

Pablo Larsen

Universidad Torcuato Di Tella

Universidad de Buenos Aires

-

Reglas, estándares y dos modelos de derecho probatorio para el proceso penal

Sumario

-

El objetivo de este trabajo es analizar dos formas alternativas de regular el derecho probatorio para el proceso penal e indagar en las razones que pueden ofrecerse para optar por una de ellas, en particular si se asume un compromiso fuerte con la necesidad de evitar condenas a personas inocentes. Para ello, luego de exponer los principales rasgos de esas alternativas, se argumenta que existen buenas razones para optar por un derecho probatorio que incluye normas jurídicas redactadas en la modalidad de “reglas” y limita de forma fuerte la discrecionalidad judicial, en lugar de un modelo que, al basarse en “estándares”, reduce esa discrecionalidad solo de forma débil.

Abstract

-

The goal of this paper is to analyze two models of evidence law for the criminal procedure and inquire into the reasons that can be offered to make a choice between them, especially for those who assume a strong compromise with reducing the number of wrongful convictions. After describing the main features of those models, this paper argues that there are good reasons for choosing a model of evidence law that includes “rules” and reduces judicial discretion in a strong sense, instead of a model that is based on “standards” and reduces judicial discretion only in a weak form.

Abstract

-

Ziel der vorliegenden Arbeit ist, zwei Regelungsalternativen des Beweisrechts im Rahmen des Strafverfahrens zu analysieren und sich nach den Gründen zu fragen, welche von denen am geeignetsten ist – insbesondere wenn man das Ziel erreichen möchte, strafrechtliche Verurteilungen Unschuldiger zu vermeiden. Nach der Darstellung der wesentlichen Merkmale dieser Alternativen wird argumentiert, dass es gute Gründe dafür gibt, sich für ein von Vorschriften in der Form von „Regeln“ geprägtes Beweisrecht zu entscheiden, das den gerichtlichen Ermessensspielraum stark begrenzt, anstatt ein auf „Maßstäbe“ basierendes Modell zu vertreten, das den gerichtlichen Ermessensspielraum nur schwach begrenzen kann.

Title: Rules, standards and two models of evidence law for criminal procedure

Titel: Regeln, Maßstäbe und zwei Beweisrechtsmodelle für Strafverfahren

-

Palabras clave: derecho probatorio, discrecionalidad judicial, reglas, estándares, condenas erróneas.

Keywords: evidence law, judicial discretion, rules, standards, wrongful convictions.

Stichwörter: Beweisrecht, gerichtlicher Ermessensspielraum, Regeln, Maßstäbe, Fehlurteile.

-

1.2020

Recepción

10/03/2019

-

Aceptación

30/11/2019

-

Índice

-

1. Introducción

2. Dos modelos de derecho probatorio para el proceso penal

2.1. El modelo “basado en estándares”

a. Estándares para la admisibilidad de la prueba

b. Estándares para la valoración de la prueba y la decisión final sobre los hechos probados

c. Balance

2.2. El modelo “reglado”

a. Reglas para la admisibilidad de la prueba

b. Reglas para la valoración de la prueba y la decisión final sobre los hechos probados

c. Balance

3. Sobre los límites a la discrecionalidad judicial y la confianza en las personas encargadas de decidir

3.1. Por qué razones diseñar un sistema con base en estándares o mediante reglas?

3.2. La desconfianza frente a la discrecionalidad como algo valioso en el derecho penal (¿y también en el derecho probatorio?)

3.3. La desconfianza hacia los tribunales por el temor a que cometan errores al resolver cuestiones relevantes

3.4. ¿Contradicciones en quienes rechazan la adopción de un modelo “reglado”?

3.5. Balance

4. La relación entre la desconfianza hacia la discrecionalidad judicial en el derecho probatorio y la protección de la persona inocente frente al riesgo de ser condenada por error

4.1. Problemas del modelo “basado en estándares”

4.2. La posible solución de esos problemas mediante la adopción de un modelo “reglado”

a. Sobre la toma de decisiones basada en reglas

b. Reglas en la admisibilidad de la prueba

c. Reglas en la valoración de la prueba y en la decisión final sobre los hechos probados

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

1. Introducción*

Suele afirmarse que los procesos penales son un método diseñado para determinar la *verdad* acerca de una hipótesis –típicamente sobre la existencia de un hecho y su atribución a una persona– y así lograr la aplicación de las respectivas consecuencias jurídicas –tradicionalmente, la imposición de sanciones–.¹ Sin embargo, al igual que en todos los procesos de toma de decisiones humanas, siempre existe la posibilidad de que se cometan *errores*. De ese modo, puede afirmarse que un hecho existió y que fue cometido por una determinada persona cuando ello en realidad no sea así (“falso positivo” o condena a una persona inocente), o puede concluirse que no se logró demostrar la existencia de ese hecho o que esa persona fue su autora, cuando en realidad haya sucedido lo contrario (“falso negativo” o absolución de una persona culpable). Ello obliga a asumir una realidad amarga: el proceso de determinación de los hechos que llamamos “proceso penal” es, por definición, una herramienta falible. Tal como advierte LAUDAN:

Si bien el Estado se compromete a reducir en gran medida el riesgo que corren los ciudadanos a causa de personas malintencionadas, admite que ello se logra a costa de imponer un nuevo riesgo. Dado que el Estado emplea tribunales para adjudicar imputaciones de violaciones de la ley, es inevitable que de vez en cuando se detenga y condene por error a un ciudadano inocente por un crimen que no cometió.²

El carácter falible del proceso penal genera la necesidad de determinar qué tipo de errores se está dispuesto a tolerar que ocurran con mayor frecuencia. Es por ello que uno de los rasgos que tradicionalmente han diferenciado al proceso penal de otros procesos judiciales es la adopción de una distribución de los riesgos de error que se incline *preferentemente* por la posibilidad de absolver a personas culpables antes que condenar a inocentes.

La principal razón que suele ofrecerse al momento de intentar justificar esa preferencia es una que destaca el “costo” de los errores que se pueden cometer en el proceso penal y el valor que se asigna a la necesidad de evitarlos. De ese modo, suele argumentarse que la inclinación por la

* Abogado (Universidad Nacional de La Plata, 2015). Especialista en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella, 2019). Docente en la asignatura “Régimen del proceso penal” (Universidad de Buenos Aires, cátedra del Prof. Dr. Fernando Córdoba, curso a cargo del Prof. Matías Díaz). Contacto: pablolarsen93@gmail.com. Algunas de las ideas desarrolladas en este artículo fueron presentadas en la Universidad de Buenos Aires el 18 de diciembre de 2018, en el marco del seminario “Nuevas perspectivas sobre el proceso penal”, dirigido por el Prof. Dr. Máximo Langer. Agradezco a las personas que asistieron al encuentro por sus comentarios y, en particular, a Máximo Langer, Alan Limardo, Santiago Mollis y Pablo Rovatti por las críticas y sugerencias realizadas luego de la lectura de un borrador de este trabajo. Del mismo modo, agradezco a las/los árbitros/os que evaluaron el artículo por sus valiosas recomendaciones.

¹ En este sentido MAIER, *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2016, p. 800 (“El procedimiento judicial es, en gran medida, un método, regulado jurídicamente, de investigación histórica, precisamente porque uno de sus fines [...] consiste en el intento de averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica, positiva o negativa, que constituye el objeto del procedimiento”) y FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 2007, p. 30 (“Sólo 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”). El debate acerca de qué debe entenderse por “verdad” en el marco del proceso penal es complejo y no es necesario abordarlo en este trabajo. Al respecto ver TARUFFO, *La prueba*, 2008, pp. 23 ss.

² LAUDAN, «El contrato social y las reglas del juicio: un replanteo de las reglas procesales», en EL MISMO, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, 2011, p. 200.

necesidad de evitar los “falsos positivos” se explica por la idea de que es más grave castigar a una persona inocente que absolver a una culpable, especialmente cuando está en juego la posibilidad de privarla de su libertad. Algunas máximas muy difundidas entre penalistas, según las cuales es preferible absolver a “diez, cien o mil” personas culpables antes que condenar a una inocente, expresan con claridad la intuición que está detrás de esa postura.³ En otras ocasiones esa idea también suele ser asociada con la adopción de la presunción de inocencia como derecho fundamental de la persona imputada, tal como sucede cuando se afirma que su función es “evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable (la condena de inocentes), para lo cual se está dispuesto a asumir el riesgo de un resultado que tampoco se desea (la absolución de culpables), pero que se considera menos malo que el otro”.⁴ En alguna oportunidad ese compromiso con la evitación de condenas erróneas ha sido expresado en términos radicales. Por ejemplo, según STEIN, “el objetivo último de todas las normas y principios que rigen la prueba penal es el de proveer a los acusados de una inmunidad integral e implacable” contra ese riesgo.⁵

La descripción ofrecida hasta aquí puede ser definida como la presentación tradicional acerca del *fin institucional* del proceso penal y de la *decisión valorativa* que suele adoptarse al distribuir los riesgos de error: determinación de la verdad de los hechos + una preferencia fuerte, aunque no absoluta, por la absolución de personas culpables –salvo, claro está, que se adopte como solución la renuncia a un método por definición falible como el proceso penal–.

El objetivo de este trabajo es utilizar ese “panorama tradicional” –el cual, pese a generar intensos debates, será considerado justificado *por mor del argumento*⁶– como punto de partida para

³ Para un desarrollo de esta cuestión, conocida como la *ratio* de la distribución de los errores, ver VOLOKH, «*n* Guilty Men», *U. Pa. L. Rev.*, (146), 1997, pp. 173 ss.

⁴ ATIENZA, «Sobre la argumentación en materia de hechos», *Jueces para la democracia*, (22), 1994, p. 84. Sin embargo, podría ser apresurado concluir que la presunción de inocencia implica, por sí sola, un compromiso fuerte con la necesidad de evitar condenas erróneas. Sobre ello ver FERRER BELTRÁN, «Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia», en MARTÍ/MORESO (eds.), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho*, 2012, pp. 181 s. (argumentando que “el derecho a la presunción de inocencia presupone la vigencia de un estándar pero no implica estándar de prueba alguno” y que “es compatible con distintos estándares de prueba, no necesariamente muy elevados”).

⁵ STEIN, *Foundations of evidence law*, 2006, p. 177.

⁶ Si la necesidad de evitar las condenas a personas inocentes debiera ser considerada como una prioridad del sistema de enjuiciamiento penal, o si una distribución de los riesgos de error como la descrita se encuentra debidamente justificada, son cuestiones que no pueden ser analizadas en profundidad en este trabajo. Una presentación de argumentos tanto deontológicos como consecuencialistas a favor y en contra de esa alternativa puede verse en KITAI, «Protecting the guilty», *Buffalo Criminal Law Review*, (6-2), 2003, pp. 1163 ss., quien concluye que la mejor razón para justificarla es una de carácter deontológico: “cuando el Estado se arriesga a condenar y castigar a una persona que puede ser inocente, demuestra una falta de cuidado hacia él y una disposición a sacrificarla en nombre de un objetivo de la sociedad, como puede ser la prevención de peligros para el resto de las personas, incrementar la disuasión, o mantener la confianza del público en el sistema de justicia penal [...] Aceptar la justificación de un estándar de prueba exigente para el proceso penal a partir del compromiso del Estado hacia los individuos es en gran medida contingente con la adopción de un punto de vista deontológico. De hecho, el estándar de prueba para el proceso penal refleja un rechazo del enfoque utilitarista por una renuencia total a equiparar el riesgo de la condena a una persona inocente con otros riesgos para la sociedad”. Por su parte, en el campo de los argumentos consecuencialistas suele afirmarse que esa alternativa debería ser la preferida, por ejemplo, porque a) la posibilidad elevada de condenar a una persona inocente generaría una alarma social y una gran desconfianza en la administración de justicia, b) la incertidumbre sobre si se condenó a una persona inocente disminuye los efectos de la pena porque quedan dudas acerca de si se condenó realmente a quien lo merecía, c) al asumir un riesgo elevado de condenar a una persona inocente probablemente los niveles de inseguridad no descendan, ya que existen grandes chances de que quien realmente cometió el delito aún permanezca en libertad, o d) la ausencia de una preferencia por la absolución de culpables facilitaría la condena de personas poco populares u opositores políticos (KITAI, *Buffalo Criminal Law Review*, (6-2), 2003, pp. 1179 ss.). Sin embargo, es en el campo de los argumentos consecuencialistas que se han formulado las críticas más fuertes a esta preferencia. Así, por ejemplo, se ha resaltado la necesidad de

analizar la forma en la que debería diseñarse el derecho probatorio de un sistema penal que se comprometa con él. De forma más concreta, la idea que interesa defender en este artículo es la siguiente: si se otorga importancia a la necesidad de determinar la verdad de los hechos de manera eficiente, pero también se asume un compromiso fuerte con la necesidad de evitar condenas a personas inocentes, existen buenas razones para diseñar un derecho probatorio que en determinados casos reduzca de forma fuerte la discrecionalidad judicial.

