actor o el demandado. Es decir: un estándar como el de la preponderancia de las pruebas distribuye el riesgo de falsos positivos y falsos negativos en mitades. Sin embargo, como explica Laudan (2013: 105):

“establecemos el umbral más allá del punto medio sólo cuando creemos que una de las clases de error que pueden cometerse es más costosa –por lo que nos interesa que se evite con mayor asiduidad que la otra–... En el contexto del derecho procesal penal, cuando establecemos el umbral de prueba en un punto mayor (o más alto) al de la preponderancia de las pruebas, estamos diciendo con ello que tratamos de otorgar al acusado el *beneficio de la duda*, puesto que pensamos que condenar erróneamente a un inocentes es peor que absolver a un culpable”

Vistas así las cosas, un estándar de prueba para la condena en un proceso penal expresa cuánto nos preocupa castigar a un inocente (inocentes *m*) frente al horizonte de que la decisión que adoptemos acerca de dónde coloquemos el umbral de suficiencia también impactará en cuántos culpables *m* sean erróneamente declarados absueltos.

De esta manera se hace patente la relación que existe entre el estándar de prueba penal y el beneficio de la duda. Como señala Laudan: es el estándar de prueba el que incorpora la dosis de beneficio de duda que consideramos apropiada. Es decir: mientras más beneficio de duda queramos concederle al imputado, más severo tendrá que ser el estándar de prueba”<sup>47</sup>.

Ahora bien, que el costo de las condenas falsas sea demasiado alto no implica que las absoluciones falsas no signifiquen un problema. Los inconvenientes que apareja la impunidad son múltiples. Entre otros costos que podrían pensarse: un delincuente que debería estar preso, está en libertad; la legítima expectativa de la víctima de que el sistema penal reacciona ante lo que le sucedió se frustra; se envía un mensaje disfuncional a la sociedad de que los delitos no reciben castigo, y ello imposibilita el efecto disuasorio que tienen las leyes penales. Entonces, si esto es así, la pregunta es cuántas condenas falsas estaríamos dispuestos a tolerar sabiendo que eso incidirá

---

<sup>47</sup> LAUDAN, *Op. cit.*, pp. 105-106. Es por esta distribución asimétrica del riesgo probatorio en el proceso penal que Ferrer señala que lo que comúnmente se dice sobre que es la presunción de inocencia la que determina que la “carga de la prueba” está en cabeza de la acusación, sino que es el estándar más exigente requerido para la condena el que impone aquello. Esto es así porque “[s]i la hipótesis de la acusación no alcanza el nivel de corroboración requerido por el estándar de prueba que le es aplicable, ésta no podrá considerarse probada y, por tanto, la falta de prueba perjudicará a la acusación” (Ferrer, *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*, p. 184).

en el número de absoluciones falsas. La extrema sensibilidad de la cuestión lleva a considerar correctamente, en mi opinión, que el estándar de prueba debería formar parte del contrato social. En consecuencia, debe trabajarse en una formulación del mismo que sea capaz de reflejar “las actitudes sociales respecto de los costos respectivos de las absoluciones falsas y de las condenas falsas” (Laudan 2013: 117). O como señala Ferrer “la definición concreta de cada estándar de prueba presupone una decisión valorativa que corresponde hacer al poder legislativo” (Ferrer 2007: 143).

Ahora bien, ¿qué nos dicen los estándares de prueba sobre la verdad de las decisiones judiciales? Analizando el caso de las condenas, el estándar de prueba penal establece cuán probable debe ser la hipótesis de la acusación para tener éxito. Esto es, qué tan cercano debe ser el culpable  $p$  del culpable  $m$ . Paralelamente, mientras más riguroso sea el estándar requerido para la condena, determinará qué tan improbable es que el culpable  $p$  sea un inocente  $m$ .

Si la *primera intuición* expresada en la introducción mantuviera su tesis sobre la relación entre la verdad y la motivación del derecho, diría que mientras más elevado sea el estándar de prueba, más efectos motivadores tendría el derecho. Pues bien, en lo que sigue veremos cómo esta tesis puede resultar problemática.