El desarrollo de la argumentación procederá de la siguiente manera. En primer lugar **(2)**, luego de exponer de forma breve algunos conceptos básicos que serán utilizados en el trabajo, se presentan dos modelos alternativos que puede asumir el derecho probatorio del proceso penal. Esa tarea será realizada fundamentalmente a través de la distinción entre “reglas” y “estándares” como modalidades en las que pueden estar redactadas las normas jurídicas, y mediante una atención particular a la forma en la cual esos modelos reducen o amplían la discrecionalidad judicial. Posteriormente se analizan los factores que pueden ser considerados relevantes para determinar qué modelo de derecho probatorio es preferible para un sistema procesal penal comprometido con el “panorama tradicional”. Para ello **(3)** se destaca el valor que usualmente se ha asignado en algunas discusiones a la restricción de la discrecionalidad judicial, y se analiza si ello puede ser un factor de peso en esta discusión. Asimismo **(4)**, se considera si la adopción de un derecho probatorio que en determinados casos reduzca de forma fuerte la discrecionalidad judicial puede ser, precisamente por esa razón, una alternativa ideal para un sistema penal que se proponga respetar un compromiso fuerte con la reducción del riesgo de condenar a personas inocentes por error. La conclusión **(5)** será que existen buenas razones a favor de un modelo que incluye normas jurídicas redactadas en la modalidad de “reglas”, y que ello es así porque esa alternativa i) se ajusta mejor a algunas buenas razones que argumentan a favor de la necesidad de reducir la discrecionalidad cuando se trata de tomar decisiones importantes como la habilitación del uso del poder penal estatal, y ii) se encuentra, por esa razón, en mejores condiciones para cumplir con un compromiso fuerte con la reducción de los riesgos de condenar a una persona inocente por error.

De este modo, se espera que el análisis que se propone pueda constituir un ejercicio interesante para abordar la discusión sobre el diseño del derecho probatorio para el proceso penal y, principalmente, para llamar la atención acerca de una alternativa que, quizá de manera injustificada, no ha sido debidamente considerada en los debates sobre el tema.

Tal como se anticipó, los alcances de las conclusiones que se ofrecen en este trabajo son en buena medida dependientes de la adopción del conjunto de ideas que aquí se denominó “panorama tradicional”. Si ese punto de partida se altera –por ejemplo, al entender que el proceso penal no

considerar los efectos negativos que una distribución de los riesgos de error de este tipo genera para la concreción de los fines preventivos del derecho penal (así MALARINO, «Sobre el descuido de la prevención en la distribución del error en el juicio penal», en AMBOS/MALARINO/PASTOR (dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, pp. 247 ss.; EPPS, «The consequences of error in criminal justice», *Harv. L. Rev.*, (128), 2015, pp. 1065 ss.). En un sentido similar se encuentra la crítica de LAUDAN, quien destaca que actualmente se ha descuidado de manera alarmante el compromiso del Estado con la “reducción y gestión del delito”: “los datos no dejan dudas de que el Estado liberal moderno se esmera mucho, pero mucho más en proteger al inocente frente a una condena errónea que en protegerlo de un delito grave” (LAUDAN, en EL MISMO, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, 2011, pp. 201 y 211). En esa misma línea de críticas puede verse el reciente trabajo de AGUILERA, «El germen contraepistémico del garantismo penal extremo (o del elefante en la sala que pocos están dispuestos a ver)», en VÁZQUEZ (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, 2018, pp. 79 ss.

debería mostrar una preocupación tan fuerte por la necesidad de evitar condenas a personas inocentes, o si se afirma que ese posible problema se encuentra actualmente sobredimensionado y conspira de manera innecesaria con el objetivo de alcanzar decisiones que se correspondan con la verdad de los hechos— quizá existan buenas razones para modificarlas.

2. Dos modelos de derecho probatorio para el proceso penal

A grandes rasgos, el derecho probatorio puede ser entendido como el “conjunto de normas jurídicas que regula la actividad probatoria del proceso penal”. Pese a que estas normas jurídicas pueden tener la finalidad de regular la actividad de todas las personas que protagonizan el proceso penal en sus distintas etapas, aquí interesarán solo aquellas que están dirigidas a quienes tienen asignada la función de juzgar en la etapa del juicio —quienes se asumirá que son juezas y jueces técnicos⁷—, y que se encargan de regular qué pueden hacer esas personas y, en su caso, cómo deben hacerlo.

En esta etapa del proceso penal la “actividad probatoria” a la que se hizo referencia consiste, a grandes rasgos, en la *admisibilidad* de la prueba, su *valoración* y, finalmente, la *decisión sobre los hechos probados*. Así, en primer lugar pueden encontrarse normas jurídicas que se vinculan con *qué* pruebas pueden ser incorporadas al proceso (admisibilidad), mientras que, en una etapa posterior, es posible advertir la presencia de normas jurídicas que regulan *cómo* se puede o debe asignárseles valor, y aquellas que, finalmente, señalan a quienes juzgan la forma en la que deben adoptar la decisión final, es decir, el modo en el que pueden, o cuándo cuentan con autorización para, considerar probado un hecho (valoración y decisión sobre los hechos probados).⁸

Si bien es común sostener que en una concepción “racionalista” de la prueba⁹ el razonamiento probatorio se basa mayoritariamente en criterios de racionalidad epistémica y no en normas jurídicas, aun así el derecho desempeña un papel importante. Una muestra de ello es que al regular la actividad probatoria —como se verá más adelante— el derecho probatorio puede remitir a esos criterios de racionalidad epistémica de forma preponderante pero también puede, en cambio, apartarse de ellos gradualmente mediante una mayor presencia de normas artificiales o técnicas.¹⁰ Por esa razón, suele afirmarse que el derecho probatorio consiste principalmente en

⁷ Cuando las personas encargadas de decidir acerca de los hechos probados no son profesionales del derecho sino personas que integran un jurado popular, la discusión suele variar en muchos aspectos. Sobre este debate (y la posible irrelevancia de ese factor) ver SCHAUER, «On the supposed jury-dependence of evidence law», *U. Pa. L. Rev.*, (155), 2006, pp. 165 ss.; DAMAŠKA, «The jury and the law of evidence», *Law, Probability and Risk*, (5), 2006, pp. 255 ss.

⁸ Sobre las etapas de la actividad probatoria ver, en general, FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 2007, pp. 41 ss.

⁹ Un análisis de los rasgos que definen lo que suele considerarse como concepción “racionalista” puede verse en TWINING, «The rationalist tradition of evidence scholarship», en EL MISMO, *Rethinking Evidence*, 2ª ed., 2006, pp. 75 ss.

¹⁰ En este sentido BAYÓN destaca que si bien “una opción es dejar que el juzgador se guíe exclusivamente por los criterios generales de racionalidad epistémica (esto es, adoptar un sistema de completa libertad en la valoración de la prueba, flanqueado además por un principio general de admisibilidad de cualquier elemento de prueba epistémicamente relevante)”, también existe una alternativa consistente en “introducir, al menos en algunos casos [...] una serie de normas sobre la prueba de cuyo seguimiento por los juzgadores se espera que, en conjunto y a largo plazo, resulte (en el tipo de casos cubierto por dichas normas) un número total de errores menor que el que produciría el funcionamiento de un sistema presidido por los principios de libre valoración y admisibilidad de toda prueba relevante” (BAYÓN, «Epistemología,

limitaciones artificiales al análisis libre y al razonamiento ordinario en el proceso de discusión y justificación de decisiones acerca de los hechos. De acuerdo con la conocida metáfora de TWINING, se trataría de un “queso gruyère” en el cual “predominan más los agujeros que el mismo queso”.¹¹ Es a ese tipo de normas, con ese alcance restringido –normas jurídicas que *pueden*, aunque no siempre lo hagan, establecer restricciones técnicas al uso de los criterios generales de racionalidad epistémica en el razonamiento probatorio–, a las que se hará referencia de aquí en adelante al hablar de derecho probatorio.

De todos los aspectos que podrían utilizarse para identificar y clasificar los modelos posibles de derecho probatorio, aquí interesará tomar como dato relevante un aspecto puntual: la modalidad concreta que sus normas jurídicas asumen en función de la forma en la cual están escritas. Para ello se acudirá a la distinción entre “reglas” y “estándares” como especies dentro del género de las normas jurídicas. En términos básicos, mientras que los “estándares” se caracterizan por utilizar términos “amplios, vagos, generales e imprecisos”, las “reglas” se distinguen por ser “detalladas, específicas, concretas y determinadas”.¹² El uso de estos conceptos es especialmente atractivo pues, como se verá, no solo logra mostrar las alternativas disponibles al momento de regular jurídicamente una determinada actividad, sino que también permite advertir cuáles son las razones que existen para optar por una de ellas y el impacto concreto que esa selección tiene en la forma en la que luego los tribunales resuelven casos.

La distinción entre “reglas” o “estándares”, tal como se intentará demostrar, puede constituir una herramienta de análisis comparativo que permite identificar dos “modelos” de derecho probatorio. Ellos serán denominados el modelo “basado en estándares” –en el cual no existen muchas normas jurídicas, y las que pueden encontrarse asumen la modalidad de “estándares”–, y el modelo “reglado” –donde existe un mayor número de normas jurídicas, y muchas de ellas asumen la modalidad de “reglas”–.

Cada vez que se presenta una discusión a partir de modelos que implican dicotomías se corre el riesgo de que su utilización a nivel teórico no represente de la forma más fiel posible los distintos modelos que existen en los sistemas jurídicos reales. Un ejemplo de estos problemas es que, en el plano de la realidad, quizá no sea posible encontrar un caso en el que estos tipos ideales se presenten en su forma “pura”, pues, por el contrario, muchos sistemas reales incorporan aspectos de los distintos modelos.¹³ Esto puede advertirse al constatar que no es posible encontrar actualmente algún sistema que carezca por completo de normas jurídicas de derecho probatorio¹⁴ ni, en el sentido opuesto, uno en el cual la actividad probatoria se encuentre

moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», en COMANDUCCI/GUASTINI (dirs.), *Analisi e diritto* 2008, 2009, pp. 4 s.).

¹¹ TWINING, «What is the law of evidence?», en EL MISMO, *Rethinking Evidence*, 2ª ed., 2006, pp. 209 ss.

¹² SCHAUER, *Thinking like a lawyer*, 2009, p. 189.

¹³ Lo mismo se advierte, por ejemplo, en el análisis comparativo de los sistemas de enjuiciamiento penal a partir de tipos ideales o dicotomías. En este sentido LANGER, «La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo», *Revista de Derecho Público*, (32), 2014, p. 9.

¹⁴ Así UBERTIS, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, 2017, p. 106 (afirmando que “es unánime la constatación de que la actividad judicial orientada a la reconstrucción del hecho se encuentra casi inevitablemente regulada en alguna medida por el legislador” y que “resulta prácticamente imposible imaginar un sistema en el que el legislador renuncie a disciplinar alguna parte del fenómeno probatorio y no parece que un régimen de completa libertad probatoria sea históricamente localizable en sociedad alguna”).

regulada jurídicamente hasta el más mínimo detalle. Algo similar puede suceder cuando se comprueba que algunos sistemas reales incorporan muchas normas jurídicas en la regulación de una determinada etapa de la actividad probatoria, pero no en las demás. Pese a ello, entiendo que puede resultar útil, a los fines de ilustrar las alternativas disponibles, describir cuáles son los rasgos generales que se corresponden con cada uno de estos modelos asumiéndolos como *tipos ideales*, con independencia de las variables intermedias que con un gran número de matices puedan presentarse en los sistemas jurídicos reales.

2.1. El modelo “basado en estándares”

El primero de estos modelos es uno que se destaca por un aspecto *cuantitativo* –la presencia de pocas normas jurídicas– y otro *cualitativo* –la indeterminación que ellas presentan al asumir la modalidad de estándares–. La regulación de una actividad mediante estándares, entendidos como normas jurídicas redactadas en términos “amplios, vagos, generales e imprecisos”¹⁵, se encuentra asociada con un proceso de toma de decisiones orientado a determinar cuál es la solución aplicable mediante una perspectiva *ex post*¹⁶, y se caracteriza por dejar la mayor parte de la tarea para ser concretada al momento de la aplicación de la norma jurídica a los casos concretos.¹⁷

Aplicado al campo del derecho probatorio, el uso de este tipo de normas jurídicas genera un modelo que garantiza varios órdenes de libertad para quienes juzgan: con diferentes grados de intensidad, una amplia libertad para decidir qué pruebas pueden ser incorporadas al proceso, cómo valorarlas, y cómo tomar la decisión final acerca de si un hecho puede considerarse probado o no. Algunos ejemplos de normas jurídicas tomadas de sistemas reales permitirán advertir esta cuestión con más claridad.

a. Estándares para la admisibilidad de la prueba

La libertad que el modelo basado en estándares otorga a quienes juzgan se manifiesta, en primer lugar, en la etapa de la admisibilidad de la prueba. En el ámbito teórico, ese aspecto del modelo suele ser llamado “libertad probatoria”, e ilustrado en algunas ocasiones mediante la frase “todo se puede probar y por cualquier medio de prueba”.¹⁸ De ese modo, al establecer las normas jurídicas que regulan qué pruebas pueden utilizarse para intentar acreditar un hecho, este modelo se caracteriza por una regulación que posee como rasgo más notorio el hecho de que, en principio, cualquier prueba puede ser introducida al proceso para luego ser valorada.¹⁹

¹⁵ SCHAUER, *Thinking like a lawyer*, 2009, p. 189.

¹⁶ KAPLOW, «Rules versus standards: an economic analysis», *Duke L.J.*, (42), 1992, pp. 559 s.

¹⁷ SCHAUER, «The convergence of rules and standards», *New Zealand Law Review*, 2003, p. 308.

¹⁸ MAIER, *Derecho Procesal Penal*, t. III, 2015, pp. 99 s.

¹⁹ La principal excepción la constituyen aquellas normas jurídicas que excluyen del proceso la prueba obtenida de forma ilícita. Sin embargo, esta circunstancia no representa una variable de interés para la descripción que interesa realizar en este trabajo y no será tenida en cuenta. La explicación de ese recorte es la siguiente: este tipo de normas jurídicas no se vinculan con uno de los principales aspectos que será considerado relevante para establecer una preferencia entre los dos modelos posibles de derecho probatorio (la forma en la cual éstos pueden respetar un compromiso fuerte con la evitación de condenas a personas inocentes), pues la consecuencia directa de su aplicación muchas veces consiste en la

En determinadas ocasiones los sistemas suelen incluir una norma jurídica que se encarga específicamente de asegurar esa libertad. Así sucede, por ejemplo, cuando se indica que puede utilizarse cualquier medio de prueba pese a que no se encuentre expresamente regulado en las leyes procesales. Una clara muestra de ello es la siguiente regulación:

Además de los medios de prueba establecidos en este Código se podrán utilizar otros, siempre que no vulneren derechos o garantías constitucionales y no obstaculicen el control de la prueba por los demás intervinientes.²⁰

Otra forma en la que algunos sistemas garantizan esa libertad consiste en incorporar estándares que establecen algunos filtros considerablemente indeterminados que los medios de prueba deben superar para ser considerados admisibles. Tal es el caso de normas jurídicas como ésta:

El tribunal podrá rechazar, por auto, la prueba ofrecida que evidentemente sea impertinente o superabundante. Si nadie ofreciere prueba, el presidente dispondrá la recepción de aquella pertinente y útil que se hubiere producido en la instrucción.²¹

En un sentido similar, también es posible encontrar sistemas que incluyen normas jurídicas un poco más exigentes que la anterior, pero que aun así se caracterizan por utilizar términos poco precisos. Considérese el siguiente ejemplo:

Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos: a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.²²

Los aspectos destacados –la incorporación de normas jurídicas que garantizan expresamente la posibilidad de utilizar, en principio, cualquier tipo de pruebas, y de aquellas que incluyen algunos filtros considerablemente indeterminados que éstas deben superar para ser consideradas admisibles– generan que en este modelo se asigne una gran libertad a quienes tienen la función de decidir qué pruebas pueden ingresar al proceso para luego ser valoradas. Ello, a su vez, suele ir de la mano con una marcada tendencia a rechazar la adopción de normas jurídicas que excluyan del proceso a categorías enteras de pruebas, y con una simpatía con la idea de que la decisión de excluir alguna de ellas debe ser realizada de forma restrictiva y siempre en el marco de algún caso concreto.

b. Estándares para la valoración de la prueba y la decisión final sobre los hechos probados

absolución de una persona cuya culpabilidad material puede ser evidente. Por esa razón, suelen ser denominadas normas jurídicas de exclusión “extrínsecas” y calificadas como “contra-epistémicas” (así DAMAŠKA, *El derecho probatorio a la deriva*, 2015, pp. 30 s.).

²⁰ Código Procesal Penal de la Nación Argentina (ley 27.063), art. 127.

²¹ Código Procesal Penal de la Nación Argentina (ley 23.984), art. 356.

²² Código Procesal Penal de Colombia, art. 376.

En segundo lugar, el modelo “basado en estándares” se caracteriza por la ausencia de normas jurídicas vinculadas al valor concreto que se debe asignar a las pruebas que ya fueron admitidas, y también a la forma precisa en la cual quienes juzgan deben tomar la decisión sobre los hechos probados. En el ámbito teórico este aspecto suele ser denominado “libre valoración” y explicado con definiciones como la siguiente:

Las leyes actuales han tomado partido por la imposición del método de valoración que se conoce bajo el rótulo de libre convicción o sana crítica racional. Él importa, a más del deber de los jueces de fundar el voto en uno u otro sentido, esto es, de exigir de ellos la expresión de las razones por las cuales adoptan una u otra posición respecto de los elementos relevantes del caso singular a decidir, la libertad de hacerlo, en principio, sin imposición de reglas legales –genéricas, abstractas y lógicamente previas a la decisión del caso– sobre la valoración concreta de los medios de prueba incorporados legítimamente, que no sean aquellas que fija el buen sentido común, referidas al pensamiento lógico y a la experiencia común.²³

Una forma de garantizar esta libertad consiste en adoptar normas jurídicas redactadas en la modalidad de estándares que indiquen que esta tarea debe ser realizada cumpliendo determinados requisitos considerablemente indeterminados. Un claro caso puede encontrarse en la legislación procesal penal argentina, donde se establece que:

El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica.²⁴

A su vez, también existe la posibilidad de incorporar normas jurídicas que agregan determinadas exigencias poco precisas a fórmulas que son en sí mismas muy indeterminadas. De este modo se busca limitar sólo de forma muy atenuada la libertad de quienes deben decidir. Así sucede con normas jurídicas como las siguientes:

Las pruebas serán valoradas por los jueces según sus libres convicciones, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia.²⁵

Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.²⁶

Finalmente, al regular la forma en la que los tribunales deben tomar la decisión final sobre los hechos probados, los sistemas suelen garantizar una libertad muy amplia al incorporar alguna norma jurídica que brinde pocas precisiones sobre cómo debe realizarse esa tarea. Claros ejemplos de ello son los siguientes:

²³ MAIER, *Derecho Procesal Penal*, t. III, 2015, p. 99.

²⁴ Código Procesal Penal de la Nación Argentina (ley 23.984), art. 398.

²⁵ Código Procesal Penal de la Nación Argentina, (ley 27.063), art. 10.

²⁶ Código Procesal Penal de Chile, art. 297.

El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.²⁷

Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.²⁸

c. *Balance*

Los ejemplos repasados hasta este punto permiten identificar los principales rasgos del modelo “basado en estándares”. Como se pudo observar, se trata de un derecho probatorio que presenta una marcada tendencia hacia la inclusión de la mayor cantidad posible de pruebas, y una preferencia por la idea según la cual las normas jurídicas no deben interferir mucho ni en la forma de valorarlas, ni al indicar qué debe satisfacerse para que la persona encargada de juzgar pueda afirmar que un hecho está probado.²⁹ Se trata de un modelo afín a las posiciones que consideran que la actividad probatoria es un terreno en el cual deben gobernar los criterios propios de la racionalidad epistémica, y que la libertad de quienes juzgan no debe encontrarse restringida seriamente por “cadenas jurídicas”.³⁰ La razón de ser de esa preferencia suele explicarse mediante afirmaciones que destacan que la precisión en la determinación de los hechos es algo muy importante, que el mejor medio para lograrla es la aplicación de principios ordinarios del razonamiento práctico y, fundamentalmente, que esta actividad depende de una cantidad muy variada de circunstancias propias de cada caso concreto que hacen que sea extremadamente difícil, o directamente imposible, diseñar normas jurídicas precisas.³¹

2.2. El modelo “reglado”

La posibilidad de regular una actividad mediante pocas normas jurídicas que asumen la modalidad de estándares y son considerablemente flexibles e indeterminadas no es la única alternativa disponible. Por el contrario, también es posible acudir a normas jurídicas redactadas en la modalidad de “reglas”, caracterizadas por ser “detalladas, específicas, concretas y determinadas”.³² En esos casos, a diferencia de lo que sucede con los estándares, se tratará de regulaciones que individualizarán de forma precisa la solución a aplicar desde una perspectiva *ex ante*³³, y asignarán a las personas encargadas de aplicarlas la función de limitarse a constatar los aspectos fácticos descritos en la norma y aplicar la solución prevista en ella.³⁴

²⁷ Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, art. 471.

²⁸ Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 66.3.

²⁹ Quizá el ejemplo más radical de este tipo de ideas sea BENTHAM, en particular por sus críticas a la interferencia de normas técnicas en el razonamiento probatorio. Así, por ejemplo, denominaba “reglas falsas” a toda regla que “tiende a colocar en contradicción la decisión del juez y la ley; que constriñe al juez a pronunciarse en contra de su íntima persuasión, a sacrificar el fondo a la forma, a juzgar como hombre de ley de muy distinta forma en que lo haría como hombre privado” (BENTHAM, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, 2008, p. 16).

³⁰ JACKSON/SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, 2012, p. 31.

³¹ Así TWINING, «Freedom of proof and the reform of criminal evidence», *Israel Law Review*, (31), 1997, p. 455.

³² SCHAUER, *Thinking like a lawyer*, 2009, p. 189.

³³ KAPLOW, *Duke L.J.*, (42), 1992, pp. 559 s.

³⁴ KENNEDY, «Form and substance in private law adjudication», *Harv. L. Rev.*, (89), 1976, pp. 1687 s.

Por esa razón, es posible encontrar en algunos sistemas varios ejemplos de normas jurídicas de derecho probatorio que asumen esa modalidad y recortan de manera fuerte la libertad judicial en las distintas etapas de la actividad probatoria. Ello permite concebir la existencia de un modelo que podría ser denominado “reglado”. A continuación se expondrán sus principales características.

a. Reglas para la admisibilidad de la prueba

En primer lugar, el modelo “reglado” se caracteriza por ser más restrictivo al momento de regular qué pruebas pueden ingresar al proceso para luego ser valoradas. Ello se advierte por la presencia de normas jurídicas de distinto tipo. Así, pueden encontrarse casos donde ya no es posible utilizar cualquier medio de prueba para intentar probar un hecho pues, por el contrario, la posibilidad de usar algunos en particular se encuentra prohibida. Ejemplos de este tipo de regulaciones son los siguientes:

La evidencia sobre el carácter de una persona no es admisible para probar que en una ocasión particular la persona actuó en concordancia con ese carácter.³⁵

La prueba sobre un delito, ilícito u otro acto no es admisible para probar el carácter de una persona a los fines de demostrar que en una ocasión particular la persona actuó en concordancia con ese carácter.³⁶

En un sentido similar, también pueden encontrarse ejemplos de normas jurídicas que, pese a no prohibir de forma absoluta el uso de determinados medios de prueba, sí se encargan de regular de forma detallada las ocasiones excepcionales en las que se puede acudir a ellos. Considérese el siguiente supuesto:

Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido.³⁷

b. Reglas para la valoración de la prueba y la decisión final sobre los hechos probados

En segundo término, el modelo “reglado” también incluye fuertes restricciones vinculadas con la forma en la que los tribunales pueden valorar la prueba que fue admitida y, finalmente, considerar si un hecho puede tenerse por probado. En este sentido, su rasgo más característico es la presencia de normas jurídicas que prohíben a los tribunales la posibilidad de afirmar que un

³⁵ Reglas Federales sobre la Prueba de Estados Unidos de América, regla 404, “a”, 1.

³⁶ Reglas Federales sobre la Prueba de Estados Unidos de América, regla 404, “b”, 1.

³⁷ Código de Procedimiento Penal de Colombia, art. 438.

hecho está probado si sólo cuentan con un determinado elemento de prueba, más allá del valor que las juezas o jueces consideren que corresponde asignarles en el caso concreto.³⁸

Este tipo de normas jurídicas se encuentran presentes en distintos sistemas. Los siguientes casos son algunos buenos ejemplos:

El órgano judicial no podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido [...] La materialidad de un hecho delictivo no podrá probarse únicamente sobre la base de esas manifestaciones.³⁹

Ninguna persona podrá ser condenada por ningún delito descrito en este artículo con base en el testimonio no corroborado de la presunta víctima. La corroboración podrá ser circunstancial.⁴⁰

Es posible afirmar la limitada eficacia probatoria que debe asignarse a la declaración de un coimputado, más allá de su contenido específico, cuando es la única prueba en la que se fundamenta una decisión de condena, pues objetivamente no sería suficiente por sí sola para desvirtuar la presunción de inocencia. Por lo tanto, fundar una condena sobre la base de una declaración de un coimputado sin que existan otros elementos de corroboración vulneraría la presunción de inocencia.⁴¹

Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada.⁴²

Ninguna persona será condenada por el delito de traición a menos que se cuente con el testimonio de dos testigos sobre el mismo acto, o con una confesión en un tribunal público.⁴³

c. *Balance*

Los ejemplos expuestos permiten identificar los rasgos característicos del modelo “reglado”. En pocas palabras, se trata de un modelo en el cual, pese a que el principio general es la libertad de quienes deciden en la actividad probatoria, ésta encuentra muchas excepciones en las que es

³⁸ Por supuesto, las restricciones a las que se hizo referencia también pueden funcionar en el sentido contrario. Así, es posible imaginar la existencia de normas jurídicas redactadas en la modalidad de reglas que *obliguen* a tener por probado un hecho cuando se cuente con una determinada cantidad de pruebas –por ejemplo, dos testigos–, con independencia del poco valor que la persona encargada de juzgar estime que corresponde otorgarles. Sin embargo, en la medida en que se trata de regulaciones que obligan a condenar a la persona acusada en lugar de impedir esa decisión, este tipo de normas jurídicas no constituyen una variable de interés para el objetivo de este trabajo y, por esa razón, no serán incluidas en el análisis. La razón de esa exclusión es que se trata de normas jurídicas que se encuentran en contradicción con uno de los principales valores que el aquí denominado “panorama tradicional” asigna al derecho probatorio: un compromiso fuerte con la evitación de condenas erróneas.