### **b. Estándares de prueba y fuerza motivadora del derecho**

Las reglas procesales buscan primordialmente dirigir las acciones de los sujetos procesales, pero en ocasiones también procuran influenciar en las conductas de personas ajenas al proceso. Así, por ejemplo, la regla contenida en el art. 1193 del Código Civil argentino que señala que “los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos”, no sólo establece cómo deben probarse esta clase de acuerdo de voluntades, sino que también tiene un importante efecto práctico: las personas reciben un potente incentivo para que celebren por escrito esa clase de contratos porque, en el caso de que ante los estrados judiciales sea puesta en duda la existencia del acuerdo, no valdrá la prueba testimonial para alegarla<sup>48</sup>. Pues bien, mi propósito aquí será analizar si resulta posible atribuir a las reglas que configuran el estándar de prueba penal algún efecto de este tipo. Esto es: si a través

---

<sup>48</sup> Tomo el ejemplo de Diego PAPAYANNIS, a quien se lo escuché en su magnífico seminario impartido en Girona en junio de 2017, en el marco del Máster en Razonamiento Probatorio.

de dichas reglas puede buscarse alguna influencia en las conductas de los ciudadanos (v. gr.: la disuasión de conductas delictivas), y no solamente ser una pauta de decisión para los jueces.

Esta es la clase de consideraciones que tiene en mente Kaplow en *Burden of proof* (2012)<sup>49</sup> cuando se refiere a cómo se debería proceder a la hora de buscar establecer el umbral de prueba óptimo en orden a lograr el bienestar social. Asume a lo largo de su trabajo que existe una relación entre la fijación del estándar de prueba y la motivación de conductas. En efecto, considera, por ejemplo, que una disminución en las exigencias probatorias necesarias para el castigo de una actividad dañosa logra mejores resultados disuasorios: “reducir levemente el umbral de evidencia aumentará la probabilidad de que las personas que contemplan la comisión de actos perjudiciales esperen estar sujetas a sanciones”<sup>50</sup>.

En otra parte de su trabajo también señala que “para las personas que pueden cometer actos perjudiciales, la perspectiva de responsabilidad produce disuasión mientras que la posibilidad de una absolución errónea lo diluye”<sup>51</sup>. Vale decir que, para Kaplow, la determinación del umbral de suficiencia tiene incidencia en la motivación del derecho. Más específicamente, él considera que un estándar de prueba bajo (que logre un mayor número de condenas y un menor número de absoluciones de culpables  $m$ ), produce disuasión.

El propio LAUDAN reconoce que “cada incremento en la severidad de nuestro estándar de prueba hace más difícil condenar a cierta porción de quienes son verdaderamente culpables”<sup>52</sup>. Y parece claro que el aumento del número de condenas multiplicará el mensaje disuasorio de la pena prevista para los delitos sobre los que versen los juicios.

En mi opinión, este es el trasfondo del conocido argumento de BECCARIA<sup>53</sup> favorable a la existencia de penas menos severas pero aplicadas con mayor eficacia:

[n]o es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez,

---

<sup>49</sup> Debe aclararse que el trabajo de Louis KAPLOW está especialmente dirigido al derecho de daños. Sin embargo, los argumentos que utiliza sobre el efecto disuasorio de actos dañinos como consecuencia de introducir variaciones en los estándares de prueba resulta plenamente aplicable a casos penales.

<sup>50</sup> KAPLOW, *Op. cit.*, pp. 746-747. Cabe aclarar que en su cálculo considera además otras variables, como la cuantía de la sanción contra los beneficios obtenidos con el acto dañino ejecutado (pp. 764, 766). En cualquier caso, no discute que una medida favorable a la disuasión es la disminución en el estándar de prueba. Además, sus consideraciones acerca del monto de la sanción se refieren más bien a aquellos casos en los que ésta juega en contra de la disuasión por ser inferior a los beneficios privados del acto (*i.e.*: pago por dañar y aun así gana). Supuesto que en los casos centrales de derecho penal (aquellos con penas de prisión), difícilmente reportan saldos positivos en el cálculo.

<sup>51</sup> KAPLOW, *Op. cit.*, p. 745.

<sup>52</sup> LAUDAN, *Op. cit.*, p. 118.

<sup>53</sup> BECCARIA, *Op. cit.*, p. 79.

que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres; y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza.