³⁹ Ley 27.304 de Argentina, art. 15.

⁴⁰ Código Penal Modelo de Estados Unidos de América, art. 213.6, apartado 5.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Ruano Torres y otros v. El Salvador”, 5 de octubre de 2015, párr. 133.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Norín Catrimán y otros v. Chile”, 29 de mayo de 2014, párr. 247.

⁴³ Constitución de Estados Unidos de América, artículo III, sección 3, cláusula 1.

completamente anulada. Ello sucede con aquellas regulaciones que prohíben la admisibilidad de ciertos elementos de prueba, o impiden a los tribunales tener por probado un hecho en determinadas circunstancias.

El siguiente caso hipotético puede ser útil para mostrar el contraste entre este modelo y el “basado en estándares”. Imagínese un proceso penal en el cual debe decidirse si está probada la hipótesis fáctica presentada por la parte acusadora en juicio, y la única prueba disponible es la declaración brindada por una persona que asumió la posición de “arrepentida” o “colaboradora”. La situación en la que se encuentran quienes deben tomar esa decisión será muy distinta si el sistema ha adoptado un modelo “basado en estándares” o, en cambio, uno “reglado”. En el primero, el tribunal encontrará que esa situación está regulada por *estándares* que le indican que debe valorar esa prueba aplicando la “sana crítica”, y que debe condenar a la persona imputada si considera que el hecho está probado “más allá de toda duda razonable” o luego de “apreciar las pruebas según su conciencia”, sin indicarle a qué resultado debe o puede arribar. En el segundo, en cambio, puede existir una *regla* que regule ese tipo de casos y asigne una solución clara –por ejemplo, prohibiendo dictar una condena en esas situaciones–, sin dejar al tribunal mucho margen de libertad para llegar a una solución distinta.

3. Sobre los límites a la discrecionalidad judicial y la confianza en las personas encargadas de decidir

En el apartado anterior se realizó una breve presentación de dos grandes alternativas con las que se cuenta al momento de diseñar el derecho probatorio para el proceso penal. El paso siguiente consistirá en intentar determinar qué parámetros pueden ser útiles para valorar estos modelos y decidir cuál se encuentra en mejores condiciones de cumplir con los objetivos que el aquí llamado “panorama tradicional” asigna al derecho probatorio. Para esa tarea, tal como se anticipó, se utilizará como factor la *intensidad* con la que estos modelos limitan la discrecionalidad judicial.

A los fines de este trabajo, el concepto de “discrecionalidad judicial” será entendido mediante alguna de sus definiciones tradicionales. En este sentido, se suele afirmar que un tribunal contará con discrecionalidad cuando “por alguna razón, las normas que debe aplicar [...] no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento”.⁴⁴ En otras palabras:

Con este término aludimos a la libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando afirmamos que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. Así pues, si hay discrecionalidad significa que al juez las soluciones de los asuntos que decide no le vienen dadas y predeterminadas enteramente, al cien por cien, por el sistema jurídico, sino que éste, en medida mayor o menor, le deja espacios para que escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas ellas con el sistema jurídico.⁴⁵

⁴⁴ DWORKIN, *Los derechos en serio*, 2010, pp. 84 s.

⁴⁵ GARCÍA AMADO, «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?», *Isegoría*, (35), 2006, pp. 151 s.

Esta manera de entender a la discrecionalidad judicial, vinculada con la “vaguedad o ambigüedad del lenguaje legal”⁴⁶, es particularmente relevante cuando se analizan regulaciones establecidas mediante “reglas” y “estándares”. Como pudo verse con el repaso de algunos ejemplos en la sección anterior, el mayor o menor grado de libertad (discrecionalidad) que los modelos de derecho probatorio otorgan a los tribunales encuentra su explicación en el uso de normas jurídicas con un lenguaje particular: términos amplios, vagos, generales e imprecisos (estándares), o palabras detalladas, específicas, concretas y determinadas (reglas). De acuerdo con esa idea, la regulación de una determinada actividad mediante normas jurídicas que asuman la modalidad de reglas o estándares es una decisión que implica reducir o ampliar, respectivamente, los márgenes de discrecionalidad de quien debe decidir casos aplicándolas. Por esa razón suele afirmarse que “en el derecho la pregunta acerca de la precisión y la vaguedad es en gran parte una pregunta acerca de la discreción y acerca de la flexibilidad”.⁴⁷

Lo dicho hasta aquí supone que la discrecionalidad judicial puede ser considerada como una cuestión *gradual* susceptible de ser reducida o ampliada mediante la forma concreta en la cual se redactan las normas jurídicas –por ejemplo, utilizando términos mucho más precisos si lo que se busca es reducirla–. Si bien se trata de un punto de partida que ha generado discusiones muy intensas, no podrá ser analizado en su totalidad y, por ende, se lo asumirá como justificado. Por ello, en lo que sigue se parte de la idea de que el lenguaje utilizado en la redacción de las normas jurídicas tiene la capacidad de restringir de forma considerable el margen de libertad de las personas encargadas de aplicarlas.⁴⁸

Con esas aclaraciones en mente, la finalidad de esta sección será explicar qué razones suelen determinar la adopción de un modelo de toma de decisiones basado en estándares o, en cambio, uno que incluya reglas –es decir, uno que aumente o reduzca, respectivamente, la discrecionalidad judicial–, y analizar cómo ello podría ser trasladado a la discusión acerca de qué modelo de derecho probatorio es preferible para el proceso penal.

3.1. ¿Por qué razones diseñar un sistema con base en estándares o mediante reglas?

Si bien los argumentos a favor y en contra de regular jurídicamente una actividad mediante reglas o estándares pueden ser varios, una razón particularmente interesante para explicar esa decisión es entenderlas como un mecanismo para otorgar discrecionalidad a las personas encargadas de

⁴⁶ NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., 2017, p. 432.

⁴⁷ SCHAUER, *Thinking like a lawyer*, 2009, p. 201.

⁴⁸ Esto puede ser considerado problemático para aquellas posiciones que, de acuerdo a la descripción de HART, sostienen que “es falso, si no absurdo, considerar que los propios jueces están sometidos a las reglas u ‘obligados’ a decidir casos en la forma en que lo hacen” (HART, *El concepto de Derecho*, 1961, pp. 170 ss.). Sin embargo, al tratarse de un problema cuyo análisis excede el marco de este trabajo, ese debate no podrá ser abordado. Una revisión de esta discusión y algunos argumentos a favor del punto de partida que aquí se selecciona puede encontrarse en KRESS, «Legal indeterminacy», *Cal. L. Rev.*, (77), 1989, pp. 283 ss.; SCHAUER, «Formalism», *Yale L.J.*, (97), 1988, pp. 509 ss.; y SOLUM, «On the indeterminacy crisis: critiquing critical dogma», *U. Chi. L. Rev.*, (54), 1987, pp. 462 ss. Asimismo, para una revisión de los estudios empíricos vinculados al tema (en particular, la forma en la cual los tribunales se relacionan con los textos legales) puede consultarse SAMAHA, «If the text is clear – Lexical ordering in statutory interpretation», *Notre Dame L. Rev.*, (94), 2018, pp. 155 ss.; GLUCK/POSNER, «Statutory Interpretation on the Bench: A Survey of Forty-Two Judges on the Federal Courts of Appeals», *Harv. L. Rev.*, (131), 2018, pp. 1298 ss.; FARNSWORTH/GUZIOR/MALANI, «Ambiguity about ambiguity: an empirical inquiry into legal interpretation», *Journal of legal analysis*, (2), 2010, pp. 1 ss.

aplicarlas en función de la *confianza* que se tenga en ellas.⁴⁹ En la literatura suele destacarse este punto de muchas formas. Así, por ejemplo, se afirma que “las reglas pueden ser preferibles antes que los estándares para reducir la discrecionalidad y, de ese modo, minimizar los abusos de poder”⁵⁰, que un estándar “al otorgar una amplia discreción a los encargados de aplicarlo, abre el camino a los abusos”⁵¹, o que las reglas “pueden reducir los errores humanos causados por la confusión o la ignorancia [y] pueden contrarrestar algo peor: sesgos, favoritismos o discriminación en las mentes de las personas que deciden casos particulares”.⁵²

A continuación se analizarán tres formas concretas en las que esa confianza o desconfianza en quien debe aplicar las normas jurídicas podría manifestarse en el derecho probatorio para el proceso penal. Ello permitirá encontrar tres argumentos que podrían ser utilizados para afirmar que en esta área del derecho se tome como punto de partida la *desconfianza* hacia la persona encargada de tomar decisiones, y que aconsejarían la adopción de un modelo “reglado”. Más adelante, en la sección 4 se intentará mostrar cómo ello puede impactar de forma concreta en la capacidad de cada modelo al momento de respetar un compromiso fuerte con la necesidad de evitar condenas a personas inocentes.

3.2. La desconfianza frente a la discrecionalidad como algo valioso en el derecho penal (¿y también en el derecho probatorio?)

La idea según la cual la desconfianza en quienes deben aplicar las normas jurídicas puede llevar a regular una actividad mediante “reglas”, al ser trasladada a algunas discusiones tradicionales del derecho penal, genera un punto de gran interés para el análisis que se busca realizar en este trabajo. La hipótesis que se presenta es la siguiente: si la reducción de la discrecionalidad judicial es algo usualmente considerado necesario y positivo cuando se trata de habilitar la aplicación del derecho penal –al menos, claro está, desde el plano discursivo–⁵³, ¿debería arribarse a la misma conclusión al analizar qué modelo de derecho probatorio es preferible para el proceso penal?

Para abordar ese interrogante puede ser útil recordar que la necesidad de reducir los márgenes de discrecionalidad de quienes juzgan es algo que no resulta novedoso para el derecho penal, y suele tener un gran impacto en la forma en la cual se afirma que deben diseñarse sus normas jurídicas. La explicación a esta necesidad suele encontrarse en la idea básica según la cual el Estado debe contar con límites al momento de interferir en los derechos de las personas⁵⁴, algo

⁴⁹ Así SCHAUER, *Thinking like a lawyer*, 2009, pp. 192 s.

⁵⁰ KAPLOW, *Duke L.J.*, (42), 1992, p. 609 y nota 142.

⁵¹ POSNER, *The problems of jurisprudence*, 1990, p. 44.

⁵² SUNSTEIN, «Problems with rules», *Cal. L. Rev.*, (83), 1995, p. 974.

⁵³ Algunas distorsiones con relación a este punto han sido destacadas por ORTIZ DE URBINA GIMENO al advertir, por ejemplo, que “a la hora de pedirle al legislador que cumpla con la taxatividad demandada por el principio de legalidad penal se es (como se debe ser) muy exigente, mientras que se es mucho más laxo cuando de lo que se trata es de prescribir cómo ha de manejarse el intérprete frente a la disposición legal” (ORTIZ DE URBINA GIMENO, «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, 2012, p. 173). Sin embargo, teniendo en cuenta esta aclaración, en lo sucesivo me referiré a la forma en la que tradicionalmente se ha considerado valiosa la imposición de límites al ejercicio del poder penal, tal como se puede ver en las apreciaciones de los autores que se citan.

⁵⁴ Ello se encuentra en sintonía con las ideas de la denominada “ideología constitucionalista”, definidas como “controlar,

que lleva a concluir que esos límites deben ser fuertes cuando se trata del poder penal precisamente por la intensidad de las restricciones de derechos que se puede generar con su aplicación. Así, es muy común presentar la idea como una suerte de *desconfianza* frente al Estado cuando se trata de esta rama del derecho. Según la descripción clásica de PACKER:

La combinación de estigma y pérdida de la libertad que representa el resultado final del proceso penal es vista como la privación más grande que el gobierno puede imponer a un individuo [...] El poder siempre está sujeto a abusos, algunas veces sutiles, y otras, como en el proceso penal, explícitos y peligrosos. Precisamente por su potencia para sujetar al individuo al poder coercitivo del Estado, el proceso criminal debe [...] ser sujeto a controles y salvaguardas que prevengan que opere con la máxima eficiencia.⁵⁵

En la literatura es posible encontrar afirmaciones similares que demuestran la importancia que usualmente se asigna a la necesidad de imponer límites al uso del poder penal. Por ejemplo, suele afirmarse que “para el pensamiento liberal parece casi constitutiva una desconfianza sana frente al Estado”, al cual se lo define como “el Leviatán, o sea, una amenaza constante para los derechos de sus sometidos”⁵⁶, o que “un rasgo central del Estado de derecho es que ‘desconfía de sí mismo’, hasta el punto de que, en su arquitectura y en su funcionamiento ideales, podría verse sin dificultad [...] la plasmación de un articulado sistema de desconfianzas”.⁵⁷ Lo mismo se destaca al afirmar, precisamente por esa razón, que “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho Penal, sino también *del* Derecho penal”.⁵⁸

Si se tienen en cuenta esas ideas tradicionales, podría ser razonable concluir que este tipo de preocupaciones también deberían estar presentes en el ámbito del derecho probatorio para el proceso penal. La posibilidad de afirmar que un hecho está probado y que una persona lo cometió, con todas las consecuencias jurídicas que luego se derivan de ello –por ejemplo, la posibilidad de imponer una pena de prisión– es una de las decisiones más trascendentes que se pueden tomar en el proceso penal. Por esa razón, si los poderes de quienes toman decisiones relevantes en el derecho penal deben contar con límites, y si la decisión sobre los hechos es uno de esos grandes poderes, es posible afirmar que las restricciones a ese poder concreto deberían ser consideradas necesarias. Al mismo tiempo, la presencia de una gran libertad en el ejercicio de ese poder debería ser vista con preocupación.

3.3. La desconfianza hacia los tribunales por el temor a que cometan errores al resolver cuestiones relevantes

La necesidad de restringir la discrecionalidad judicial puede justificarse en un argumento adicional a la “sana desconfianza” general a la que se hizo referencia. Me refiero a la posibilidad de adoptar normas jurídicas que si bien podrían no ser necesarias en un contexto ideal donde

limitar y restringir el poder del Estado” (WALDRON, *Contra el gobierno de los jueces*, 2018, p. 33).

⁵⁵ PACKER, «Two models of the criminal process», *U. Pa. L. Rev.*, (113), 1964, p. 16.

⁵⁶ GRECO, «Las reglas detrás de la excepción», *InDret Penal*, (4), 2007, p. 19.

⁵⁷ ANDRÉS IBAÑEZ, «Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal)», *Jueces para la Democracia*, (88), 2017, p. 102.

⁵⁸ ROXIN, *PG*, t. I, 2ª ed., 2008, p. 137.

quienes juzgan cuentan con habilidades óptimas para tomar cierto tipo de decisiones, sí lo son, en cambio, en contextos reales en los que puede desconfiarse de las personas encargadas de decidir porque pueden carecer de esas destrezas.

De ese modo, podría ser recomendable que al momento de regular jurídicamente una actividad sean tenidas en cuenta las características –en especial, los defectos– que reúnen las personas reales que deben tomar decisiones en la vida cotidiana, principalmente cuando las consecuencias que podrían derivarse de sus errores, como sucede en el derecho penal, son particularmente graves. En este sentido, con referencia al derecho en general, se ha destacado que la adopción de normas jurídicas que limiten la discrecionalidad de quienes deben aplicarlas representa un precio a pagar para poder limitar a los “malos decisores”, aun cuando pueda tener el posible impacto negativo de restringir la libertad de los “buenos”.⁵⁹

Este argumento ha sido considerado en más de una ocasión al analizar la forma de regular el derecho probatorio. Por ejemplo, el debate acerca de si las reglas probatorias son necesarias cuando quienes juzgan no son jurados populares sino tribunales técnicos ha arrojado una conclusión interesante sobre este punto. Así, algunas investigaciones han advertido que los “defectos” que tradicionalmente se atribuyen a los jurados populares –y que justificarían la necesidad de contar con reglas probatorias a fin de que no cometan errores–, también se encuentran presentes en las juezas y jueces técnicos.⁶⁰ Por esa razón, para SCHAUER:

En el campo del diseño institucional no ideal del mundo real, no sería implausible tomar la imperfección del decisor –ya sea del jurado o del juez– como la norma y su perfección como la excepción, y de este modo considerar al enfoque basado en reglas del análisis de la prueba como ampliamente consistente con nuestras bien respaldadas sospechas acerca de la confiabilidad de la razón humana.⁶¹

En un sentido similar, GONZÁLEZ LAGIER ha ofrecido la siguiente reflexión acerca de la necesidad de tener en cuenta los defectos que van a tener en la vida real al menos una parte de las personas encargadas de decidir sobre los hechos:

Piénsese, por ejemplo, en la tendencia a interpretar el principio de libre valoración de las pruebas como una libertad total, incluso frente a las reglas de la racionalidad, o en la falta de formación de muchos jueces (y, sobre todo, de los jurados) en habilidades epistemológicas. Ahora bien, esta justificación de restricciones a los principios de libre inclusión y de libre valoración de la prueba, aun teniendo como finalidad asegurar la minimización de errores (esto es, una finalidad epistemológica), depende de consideraciones contextuales (aunque no por ello menos relevantes): un juez ideal,

⁵⁹ SCHAUER, *Yale L.J.*, (97), 1988, p. 543 (destacando que si bien las reglas siempre “se meten en el camino” al momento de tomar decisiones, eso no debe ser siempre considerado algo malo pues, si bien puede ser algo negativo impedir que un “buen decisor” resuelva un caso considerando todos los factores relevantes, sí es algo positivo impedir que los decisores “incompetentes”, “equivocados” o “sencillamente malos” procedan de esa manera).

⁶⁰ SCHAUER, *U. Pa. L. Rev.*, (155), 2006, pp. 186 s. (advirtiendo que debería prestarse más atención al hecho de que “los jueces no son tan sabios como creen que son”, que éstos frecuentemente presentan los mismos defectos cognitivos que los jurados populares, y que varias de las razones que justifican la existencia de muchas reglas probatorias son aplicables a juezas y jueces técnicos y jurados populares por igual).

⁶¹ SCHAUER, «In defense of rule-based evidence law – and epistemology too», *Episteme*, (5), 2008, p. 299.

plenamente racional y con plenas destrezas epistemológicas, no necesitaría este tipo de reglas de prueba, pero pueden ser necesarias con jueces de carne y hueso.⁶²

Este argumento, basado en los defectos que pueden presentar las personas que toman decisiones en la vida real, ofrece algunas advertencias que deberían ser consideradas al momento de diseñar un sistema jurídico y otorgar a ciertas personas una amplia libertad para tomar determinadas decisiones. Del mismo modo que una de las razones por las que podría desearse que quienes deciden casos que involucran cuestiones vinculadas con derechos sustantivos cuenten con muchas restricciones jurídicas es que carecemos de decisores que puedan ser considerados como “reyes filósofos” y que puedan tomar las mejores decisiones caso por caso considerando todos los factores relevantes, una consideración similar podría realizarse al analizar la toma de decisiones sobre los hechos probados. Así, no sería apresurado afirmar que también carecemos de personas encargadas de juzgar que puedan ser consideradas “reyes epistemólogos”, y por esa razón podría resultar poco prudente adoptar un derecho probatorio que no les imponga muchas restricciones jurídicas y les permita tomar decisiones basándose en normas tan indeterminadas como los criterios de la racionalidad epistémica.

3.4. ¿Contradicciones en quienes rechazan la adopción de un modelo “reglado”?

Un último punto que puede resultar de interés para la discusión sobre los límites a la discrecionalidad judicial en el derecho probatorio se vincula con una posible contradicción en la que incurrirían quienes rechazan al modelo “reglado”. Ello ha llevado a advertir la paradoja en la que podría caer una posición que afirme que los tribunales deben contar con muchas restricciones jurídicas en áreas vinculadas a derechos sustantivos, pero que, al mismo tiempo, sostenga que esas restricciones no son necesarias cuando se trata de decisiones relativas a la prueba de los hechos.

Al detectar esta posible contradicción y presentarla como una debilidad de quienes rechazan la adopción de un modelo “reglado”, SCHAUER destaca que las buenas razones que aconsejan la utilización de reglas jurídicas en el plano *normativo* de todas las áreas del derecho también están presentes cuando se trata de cuestiones *probatorias*.⁶³ En sus términos, “dado el compromiso del derecho con razones excluyentes, sería anómalo que un enfoque como éste se encuentre restringido al dominio normativo, y que no sea aplicado en la determinación de los hechos que son precursores, en el derecho, para la aplicación de las normas jurídicas”.⁶⁴ Por ese motivo, su conclusión ha sido que la carga de la argumentación debería trasladarse a quienes rechacen la adopción de un modelo “reglado”, y que esas posiciones deberían demostrar por qué las razones

⁶² GONZÁLEZ LAGIER, «Presunción de inocencia, verdad y objetividad», en GARCÍA AMADO (coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, 2014, p. 119.

⁶³ SCHAUER, *U. Pa. L. Rev.*, (155), 2006, pp. 180 ss. (argumentando que “muchas o la mayoría de las razones que nos llevan a rechazar la justicia del Cadí, o al pragmático libre de límites, con relación a las decisiones normativas, deberían llevarnos a tener preocupaciones similares respecto de las decisiones sobre los hechos” y que “existen razones para temer a la tradición de la “prueba libre” que resultan ser no muy distintas de aquellas que nos llevan a temer a una tradición de “derecho libre”).

⁶⁴ SCHAUER, *Episteme*, (5), 2008, p. 301.

por las cuales deseamos tener reglas en general no se aplican cuando se trata de regulaciones destinadas a restringir la libertad en la actividad probatoria.⁶⁵

De un modo similar, STEIN ha criticado lo que denomina la “asunción de la separación” entre la regulación jurídica de cuestiones de derecho sustantivo y cuestiones probatorias. Su argumento ha sido que otorgar un gran margen de discrecionalidad a los tribunales para tomar decisiones sobre los hechos probados es equivalente a otorgarles ese mismo margen de discreción para resolver cuestiones sustantivas de derecho penal mediante la aplicación de sus propias preferencias valorativas.⁶⁶ Por esa razón, STEIN afirma que las decisiones que usualmente se adoptan en la actividad probatoria están repletas de decisiones sobre la “distribución de riesgos de error en condiciones de incertidumbre”, y que se trata de cuestiones valorativas que deben ser reguladas por el derecho. Específicamente, según su posición, el derecho probatorio debería otorgar a los litigantes una determinada serie de derechos que asumen la modalidad de “inmunidades contra imposiciones judiciales de riesgos de error”, dentro de las que incluye a varias reglas probatorias como aquellas sobre testimonios de oídas y prueba sobre el carácter o personalidad de la persona acusada. Por eso mismo, advierte que cuando las normas jurídicas de derecho probatorio son vistas de esa forma la presencia de prácticas discrecionales en la actividad probatoria y la existencia de límites fuertes en cuestiones de derecho sustantivo constituye, en su opinión, una “contradicción viviente”.⁶⁷

Estas breves consideraciones, sumadas a lo ya señalado en los puntos anteriores sobre el valor que suele asignarse a los límites a la discrecionalidad judicial, pueden constituir un dato de interés acerca de la forma en la que podría estructurarse la discusión sobre cuál de los dos modelos de derecho probatorio es preferible. La posibilidad de establecer una presunción según la cual debería adoptarse un derecho probatorio que limite fuertemente la discrecionalidad judicial podría colocar al modelo “reglado” en una mejor posición que el “basado en estándares”.

3.5. Balance

En esta sección se argumentó que un parámetro atractivo para comparar a los modelos de derecho probatorio es la forma en la cual ambos regulan la discrecionalidad judicial. De ese modo, luego de destacar la relevancia que en esta discusión tiene la desconfianza en las personas encargadas de aplicar las normas jurídicas, se analizó la posibilidad de que el modelo “reglado” tenga alguna ventaja sobre el “basado en estándares” por tratarse de un modelo que cumple mejor con un objetivo usualmente considerado valioso en el derecho penal, como la necesidad de establecer fuertes límites a la discrecionalidad judicial, y porque permite neutralizar de forma más adecuada una preocupación justificada como la posibilidad de que los tribunales puedan cometer errores graves al resolver cuestiones importantes. Incluso se consideró la posibilidad de

⁶⁵ SCHAUER, *U. Pa. L. Rev.*, (155), 2006, pp. 184 s.; SCHAUER, *Episteme*, (5), 2008, p. 301.

⁶⁶ STEIN, «Against free proof», *Israel Law Review*, (31), 1997, p. 576 (agregando que “por razones muy conocidas, los sistemas jurídicos de sociedades democráticas tienden a no otorgarles a los jueces este permiso. Se cree que este permiso es antidemocrático, a diferencia de lo que sucede con el permiso para decidir sobre cuestiones probatorias, que frecuentemente se les otorga”).

⁶⁷ STEIN, *Israel Law Review*, (31), 1997, pp. 579 s.

que exista una presunción en favor del modelo “reglado”, y de que la carga de la argumentación pueda ser colocada en cabeza de quienes lo rechacen.

En la siguiente sección se analizará la manera concreta en la que esos factores vinculados con las buenas razones a favor de los límites a la discrecionalidad judicial impactan en la forma en la que esos modelos pueden respetar un compromiso fuerte con la necesidad de proteger a las personas inocentes del riesgo de ser condenadas por error. Ello permitirá advertir con mayor claridad por qué razones podría ser considerado positivo asumir una gran desconfianza frente al uso del poder penal cuando se trata de este ámbito, y por qué razones la posibilidad de que los tribunales cometan errores debería ser especialmente tenida en cuenta.