Aunque no debería perderse de vista que un efecto desagradable del exceso de prevención es el denominado ‘chilling effect’ (efecto enfriamiento o paralizante). Se conoce así al desaliento a realizar conductas “dudosas”; es decir, que no son delictivas pero representan un correlato de la acción de prevenir conductas que sí lo son. En tal sentido SCHAUER indica<sup>54</sup>:

El efecto paralizante (‘chilling effect’) es el fenómeno del exceso de disuasión, y la etiqueta proviene del hecho de que una conducta conforme a derecho puede ser disuadida o enfriada, en la medida en que los actores racionales (y, especialmente, aquellos aversos al riesgo) en condiciones de incertidumbre a menudo se abstendrán de llevarla a cabo por temor a la responsabilidad, y no lo harán por la posibilidad de que esa conducta a pesar de su legalidad generará responsabilidad jurídica en un mundo de inseguridad jurídica e instituciones legales imperfectas

En este sentido, Kaplow reconoce que el costo de seguir el camino de reducir el estándar de prueba para lograr la disuasión de conductas dañinas es que, paralelamente, se estarán desalentando conductas inocuas en términos de ‘chilling effect’. Dado que promover la disuasión y disminuir el *chilling effect* representan objetivos racionales, la fijación del estándar de prueba debería estar, en su opinión, enfocado en el equilibrio entre ambas aspiraciones.

Es por este efecto colateral a la prevención que a KAPLOW no le interesaría tanto ese rasgo de los estándares de prueba de distribuir los riesgos de error judicial sino, más bien, equilibrar el número de conductas dañinas disuadidas con el de conductas benignas desalentadas a causa de fijar el estándar de prueba en un determinado punto<sup>55</sup>. Subraya que este contra-estímulo de conductas inocuas o aun deseables suele ser pasado por alto en el estudio de las cargas de la prueba<sup>56</sup>:

la fuerza de la carga de la prueba también determina la magnitud de las principales consecuencias negativas del sistema legal además de los costos operacionales directos: a saber, asignaciones erróneas de responsabilidad. Una probabilidad no trivial de que aquellos que cometen actos benignos puedan ser considerados responsables tenderá a enfriar el comportamiento deseable.

---

<sup>54</sup> SCHAUER, Frederick, *The Ubiquity of Prevention, Prevention and the Limits of the Criminal Law Edited by Andrew Ashworth Lucia Zedner and Patrick Tomlin*, Oxford University Press, 2013, pp. 16-18.

<sup>55</sup> KAPLOW, *Op. cit.*, pp. 762-772.

<sup>56</sup> KAPLOW, *Op. cit.*, p. 746.



Sin embargo considero que la apuntada disutilidad del *chilling effect* puede también someterse a un cálculo de costos y beneficios y arrojar resultados positivos en términos de prevención. El ‘chilling effect’ es la contracara de la incertidumbre en la administración del castigo, y creo que es posible otorgarle fuerza disuasoria de conductas genuinamente dañinas a la incertidumbre. Al respecto puede ser útil repasar algunas cuestiones discutidas en torno a la legalidad penal y su corolario *lex certa*.

La certeza sobre que una determinada conducta está prohibida penalmente constituye una razón más que importante para que los ciudadanos no la cometan. En tal sentido podría pensarse que mientras más clara sea la formulación de una ley que describe una conducta prohibida, mayores serán los incentivos que reciban las personas para abstenerse de ejecutarla. Por ejemplo, para Claus ROXIN<sup>57</sup>:

“si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de potenciales delincuentes, la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida”

Sin embargo –y esto es lo que me interesa subrayar– también es notable que la incertidumbre acerca de si un curso de acción pueda ser considerado por las autoridades como un delito funciona como un estímulo para que los agentes racionales no lo lleven a cabo. Este es el punto de vista que defiende Íñigo ORTIZ DE URBINA<sup>58</sup>:

la prevención general sí puede funcionar sin necesidad de taxatividad, y de hecho puede hacerlo incluso con más eficacia (aunque con menor legitimidad): si los contornos de un tipo penal no son claros pero la sanción por su quebrantamiento sí es lo suficientemente severa, los ciudadanos tenderán a omitir no sólo las conductas que piensan que pueden disgustar a los órganos encargados de la persecución, sino también otras dudosas. Asimismo, los encargados de la persecución y sanción de las conductas delictivas podrán perseguir y sancionar comportamientos cuya punición no entraba dentro de los planes de legislador en el momento de emitir la disposición cuando posteriormente se piensen que tal persecución o sanción es útil “para mandar un mensaje”.