4. La relación entre la desconfianza hacia la discrecionalidad judicial en el derecho probatorio y la protección de la persona inocente frente al riesgo de ser condenada por error

En esta sección se intentará determinar si el modelo “reglado” es preferible al modelo “basado en estándares” cuando se trata de respetar un compromiso fuerte con la necesidad de proteger a la persona inocente frente al riesgo de ser condenada por error. De esa forma, se buscará demostrar que el establecimiento de límites a la discrecionalidad judicial analizada en la sección anterior puede ser útil para evitar la frecuencia con la que pueden dictarse condenas erróneas, y que por esa razón un modelo “reglado” cuenta con una ventaja comparativa frente al “basado en estándares”. La razón por la cual esto es así es que el modelo “reglado” ofrece una mayor seguridad frente al ejercicio del poder estatal que el “basado en estándares”, pues este último otorga un gran margen de discrecionalidad a los tribunales y permite la posibilidad de dictar condenas incluso en casos en los cuales el riesgo de castigar a una persona inocente pueda ser considerado muy elevado.

Para desarrollar esa idea puede resultar útil partir de un breve análisis de los problemas que puede presentar el modelo “basado en estándares” con relación a este punto, y luego considerar la forma en la que un modelo “reglado” puede ofrecer algunas soluciones.

4.1. Problemas del modelo “basado en estándares”

El modelo “basado en estándares” presenta cuatro problemas vinculados con la protección de la persona inocente frente al riesgo de ser condenada por error. Estos problemas se presentan en las distintas etapas de la actividad probatoria, y pueden ser sintetizados de la siguiente manera.

1. En la etapa de la admisibilidad de la prueba, el problema propio de este modelo es la ausencia de restricciones fuertes frente a la posibilidad de que ingresen al proceso penal determinados elementos de prueba que pueden ser considerados poco fiables o peligrosos para la situación de la persona acusada. Al respecto, puede pensarse en la forma en que la utilización de estándares sumamente indeterminados como la “pertinencia”, o incluso aquellos un poco más precisos como “peligro de causar grave perjuicio indebido” y “probabilidad de generar confusión”, entre

otros, dejan un gran margen de libertad para decidir en cada caso concreto si algunos medios de prueba considerados problemáticos son considerados admisibles o no. De ese modo, se trata de un modelo que no garantiza que sean excluidos los antecedentes de la persona acusada, pruebas sobre rasgos de su personalidad, o declaraciones e informes elaborados por personas “expertas” que pueden no satisfacer criterios mínimos de aceptabilidad, entre otros.⁶⁸

2. En segundo lugar, la forma en la que el modelo “basado en estándares” regula la valoración de la prueba otorga a los tribunales un margen de discrecionalidad muy amplio para asignar un valor alto a pruebas a las que quizá no les corresponda. Ello es una consecuencia directa de la utilización de estándares muy indeterminados como la “sana crítica” y aquellos que suelen acompañarlos, como los “principios de la lógica”, las “máximas de la experiencia” y los “conocimientos científicos afianzados”. Un síntoma de este problema ha sido advertido en aquellas investigaciones que han destacado que estos estándares suelen ser utilizados como un mero recurso retórico para intentar justificar las decisiones judiciales apelando a la carga emotiva que los acompaña:

Afirmar que las reglas de la [sana crítica] se han aplicado para tomar y justificar decisiones concretas, constituye, por regla general, un argumento persuasivo para desvanecer eventuales dudas sobre la calidad de las respectivas sentencias. La [sana crítica] dota de credenciales legitimadoras a los jueces que la invocan, pues a lo largo del tiempo se han ido tendiendo puentes entre ella y la racionalidad [...] sostener que la prueba se ha valorado conforme a la [sana crítica] coloca al órgano de adjudicación en una mejor posición que si se dice que se ha fallado conforme a la íntima convicción o según la prueba tasada, aun cuando en la práctica se haya hecho exactamente lo mismo [...] lo expresado es problemático, sobre todo porque no se sabe bien qué implica que la prueba disponible deba ser valorada conforme a la [sana crítica].⁶⁹

Del mismo modo, también se ha afirmado que el uso de estos estándares indeterminados arroja un panorama poco alentador para la práctica judicial:

El principal problema que aqueja a la sana crítica se relaciona con su escasa operatividad en cuanto modelo que reenvía a los jueces a sistemas externos de producción de conocimiento o de legitimación de discursos. Dicho fenómeno es consecuencia de la falta de precisión conceptual de lo que se está refiriendo cuando se hace mención a los [principios de la lógica], [conocimientos científicos afianzados] y [máximas de la experiencia] [...] Así, las decisiones probatorias de jueces especializados no parecen diferir de las que tomaría una persona mínimamente sensata.⁷⁰

Los jueces repiten ciertas fórmulas, aun cuando de ello no se deriven consecuencias para la decisión judicial. Una de ellas reza más o menos así «Que valorados los medios de prueba con libertad y no contradiciendo los [principios de la lógica], los [conocimientos científicos afianzados] y las [máximas de la experiencia] se da por probado que...». A contrario de lo que podría espontáneamente pensarse,

⁶⁸ Un análisis de ciertos elementos de prueba que han sido vinculados con el dictado de condenas erróneas puede verse en LITTLE, «Addressing the evidentiary sources of wrongful convictions: categorical exclusion of evidence in capital statutes», *Southwestern University Law Review*, (37), 2008, pp. 965 ss.

⁶⁹ COLOMA CORREA, «¿Realmente importa la sana crítica?», *Revista Chilena de Derecho*, (39), 2012, pp. 754 s. y nota 6.

⁷⁰ COLOMA CORREA/AGÜERO SAN JUAN, «Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba», *Revista Chilena de Derecho*, (41), 2014, p. 699.

el uso de este estribillo no se traduce en ninguna consecuencia jurídica; en otras palabras, no blinda a la decisión y, a la inversa, su supresión no la hace, ipso facto, impugnabile. El uso de frases y palabras sacramentales es un problema en la medida en que los miembros de la comunidad jurídica creen que con su enunciación ‘inmediatamente’ la decisión pasa a satisfacer las exigencias de la sana crítica. No es evidente, sin embargo, que los jueces y abogados le atribuyan (o nieguen) tal poder constitutivo a la frase citada. Lo que sí se puede afirmar es que su uso irreflexivo deja de manifiesto que jueces y abogados no están seguros qué implica valorar la prueba con sujeción a los [principios de la lógica], las [máximas de la experiencia] y los [conocimientos científicos afianzados].⁷¹

3. Por otro lado, la regulación que el modelo “basado en estándares” suele hacer de la forma en la cual los tribunales deben decidir si un hecho está probado tampoco ofrece un panorama muy alentador si se considera que es necesario imponer límites fuertes a la discrecionalidad judicial. Hoy en día es muy común afirmar que estándares tan indeterminados como los que apelan a la “convicción” de la persona encargada de juzgar, o aquellos que le señalan que aprecie las pruebas “según su conciencia”, e incluso el estándar ampliamente difundido según el cual puede dictarse una condena si el hecho está probado “más allá de toda duda razonable”, son regulaciones especialmente problemáticas porque remiten a la *subjetividad* de las juezas y jueces que deben tomar la decisión. De acuerdo con varias críticas, este tipo de estándares han permitido legitimar una ausencia de control del razonamiento de los tribunales –como han destacado algunos análisis de varias decisiones judiciales de distintos países⁷²–, y ha llevado a afirmar que este modo de entender la decisión sobre los hechos probados “ha terminado por convertirse en un tocoso principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces”.⁷³ La siguiente frase de FERRAJOLI expresa con claridad esta crítica:

El abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales [...] la fórmula de la ‘libre convicción’, que por sí misma expresa solo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acríticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales.⁷⁴

También en este punto son muy conocidas las críticas de Laudan, quien afirma que “con el empleo de un estándar tan amorfo como el de la prueba más allá de una duda razonable, el Estado básicamente invita a los juzgadores de los hechos a que libren la decisión a sus instintos. ‘Estoy seguro de que es culpable, no me caben dudas’, esto es todo lo que exigen los tribunales para condenar”.⁷⁵ En términos más contundentes:

⁷¹ COLOMA CORREA/AGÜERO SAN JUAN, *Revista Chilena de Derecho*, (41), 2014, p. 676.

⁷² Un relevamiento de este tipo de decisiones y una ilustración de la forma en la que muchos tribunales suelen interpretar estos estándares indeterminados puede encontrarse en LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal*, 2013, pp. 59 ss. (sobre los tribunales estadounidenses); COLOMA CORREA/AGÜERO SAN JUAN, «Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica», *Ius et Praxis*, (2), 2014, pp. 375 ss., y COLOMA CORREA, *Revista Chilena de Derecho*, (39), 2012, p. 762 (sobre los tribunales chilenos); ANDRÉS IBÁÑEZ, *Prueba y convicción judicial*, 2009, pp. 43 ss., y FERRER BELTRÁN, «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», *Jueces para la Democracia*, (47), 2003, nota 14 (sobre los tribunales españoles).

⁷³ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 10ª ed., 2011, p. 139.

⁷⁴ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 10ª ed., 2011, p. 139.

⁷⁵ LAUDAN, en EL MISMO, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, 2011, p. 283 (luego de preguntarse si “¿es ésta, como pretenden con orgullo los garantistas, la mejor manera de proteger al inocente del riesgo de ser condenado?”

En caso de que no resulte claro por qué esto pervierte el orden lógico de las cosas, imagínese que les dijésemos a los matemáticos que, de ahora en adelante, contarán con una prueba legítima de un teorema tan pronto como estén convencidos de la verdad de dicho teorema. O, supóngase que les decimos a los epistemólogos que si están sumamente seguros de la existencia de una conexión causal entre A y B, entonces tienen una prueba de ello. Propuestas como estas respecto de la prueba serían objeto de risa.⁷⁶

4. Finalmente, también en la etapa de la decisión sobre los hechos probados, puede resultar de interés el análisis de aquellas alternativas que se han ofrecido para superar el problema de la *subjetividad* de los estándares que suelen incorporar muchos sistemas procesales. Me refiero a las propuestas que han intentado construir estándares de prueba que puedan ser considerados *objetivos*. Si bien la bibliografía dedicada a estas alternativas es particularmente amplia y profunda⁷⁷ –y, por ende, no puede ser abordada aquí más que de forma superficial–, en lo que sigue se analizará cómo esos estándares inciden en la discrecionalidad que se otorga a la persona encargada de aplicarlas y tomar decisiones con base en ellos.

Un ejemplo ampliamente difundido en nuestro medio de este tipo de construcciones es la propuesta de FERRER BELTRÁN para el proceso penal. En sus términos:

Para considerarse probada la hipótesis de la culpabilidad deberán 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*.⁷⁸

Como puede observarse con la lectura de ese estándar, no es difícil sostener que se trata de una regulación mucho menos indeterminada que las normas jurídicas que remiten a la “convicción” de la persona encargada de juzgar y, por ende, recorta con mayor intensidad que aquellas los márgenes de discrecionalidad judicial. Sin embargo, aun cuando situar esas propuestas en el mismo nivel que las analizadas en el punto anterior sería injusto con el valor de esas construcciones y los aportes que han realizado a la discusión sobre el derecho probatorio, algunas críticas que se les han formulado permiten poner en duda que tengan la capacidad de resolver los problemas que generan las propuestas exclusivamente subjetivas. De ese modo, la principal objeción que se les ha dirigido es que no logran reducir la discrecionalidad judicial a un punto tal que permita afirmar que cumplan satisfactoriamente con la meta de ser estándares realmente “objetivos”, pues son particularmente indeterminados y remiten en buena medida a la

y responder que “parece dudoso”). Para las conocidas críticas del autor al estándar de “más allá de toda duda razonable” ver LAUDAN, «¿Es razonable la duda razonable?», en EL MISMO, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, 2011, pp. 117 ss.

⁷⁶ LAUDAN, «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», *Doxa*, (28), 2005, pp. 104 s.

⁷⁷ AGÜERO SAN JUAN, de forma elocuente, refiere a la existencia de un *boom* con relación a este punto “en sentido literario y editorial, como éxito o auge repentino de un tema o asunto” (AGÜERO SAN JUAN, «Los estándares de prueba y el boom editorial del discurso probatorio en castellano», *Discusiones*, (XVIII), 2016, p. 83).

⁷⁸ FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, 2007, p. 147.

subjetividad de quienes los aplican. GONZÁLEZ LAGIER ha explicado esta crítica de la siguiente manera:

Todas estas formulaciones incluyen expresiones cargadas de vaguedad, como “hechos más importantes del caso”, “prueba importante” [...] “alto nivel de contrastación”, “hipótesis plausibles” [...] “mejor explicación” [...] Por supuesto, hay que reconocer que suponen un avance importante en la reducción de la vaguedad frente a los estándares tradicionales de la duda razonable y la íntima convicción, pero al mantener todavía un grado elevado de imprecisión (probablemente ineliminable), corren el peligro de la subjetivización: la vaguedad, unida a la necesidad de decidir, conduce a la necesidad de apreciación subjetiva.⁷⁹

Por esa razón es que se sostiene que también este tipo de propuestas son “insuficiente[s] si lo que queremos es distribuir el error de manera que se minimicen las falsas condenas”.⁸⁰ De esta forma, también es posible afirmar que incluso estas regulaciones podrían resultar problemáticas para un proceso penal en el cual se haya asumido un compromiso fuerte con la necesidad de evitar condenas a personas inocentes. En un sentido similar a los estándares subjetivos, los términos indeterminados que utilizan no necesariamente garantizan que ese compromiso sea respetado, pues otorga una gran discrecionalidad a quien lo aplica para arribar a un gran número de soluciones diversas que permiten el dictado de una condena incluso en un contexto en el cual el riesgo de condenar a una persona inocente puede ser muy elevado.

4.2. La posible solución de esos problemas mediante la adopción de un modelo “reglado”

Las críticas que puede merecer el modelo “basado en estándares” constituyen un punto de partida interesante para considerar si el modelo “reglado”, al reducir de forma fuerte la discrecionalidad judicial, puede superarlas y colocarse en una mejor posición para respetar un compromiso fuerte con la necesidad de evitar condenas erróneas. De ese modo, en alguna ocasión se ha considerado la idea de “replantear de raíz” el problema de cómo debe afrontar el derecho probatorio la distribución del riesgo del error. En este sentido, BAYÓN ha sugerido la posibilidad de realizar un “cambio de enfoque”:

Si el estándar de prueba no es capaz de distribuir adecuadamente el riesgo del error, no intentar hacerlo mediante reglas concretas (de admisibilidad de elementos de prueba, sobre la carga de la prueba, que condicionen el valor de ciertos medios de prueba a su corroboración por otro medio de prueba distinto, etc.) puede acabar equivaliendo a no contar el valor de ese fin ninguna vez [...] Las decisiones sobre la distribución del riesgo del error son decisiones morales y la cuestión es quién debe tomarlas. Si no es el legislador, serán los jueces (cuando hagan sus interpretaciones de estándares de prueba formulados en términos de lo que es o no “plausible”, o lo que lo es más o es menos, interpretaciones que se traducirán en cosas tales como criterios acerca de cuándo es admisible un testimonio de referencia contra el imputado, o condenar sólo sobre la base de la declaración de la víctima, o sólo sobre la base del testimonio de un coimputado, etc.).⁸¹

⁷⁹ GONZÁLEZ LAGIER, en GARCÍA AMADO (coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, 2014, p. 123.

⁸⁰ GONZÁLEZ LAGIER, en GARCÍA AMADO (coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, 2014, pp. 123 s.

⁸¹ BAYÓN, en COMANDUCCI/GUASTINI (dirs.), *Analisi e diritto 2008*, 2009, pp. 18 s.

En sintonía con ese “cambio de enfoque”, a continuación se expondrán algunas formas concretas en las que el modelo “reglado” puede colaborar a reducir los defectos del modelo “basado en estándares” de cara al compromiso fuerte con la protección de la persona inocente frente al riesgo de ser condenada por error. En términos generales, el argumento es que el modelo “reglado” puede aportar soluciones mediante el establecimiento de reglas jurídicas precisas que limiten la discrecionalidad judicial en casos concretos que pueden ser considerados especialmente problemáticos. Lo que se dirá al respecto se vinculará con la posibilidad de que esa posibilidad *en abstracto* constituya una idea atractiva, y no implicará la defensa de alguna regla *concreta* que el derecho probatorio de algún sistema jurídico real alguna vez haya adoptado.

a. *Sobre la toma de decisiones basada en reglas*

Para comprender mejor la forma en la que la regulación del derecho probatorio mediante “reglas” podría solucionar algunos de los problemas del modelo “basado en estándares”, puede resultar útil explicar, al menos de forma breve, la manera en la cual opera un modelo de toma de decisiones basado en reglas.

Una forma común de explicar la dinámica de la toma de decisiones en ese modelo es mediante su contraste con otra alternativa posible denominada “particularista” (afín al modelo “basado en estándares”). En este sentido, SCHAUER explica que el modelo particularista “se centra en la situación, caso o acto particular y abarca de este modo todo aspecto del acontecimiento particular que motiva la decisión que resulte relevante para tomarla”, mientras que, por contraste, el modelo “basado en reglas” es uno que “excluye de la consideración algunas propiedades del hecho particular que un procedimiento de decisión particularista reconocería” y se diferencia de éste precisamente porque “algunas características del hecho, que de otra manera serían relevantes en la decisión, son actual o potencialmente ignoradas por la generalización sub y sobreincluyente que constituye el predicado fáctico de cualquier regla”.⁸² Por esa razón, la toma de decisiones particularista “adapta la generalización a las necesidades del momento, ya que trata a la generalización previa como si no mereciera peso intrínseco alguno en el cálculo de la decisión”, mientras que la toma de decisiones basada en reglas “rechaza, en cambio, la revisión continua de las generalizaciones y, consecuentemente, les atribuye fuerza, incluso en aquellos casos en los que parece no merecerla”.⁸³ En consecuencia, el modelo basado en reglas “implica [...] una inevitable sub y sobreinclusión, por lo cual, para aceptar un régimen de reglas es preciso tolerar un cierto número de resultados erróneos, distintos de los que se hubieran obtenido por la directa y correcta aplicación de las justificaciones sustantivas en las que se apoya la regla”.⁸⁴

De esa forma, con relación al derecho probatorio, en el modelo “basado en estándares” las personas encargadas de decidir realizan su tarea mayoritariamente mediante la aplicación de normas jurídicas que suelen estar redactadas en los mismos términos que las razones que suelen justificar ciertas regulaciones de la actividad probatoria. Así sucede, por ejemplo, cuando se

⁸² SCHAUER, *Las reglas en juego*, 2004, p. 138.

⁸³ SCHAUER, *Las reglas en juego*, 2004, p. 138.

⁸⁴ SCHAUER, *Las reglas en juego*, 2004, p. 197.

otorga a los tribunales la facultad de excluir un determinado elemento de prueba si éste es “poco fiable” o puede “causar perjuicio indebido” *en el caso concreto*, o cuando se les indica que deberán absolver a la persona acusada si la prueba producida durante un juicio no es suficiente para poder dictar una condena *en ese caso concreto*. En el modelo basado en reglas, en cambio, el proceso de toma de decisiones es bien distinto. Así, la libertad de la persona encargada de decidir se encuentra en muchos casos más restringida pues no resolverá determinando si *en el caso concreto* se presenta aquello que constituye la “razón subyacente” o justificación de las normas jurídicas aplicables, sino, en cambio, mediante la aplicación de una regla concreta que determina la solución *de antemano y con carácter general*.

Siguiendo la línea de los ejemplos anteriores, en este modelo la persona encargada de decidir ya no contará con la libertad de excluir un determinado elemento de prueba si lo considera “poco fiable” o capaz de “causar un perjuicio indebido” *en el caso concreto*. Por el contrario, esa jueza o juez deberá excluirlo porque una regla precisa ya determinó *de antemano y con carácter general* que ese elemento de prueba reúne esas características. Del mismo modo, en un sistema basado en reglas los tribunales no contarán en todos los casos con la libertad para determinar si las evidencias disponibles son suficientes para dictar una condena que se ajuste a los riesgos de error asumidos en ese sistema, pues en ciertas situaciones contarán con un grupo de reglas que determinan de antemano, por ejemplo, que es imposible condenar a la persona acusada si las únicas evidencias disponibles son algunas de cierto tipo.

En conclusión, las reglas probatorias constituyen generalizaciones de ciertos elementos de prueba que se consideran poco fiables, o de determinadas constelaciones de casos en los cuales se determina que el riesgo de condenar a una persona inocente es considerablemente elevado, a pesar de que, en algún caso concreto, la persona encargada de decidir se vea obligada a aplicar esas reglas pese a que el caso *particular* que tenga frente a ella no reúna las características que justifican la adopción de la regla *en abstracto*. A modo de ejemplo: frente a una regla que prohíba admitir como elemento de prueba a testigos de oídas porque los considera “poco fiables”, es posible argumentar que en algún caso concreto un testigo de oídas igualmente puede ser particularmente fiable o valioso. Del mismo modo, frente a una regla que prohíba condenar a una persona cuando el único elemento de prueba disponible es la declaración de la presunta víctima porque se considera que una condena dictada en ese escenario genera un riesgo muy elevado de castigar a una persona inocente, es posible concebir algún caso particular en el cual ese único elemento de prueba cuente con un valor muy elevado que permita dictar una condena sin generar un riesgo de error muy alto.

Una de las razones que suele ofrecerse a favor de un sistema de toma de decisiones de este tipo, pese a que pueda generar algunos errores como los ressaltados, ya fue explorada anteriormente. Luego de resaltar que la toma de decisiones basada en reglas puede generar errores como los destacados –es decir, casos en los cuales se aplica una regla pese a que no se verifique su “razón subyacente” o circunstancia que la justifica–, SCHAUER advierte sobre la existencia de otro tipo de error que también es necesario evitar. En sus términos: “aunque estos errores se definen por contraste con la aplicación óptima de la justificación que subyace a la regla, la referencia a una ‘aplicación óptima’ pone de manifiesto otro tipo de error, cuya prevención suministra un fuerte

argumento en favor de la toma de decisiones basada en reglas”.⁸⁵ Este error –continúa– consistiría en lo siguiente: “cuando los decisores no se encuentran encadenados a reglas y tienen, por consiguiente, la potestad para inquirir sobre cualquier factor que pueda llevar a la mejor decisión para el caso particular, podría sencillamente ocurrir que no tomen la mejor decisión. Liberados para examinarlo todo, con frecuencia los decisores no emplean esa libertad con sabiduría, sino que hacen uso de factores que podrían producir el mejor resultado para generar, en su lugar, un resultado inferior”.⁸⁶ Por esa razón, su conclusión es que “el diseño de un entorno de toma de decisiones debe, por lo tanto, tener en cuenta no sólo la posibilidad de errores de sub o sobreinclusión que emanen de una fiel aplicación de las reglas frente a una realidad impredecible, sino también los errores que podrían ser cometidos por decisores no tan salomónicos cuando al liberárselos de la sujeción a reglas, se los faculta para aplicar directamente la justificación subyacente en los casos que tienen que decidir. Cuando predomina el temor a este último tipo de error, las reglas se emplean para disminuir los errores de los decisores, limitando su capacidad para tomar en cuenta un espectro completo de consideraciones difíciles y complejas”.⁸⁷

Este argumento a favor de la toma de decisiones basada en reglas constituye un punto a favor del modelo de derecho probatorio “reglado” que le permite evitar los problemas que genera el modelo “basado en estándares”. Así, es esperable que, al imponer límites fuertes a las personas encargadas de tomar decisiones, éstas cometan a largo plazo menos errores del tipo de los que fueron resaltados al analizar las razones por las cuales la desconfianza en la discrecionalidad judicial puede encontrarse justificada (temor a los abusos en el ejercicio del poder penal, y temor a la comisión de errores al resolver cuestiones relevantes), lo cual puede traducirse en errores vinculados con la protección fuerte de la persona acusada de ser condenada equivocadamente.

A continuación expongo brevemente de qué formas concretas el modelo “reglado” puede neutralizar algunos de los problemas del modelo “basado en estándares” y, de ese modo, permitir que el sistema que lo adopte pueda respetar un compromiso fuerte con la necesidad de evitar condenas a personas inocentes.

b. Reglas en la admisibilidad de la prueba

Frente al problema que puede generar el modelo “basado en estándares” en esta etapa de la actividad probatoria –la posibilidad de que ingresen al proceso elementos de prueba considerados especialmente problemáticos–, el modelo “reglado” puede ofrecer una solución atractiva. Se trata de la adopción de reglas que excluyan en términos categóricos la incorporación de esos elementos de prueba, o que regulen en forma detallada las ocasiones excepcionales en las que pueden ser considerados admisibles.

Estos tipos de reglas suelen ser denominadas “reglas de exclusión intrínsecas”. A diferencia de las reglas de exclusión denominadas “extrínsecas”, se trata de reglas que no tienen por finalidad

⁸⁵ SCHAUER, *Las reglas en juego*, 2004, p. 212.

⁸⁶ SCHAUER, *Las reglas en juego*, 2004, p. 212.