Considero que con la averiguación de la verdad y los estándares de prueba se pueden reproducir esas contraposiciones que exhiben los penalistas citados en torno al mandato constitucional de *lex certa*. En efecto, también en esta área del derecho surgen las mismas dudas

---

<sup>57</sup> Claus ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, T. 1, Madrid, Civitas, 1997, p. 146.

<sup>58</sup> en *¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal*, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 176.

sobre qué efectos prácticos pueden esperarse a partir de la dualidad entre la incertidumbre y la certeza.

En cualquier caso, todas las afirmaciones que he realizado en este apartado relativas a ciertos efectos preventivos asociados a la variación de los estándares de prueba requerirían de pruebas empíricas. Aunque sin pruebas de campo, la viabilidad de estos argumentos podría ser plausible si se concedieran algunos presupuestos propios del análisis económico del derecho. A saber: que los individuos son agentes racionales y toman decisiones acerca de un curso de acción de acuerdo con cálculos de costos y beneficios. Si esto es así, involucrarse en actividades delictivas es un curso de acción más. En consecuencia, todo el mecanismo de disuasión que hemos venido analizando en el trabajo asume que el derecho penal o, más específicamente, el castigo, interfiere en el cálculo que realiza el delincuente aumentando el costo de cometer el delito. La disminución de estándares contribuiría a elevar ese costo del derecho penal en tanto incrementa las probabilidades de que la aplicación del castigo se hará efectiva.

De todos modos, aquí sólo me importaba remarcar, una vez más, que existe una relación entre la motivación del derecho y las reglas que configuran un estándar de prueba penal; o, con otras palabras, entre la prevención y las reglas de prueba<sup>59</sup>. Y esa relación no reproduce el vínculo entre verdad y motivación que expuse en la primera parte.

En síntesis, creo que la incidencia de un estándar de prueba y la motivación de conductas puede estar movida por los siguientes factores. Los mismos podrían diferenciarse entre aquellos favorables a disminuir el estándar de prueba y aquellos que aconsejen agravarlo.

*a.* Relajar el estándar de prueba en la condena penal puede aparejar beneficios preventivos por dos razones:

- Mayor eficiencia de la acusación.

---

<sup>59</sup> En un reciente trabajo, Ezequiel MALARINO mantiene una argumentación similar a la desenvuelta en este apartado. Coincidentemente, señala que existe este vínculo entre reglas de prueba y disuasión. También objeta a la “postura tradicional” (dentro de la cual ubica centralmente a Larry LAUDAN) haberse enfocado solamente en la distribución de riesgos de error y haber descuidado el efecto preventivo que puede estar detrás de la fijación del estándar de prueba penal. Considera que la postura tradicional no analiza correctamente los costos. En sus palabras: “el conflicto de intereses, tal como es presentado por la opinión tradicional, es exageradamente simplista. El descuido de la prevención lleva a creer que la ponderación relevante es entre el mal de penar a *inocentes* y el mal de no penar *culpables*, cuando, en verdad, se trata fundamentalmente, aunque no sólo, de una ponderación entre el mal de penar *inocentes* y el mal de lesionar, asesinar, etc., a *inocentes*. Por lo tanto, un estándar de prueba, en lugar de minimizar el riesgo de un daño inmerecido a acusados *inocentes*, debería, ante todo, minimizar el riesgo de un daño inmerecido a *inocentes tout court*” (itálicas propias). Tomado de Ezequiel MALARINO, *Sobre el descuido de la prevención en la distribución del error en el juicio penal*, en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO, Daniel PASTOR (directores), *Prevención e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 247 y ss.

Es razonable pensar, de acuerdo a lo que mostré, que si la acusación tiene menos dificultades para lograr que sus casos lleguen a un desenlace incriminatorio alcanzará un número mayor condenas. Consecuentemente, ese incremento de condenas vía disminución de estándares de prueba potenciará el mensaje disuasorio del derecho penal.

- *Chilling effect:*

Como señalamos antes, una consecuencia de la incertidumbre en la aplicación de sanciones es ese efecto secundario de que los agentes racionales (y mucho más aquellos aversos al riesgo) evitarán ejecutar conductas que aunque no sean delictivas puedan parecerlo, o puedan ser empleadas como prueba de la comisión de un delito. En diversos fenómenos criminológicos, la dificultad probatoria del delito se subsana disminuyendo el umbral de suficiencia. Esto se verifica cuando se otorga un gran valor probatorio a conductas comúnmente asociadas o indicativas de un obrar delictivo, pero que en rigor no lo son<sup>60</sup>.

Pues bien, un relajamiento de la exigencia probatoria que las reglas procesales imponen a la acusación para una condena podría traducirse en la aceptación de prueba tasada o presunciones legales en las que el hecho que habilita a tener por probada la conducta penalmente relevante sea en sí mismo inocuo, pero razones preventivas justifiquen dicho criterio. Piénsese en el siguiente ejemplo: doctrina jurisprudencial que en casos de abusos sexuales de menores asignen un marcado valor probatorio a los “indicios de oportunidad”, al punto que se considere suficiente para tener por probado un abuso que el menor señale en su declaración a un mayor, y que ese mayor tuvo ocasión de estar cerca del niño. Un criterio de esta clase muy probablemente desaliente a los mayores a que se acerquen a menores desconocidos por la incertidumbre acerca de si, incluso obrando lícitamente, pueda verse involucrado en este grave delito. Sin dudas que la conducta “estar a solas con un niño”

---

<sup>60</sup> Podría trazarse aquí una analogía con lo que ocurre en el derecho sustancial con los denominados “delitos de peligro abstracto”, donde el castigo se adelanta a acciones que en sí no producen ningún daño pero que suponen un alto riesgo de provocarlo. Son esos supuestos en los que, como señala Carlos NINO, existe una falta de coincidencia entre las acciones punibles y las acciones que se trata de precaver (*Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 304 y ss.). En efecto, a pesar de que parecería haber un requisito programático para el éxito del efecto disuasorio del derecho penal que exige “la asociación entre los actos que los individuos se ven inducidos a evitar y los actos que acarrear pena”, también es cierto que: “En efecto, a pesar de que parecería haber un requisito programático para el éxito del efecto disuasorio del derecho penal que exige “la asociación entre los actos que los individuos se ven inducidos a evitar y los actos que acarrear pena”, también es cierto que: En efecto, a pesar de que parecería haber un requisito programático para el éxito del efecto disuasorio del derecho penal que exige “la asociación entre los actos que los individuos se ven inducidos a evitar y los actos que acarrear pena”, también es cierto que: “frecuentemente el derecho penal declara punibles actos que son, aisladamente considerados, inocuos, para prevenir algunos otros, que sí son dañinos y que, en cierta forma, son facilitados por los primeros; por ejemplo, la ley puede prohibir cultivar amapolas blancas para impedir que de ellas se extraiga el opio” (NINO, *op. cit.*, p. 306).

es inocua, y hasta podría resultar socialmente beneficiosa<sup>61</sup>, pero su neutralización vía disminución de estándares de prueba podría quizá disminuir el número de casos en los que los mayores efectivamente se aprovechan de la situación.

*b.* Relajar el estándar de prueba en la condena penal también puede promover la delincuencia.

A partir de lo que hemos visto, y sobre todo cuando analizábamos las instancias en las que la *primera intuición* podría ser verdadera, es dable señalar que si las reglas procesales relajan demasiado los estándares de prueba, el mensaje de mayores condenas puede dejar de transmitir que ello equivalga a la aplicación del código penal. En efecto, ese incremento en las probabilidades de que se castigue a inocentes ( $m$ ), puede irradiar un mensaje de impunidad que aliente a quienes están pensando en cometer un delito a hacerlo, dadas las altas probabilidades de que la autoridad dirija su aparato punitivo hacia la persona equivocada (v. gr. porque en el caso castigar a este hipotético inocente sea menos costoso en términos probatorios). Claro que, llegado a este punto, no sería racional mantener el estándar de prueba así de bajo toda vez que ni siquiera razones preventivas justificarían el alto costo de mantener un estándar tan proclive a las falsas condenas<sup>62</sup>. Pero imagino a este rango de irracionalidad sumamente bajo. Muy inferior, incluso, a estándares de prueba como el de la “preponderancia de pruebas”. Piénsese que si el criterio fuera solamente (de acuerdo a lo que venimos analizando en este apartado) maximizar la prevención, alcanzaría con que por aplicación de dicho estándar de prueba el hecho de ser culpable  $m$  incremente en  $x$  las probabilidades de ser castigado con tal de que ser un inocente  $m$  y aun así ser condenado no supere  $x$ .

#### **IV. Algunas notas finales**

*1.* En primer lugar, una apreciación metodológica. El efecto en la motivación del derecho de las decisiones judiciales sin verdad, y su caso paradigmático del castigo a inocentes contenido en la primera y la segunda intuición, debe ser leído diacrónicamente. Es decir: el cálculo de utilidades no debe hacerse pensando en un caso individual sino en reglas que se institucionalizan (se aplican a lo largo del tiempo). Tratándose pues de un supuesto de “consecuencialismo de

---

<sup>61</sup> Como la amistad de Alfredo y Toto en la majestuosa *Cinema Paradiso* de Giuseppe TORNATORE (1988).

<sup>62</sup> En el mismo sentido, MALARINO, *Op. cit.*, p. 259.

reglas”, la evaluación de la hipótesis del castigo a inocentes tiene que ser puesta en términos de cómo funcionaría el fin de motivación del derecho con reglas que instituyeran esa manera de administrar el castigo. ¿Qué efectos prácticos tendría la ‘institución del castigo a inocentes’?

Visto de este modo, la averiguación de la verdad juega un papel menos importante para la fuerza motivadora del derecho que el que se sugiere a partir de la primera intuición. Pero esto no quiere decir, como mostramos al final del punto anterior, que la relación entre verdad y motivación sea contingente. Una disminución demasiado marcada de los estándares de prueba puede elevar la probabilidad de condenas injustas a punto tal que esa probabilidad y la del castigo a culpables *m* se equilibren en un nivel tan bajo que el fin del derecho penal de interferir en el cálculo de costos y beneficios de cometer un delito se frustre.

2. Lo anterior no contradice que la relación entre la verdad y los estándares de prueba tiene una incidencia central para la distribución de ese costo asimétrico que en el proceso penal tienen los falsos positivos y los falsos negativos. La extrema sensibilidad del asunto aconseja a que sea a través de los representantes del pueblo que se fijen los estándares de prueba que, en definitiva, tendrán que ver con la distribución de esos errores<sup>63</sup>.

Pero por lo que se ha analizado, ese no es el único costo que debería tomarse en consideración. Los estándares de prueba desempeñan también un papel importante en la fuerza motivadora del derecho, y esa es una variable que el aludido cálculo debe incorporar también: frente al beneficio de la maximización de la prevención ¿qué acciones inocuas (o aun benéficas) van a ser paralizadas en aras de disminuir las cifras de la delincuencia? ¿cuánta libertad se cederá por esto?

Un análisis de cómo estas razones preventivas pueden estar incidiendo en el discurso judicial y penal actual me parece imprescindible, pero ya desde el comienzo advierto que enfrentaría importantes obstáculos. Estos tienen que ver, fundamentalmente, con la recopilación de datos útiles. Los tribunales no explicitan sus estándares de prueba y, mucho menos, reconocen que disminuyen sus criterios de suficiencia para castigar<sup>64</sup>. Más allá de esta limitante, tengo la

---

<sup>63</sup> Jordi Ferrer Beltrán, *Op. cit.*, p. 142.

<sup>64</sup> Las dificultades para analizar jurisprudencia sobre el razonamiento probatorio de los jueces tiene raíces todavía más profundas, en gran medida vinculadas a que la técnica analítica cede espacio, en este aspecto, a la técnica narrativa. Como observa Gascón Abellán sobre los déficits en la motivación fáctica de las sentencias que “[q]uizás la tara más evidente tiene que ver con el estilo de la motivación. O más exactamente, con el hecho de que en nombre de la valoración conjunta se abusa de la técnica del relato” en *Op. cit.*, Cap. IV, 3.1.

impresión de que algunas expresiones neopunitivistas<sup>65</sup> actuales (o de “política criminal”, como gusta decir a los penalistas), tienen en la disminución de las exigencias de prueba para la condena uno de sus rasgos fundamentales. Veo indicios claros en este sentido cuando se introducen, en la valoración de la prueba de sentencias condenatorias de algunos grupos de casos<sup>66</sup>, argumentos relativos a la necesidad de castigo<sup>67</sup>, efectividad del mismo<sup>68</sup>, consideraciones sobre el contexto de la vulnerabilidad de la víctima, el contexto global, etc.

A partir de algunas líneas de argumentación que he bosquejado en mi trabajo creo que podría mostrarse que estas corrientes neopunitivistas son completamente racionales en sus políticas dirigidas a la justificación fáctica de las sentencias. Una disminución en la aspiración de que las decisiones judiciales decidan de acuerdo a la verdad puede tener resultados preventivos. En otras palabras, que breguen por la disuasión de conductas dañinas en esos casos a partir de la disminución de los estándares de prueba requeridos para la condena importaría una adecuación correcta de los medios hacia los fines (preventivos). Obviamente esto no sería suficiente para justificar la incorporación de dichas reglas. Entre otras cuestiones, debería responderse a la objeción moral que merece una institución que incremente el riesgo de error de las decisiones judiciales en el sentido de castigar inocentes. Aquí, como se ve, vuelve a cobrar importancia la crítica a la justificación consecuencialista del castigo.

---

<sup>65</sup> Siguiendo en esto a Daniel PASTOR, Neopunitivismo es “la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social, hasta el punto de confundir por completo... la protección civil y el amparo constitucional con el derecho penal mismo” en *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, 2006, <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>

<sup>66</sup> Me refiero a casos catalogados como “violencia familiar”, “violencia de género”, “delitos contra los niños”, “delitos de cuello blanco”, “delitos de lesa humanidad”, “terrorismo”, etc.

<sup>67</sup> Por ejemplo, en el caso de la violencia de género es común que en los fallos se citen compromisos internacionales asumidos por los países en orden a que están a “proceder con la diligencia debida para prevenir, investigar, enjuiciar y castigar esos actos de violencia por motivos de género”. Dichas obligaciones internacionales provienen, por ejemplo, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). Algunos precedentes recogidos en orden a mostrar una supuesta mengua en las exigencias probatorias podrían encontrarse en: Expte. n° 8796/12 “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos NewberyGreve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis CP”, sentencia del 11 de septiembre de 2013. Expte. n° 9510/13 “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Taranco, Juan José s/ inf. art(s) 149 bis, amenazas, CP (p/ L 2303)”, sentencia del 22 de abril de 2014, de acuerdo a lo expresado por Nicolás Omar VARGAS en <http://www.pensamientopenal.com.ar/>

<sup>68</sup> Ver, por ejemplo, la causa P. 128.468, “A., C. A. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 74.617 del Tribunal de Casación Penal de la ciudad de Buenos Aires, Sala V.

3. Vistos también los costos adicionales que el *chilling effect* supone para la práctica del castigo, pienso que otra razón por la que el proceso judicial debe buscar la verdad es la previsibilidad. La posibilidad de los individuos de diseñar sus planes de vida se ve seriamente alterada cuando las decisiones judiciales que se expiden sobre su libertad, patrimonio, etc., adoptan estándares de prueba demasiado bajos. Obviamente la seguridad jurídica también descansa en que el derecho cumpla con su función social de motivar conductas. La seguridad jurídica, en definitiva, es otro valor que requiere de la búsqueda de la verdad en el proceso<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Lo mismo cabría concluir respecto de las demás áreas del derecho. Como advierte KAPLOW: “[a]sí como la anticipación de que se asignará adecuadamente responsabilidad fomenta la interacción contractual mutuamente beneficiosa, las preocupaciones por los errores pueden desalentarla. La aplicación incorrecta de la ley antimonopolio puede enfriar la competencia agresiva o la colaboración útil; con la ley de valores, los costos de recaudación de capital pueden ser ineficientemente elevados; en cuanto a la responsabilidad médica, los médicos pueden evitar pacientes o tratamientos de alto riesgo y participar en medicina preventiva, en *Op. cit.*, pp. 745-746.