⁸⁷ SCHAUER, *Las reglas en juego*, 2004, p. 214.

proteger valores distintos a la búsqueda de la verdad, tal como sucede con la regla de exclusión de la prueba ilícita. En cambio, estas reglas se caracterizan por “rechazar información probatoria con base en la convicción de que su exclusión mejorará la precisión de la determinación de los hechos”.⁸⁸ Ello sucede concretamente cuando se excluye material probatorio porque puede llegar a ser sobrevalorado, o cuando “la idoneidad de la prueba puede verse eclipsada por su capacidad de ser ‘prejudicial’ –esto es, predisponer injustamente al juez de los hechos hacia un resultado concreto–”, y, en síntesis, con el “deseo de proteger al juez de información nada fiable”.⁸⁹

Algunos casos concretos de este tipo de reglas ya fueron expuestos al analizar las características del modelo “reglado”. Entre los más difundidos se encuentran, por ejemplo, las reglas que excluyen las declaraciones testimoniales que la persona acusada no haya tenido posibilidad de controlar, o que prohíben el uso de algunas evidencias consideradas problemáticas como los antecedentes de la persona imputada, pruebas sobre rasgos de su personalidad, o peritajes vinculados a disciplinas cuya fiabilidad no se encuentre seriamente comprobada.

c. *Reglas en la valoración de la prueba y en la decisión final sobre los hechos probados*

En esta etapa, frente a los problemas que genera el modelo “basado en estándares” al otorgar a las personas encargadas de juzgar un margen de discrecionalidad muy elevado, el modelo “reglado” puede ofrecer alternativas que se caracterizan precisamente por reducir de manera fuerte esa discrecionalidad. En este sentido, el instituto más relevante que este modelo suele incluir es el de las reglas de valoración o de “peso”⁹⁰ que asumen la modalidad de “reglas de corroboración”, también conocidas como “pruebas legales negativas”. De acuerdo con DAMAŠKA, se trata de reglas que, si son seleccionadas de forma apropiada, pueden constituir grandes “protecciones para las personas inocentes [frente a] las condenas fáciles o arbitrarias”.⁹¹

Se trata de reglas que pueden ser definidas mediante su contraste con las denominadas “reglas positivas”. En pocas palabras, “las pruebas legales positivas son en realidad aquellas en presencia de las cuales la ley prescribe al juez que considere probada la hipótesis acusatoria aunque tal ‘prueba’ contraste con su convicción; las pruebas legales negativas son, en cambio, aquellas en ausencia de las cuales la ley prescribe al juez que considere no probada la misma hipótesis aunque tal ‘no prueba’ contraste con su libre convicción”.⁹² Por esa razón, “donde las pruebas del primer tipo son, por ello, suficientes para justificar la aceptación de la verdad de la hipótesis acusatoria, en cambio, las del segundo son solo necesarias para el mismo fin; y mientras la presencia de las primeras hace obligatoria la condena, la presencia de las segundas simplemente la permite, a la vez que, en su ausencia, se mantiene firme la obligación de la absolución. En el plano jurídico, en consecuencia, las pruebas legales negativas equivalen a una garantía contra la convicción errónea o arbitraria de la culpabilidad, asegurando normativamente la necesidad de

⁸⁸ DAMAŠKA, *El derecho probatorio a la deriva*, 2015, p. 31.

⁸⁹ DAMAŠKA, *El derecho probatorio a la deriva*, 2015, p. 32.

⁹⁰ Un análisis general sobre las reglas de valoración o de “peso” puede verse en BARZUN, «Rules of weight», *Notre Dame L. Rev.*, (83), 2008, pp. 1957 ss.

⁹¹ DAMAŠKA, *Evaluation of evidence*, 2018, p. 140.

⁹² FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 10ª ed., 2011, pp. 147 s.

la prueba y la presunción de inocencia hasta prueba en contrario”.⁹³ En síntesis, se trata de reglas probatorias que introducen un gran número de excepciones a la libre valoración y, a diferencia de las reglas positivas, “no ejercen presión en sentido contrario: nunca exigen que se tomen los hechos como probados a pesar de la convicción contraria del juez”.⁹⁴

Esta breve descripción permite advertir que este tipo de reglas eleva las exigencias probatorias de quien asuma la acusación, y constituyen condiciones necesarias, pero no suficientes, para poder dictar una condena. En consecuencia, puede constituir una forma de garantizar que no se permita dictar una condena en aquellas constelaciones de casos que pueden ser consideradas problemáticas por la forma en la cual generan un riesgo elevado de condenar a una persona inocente por error.

Muchos sistemas jurídicos han incorporado reglas de este tipo. Como se vio al exponer los rasgos generales del modelo “reglado”, algunos ejemplos son las reglas que impiden dictar una condena si la única prueba disponible es un testigo ocular, la presunta víctima, una persona imputada que asume el rol de colaboradora o arrepentida, o un testigo de identidad reservada.

5. Conclusiones

En este trabajo se intentaron explorar las siguientes ideas:

1. El aquí denominado “panorama tradicional” suele afirmar que el diseño del derecho probatorio del proceso penal debe estar guiado por dos valores centrales: la necesidad de determinar la verdad de los hechos, y una preferencia fuerte –aunque no absoluta– por la necesidad de evitar condenas a personas inocentes.

2. Dentro de las alternativas disponibles para diseñar un derecho probatorio que se ajuste a ese panorama, existen dos modelos principales que se diferencian según el tipo de normas jurídicas al que acuden con mayor frecuencia: un modelo “basado en estándares”, y otro “reglado”.

3. Una forma de comparar estos modelos a fin de determinar cuál es preferible para cumplir de forma más eficiente los postulados del “panorama tradicional” puede ser, en primer lugar, a partir de la intensidad con la cual cada uno de ellos limita la discrecionalidad judicial. Ese análisis permite concluir que **a)** el modelo “basado en estándares”, al utilizar normas jurídicas que asumen la modalidad de “estándares”, limita la discrecionalidad judicial sólo de forma débil, mientras que el modelo “reglado”, por acudir a normas jurídicas que asumen la modalidad de “reglas”, puede limitar la discrecionalidad judicial en un sentido fuerte; y **b)** si se asume que los límites a la discrecionalidad judicial son algo valioso para el derecho penal en general –por ejemplo, porque existen buenas razones para partir de una actitud de desconfianza frente a la libertad de aquellas personas que pueden generar consecuencias graves con sus decisiones– existen también buenas razones para considerar al modelo “reglado” como preferible.

⁹³ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 10ª ed., 2011, pp. 147 s.

⁹⁴ DAMAŠKA, *El derecho probatorio a la deriva*, 2015, p. 34, nota 28.

4. El análisis anterior también permite advertir que la asignación de discrecionalidad judicial en el derecho probatorio puede incidir directamente en la forma en la cual se brinda protección a la persona inocente frente al riesgo de ser condenada por error. De este modo, se intentó demostrar que, frente a los problemas que en este punto puede generar el modelo “basado en estándares”, existen buenas razones para afirmar que un sistema procesal penal que adopta un modelo “reglado” se encuentra en mejores condiciones para respetar un compromiso fuerte con la necesidad de evitar condenas erróneas. La forma concreta mediante la cual ello puede ser materializado, como se puso de resalto con algunos ejemplos, es mediante la adopción de “reglas de exclusión intrínsecas” y “reglas de corroboración”.

Al comienzo de este trabajo se advirtió que todas esas conclusiones se encuentran circunscriptas a una discusión en la que se asume al aquí denominado “panorama tradicional” como el punto de partida; es decir, si se acepta, como aquí se hizo en forma hipotética, que el proceso penal, además de asumir como fin institucional la averiguación de la verdad, debe mostrar un compromiso fuerte con la necesidad de proteger eficazmente a las personas inocentes del riesgo de ser condenadas por error, y que las normas jurídicas que integran el derecho probatorio deben reflejar esa decisión valorativa. Si se asume, en cambio, que esa preocupación por las condenas a personas inocentes no debería ser tan grande, o que, pese a ello, debería darse aún más valor a la necesidad de averiguar la verdad –y así condenar a más personas culpables–, todo lo expuesto *podría* variar. Que ello no sea así dependerá de un análisis que demuestre que un modelo “reglado” se encuentra no sólo en óptimas condiciones para proteger a la persona inocente del riesgo de ser condenada por error, sino, también, para permitir que el sistema logre obtener la mayor cantidad de veredictos correctos posible. Sin embargo, ello no podrá ser abordado en este trabajo. Mi objetivo, mucho más modesto, puede considerarse cumplido si se logró demostrar que, si se asume el punto de partida que aquí se denominó como “panorama tradicional”, existen buenas razones para adoptar un derecho probatorio como el que en este trabajo se denominó “reglado”.

6. Bibliografía

AGÜERO SAN JUAN (2016), «Los estándares de prueba y el boom editorial del discurso probatorio en castellano», *Discusiones*, (XVIII), pp. 81 ss.

AGUILERA (2018), «El germen contraepistémico del garantismo penal extremo (o del elefante en la sala que pocos están dispuestos a ver)», en Vázquez (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, Editores del Sur, Buenos Aires, pp. 79 ss.

ANDRÉS IBÁÑEZ (2017), «Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal)», *Jueces para la Democracia*, (88), pp. 102 ss.

——— (2009), *Prueba y convicción judicial*, Hammurabi, Buenos Aires.

ATIENZA (1994), «Sobre la argumentación en materia de hechos», *Jueces para la democracia*, (22), pp. 82 ss.

BARZUN (2008), «Rules of weight», *Notre Dame Law Review*, (83), pp. 1957 ss.

BAYÓN (2009), «Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano», en COMANDUCCI/GUASTINI (dirs.), *Analisi e diritto 2008*, Marcial Pons, Madrid, pp. 15 ss.

BENTHAM (2008), *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Valletta, Buenos Aires.

COLOMA CORREA (2012), «¿Realmente importa la sana crítica?», *Revista Chilena de Derecho*, (39), pp. 753 ss.

COLOMA CORREA/AGÜERO SAN JUAN (2014), «Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba», *Revista Chilena de Derecho*, (41), pp. 673 ss.

————— (2014), «Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica», *Ius et Praxis*, (2), pp. 375 ss.

DAMAŠKA (2018), *Evaluation of evidence. Pre-modern and modern approaches*, Cambridge University Press, Cambridge.

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

————— (2006), «The jury and the law of evidence», *Law, Probability and Risk*, (5), pp. 255 ss.

DWORKIN (2010), *Los derechos en serio*, trad. de Guastavino, Ariel, Barcelona.

EPPS (2015), «The consequences of error in criminal justice», *Harvard Law Review*, (128), pp. 1065 ss.

FARNSWORTH/GUZZIOR/MALANI (2010), «Ambiguity about ambiguity: an empirical inquiry into legal interpretation», *Journal of legal analysis*, (2), pp. 1 ss.

FERRAJOLI (2011), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Andrés Ibáñez et. ales., 10ª ed., Trotta, Madrid.

FERRER BELTRÁN (2012), «Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia», en MARTÍ/MORESO (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho*, Marcial Pons, Madrid, pp. 167 ss.

————— (2007), *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.

————— (2003) «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», *Jueces para la Democracia*, (47), pp. 27 ss.

GARCÍA AMADO (2006), «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?», *Isegoría*, (35), pp. 151 ss.

GLUCK/POSNER (2018), «Statutory Interpretation on the Bench: A Survey of Forty-Two Judges on the Federal Courts of Appeals», *Harvard Law Review*, (131), pp. 1298 ss.

GRECO (2007), «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», *InDret Penal. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.

GONZÁLEZ LAGIER (2014), «Presunción de inocencia, verdad y objetividad», en GARCÍA AMADO (coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Comares, Granada, pp. 109 ss.

HART (1961), *El concepto de Derecho*, trad. de Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

JACKSON/SUMMERS (2012), *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge University Press, Cambridge.

KAPLOW (1992), «Rules versus standards: an economic analysis», *Duke Law Journal*, (42), pp. 557 ss.

KENNEDY (1976), «Form and substance in private law adjudication», *Harvard Law Review*, (89), pp. 1685 ss.

KITAI (2003), «Protecting the guilty», *Buffalo Criminal Law Review*, (6-2), pp. 1163 ss.

KRESS (1989), «Legal indeterminacy», *California Law Review*, (77), pp. 283 ss.

LANGER (2014), «La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo», *Revista de Derecho Público*, (32), pág. 1 ss.

LAUDAN (2013), *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, trad. de Aguilera y Vázquez, Marcial Pons, Madrid.

————— (2011), «¿Es razonable la duda razonable?», en EL MISMO, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 117 ss.

————— (2011), «El contrato social y las reglas del juicio: un replanteo de las reglas procesales», en EL MISMO, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 197 ss.

————— (2005), «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», *Doxa*, (28), pp. 95 ss.

LITTLE (2008), «Addressing the evidentiary sources of wrongful convictions: categorical exclusion of evidence in capital statutes», *Southwestern University Law Review*, (37), pp. 965 ss.

MAIER (2015-2016), *Derecho Procesal Penal*, tt. I y III, Ad-Hoc, Buenos Aires.

MALARINO (2017), «Sobre el descuido de la prevención en la distribución del error en el juicio penal», en AMBOS/MALARINO/PASTOR (dirs.), *Prevención e imputación*, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 247 ss.

NINO (2017), *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2012), «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 173 ss.

PACKER (1964), «Two models of the criminal process», *University of Pennsylvania Law Review*, (113), pp. 1 ss.

POSNER (1990), *The problems of jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge MA.

ROXIN (2008), *Derecho Penal. Parte General*, trad. de Luzón Peña et. ales., t. I, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid.

SAMAHA (2018), «If the text is clear – Lexical ordering in statutory interpretation», *Notre Dame Law Review*, (94), pp. 155 ss.

SCHAUER (2009), *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*, Harvard University Press, Cambridge.

————— (2008), «In defense of rule-based evidence law – and epistemology too», *Episteme*, (5), pp. 295 ss.

————— (2006), «On the supposed jury-dependence of evidence law», *University of Pennsylvania Law Review*, (155), pp. 165 ss.

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

————— (2003), «The convergence of rules and standards», *New Zealand Law Review*, pp. 303 ss.

————— (1988), «Formalism», *Yale Law Journal*, (97), pp. 509 ss.

SOLUM (1987), «On the indeterminacy crisis: critiquing critical dogma», *University of Chicago Law Review*, (54), pp. 462 ss.

STEIN (2006), *Foundations of evidence law*, Oxford University Press, Oxford.

————— (1997), «Against free proof», *Israel Law Review*, (31), pp. 573 ss.

SUNSTEIN (1995), «Problems with rules», *California Law Review*, (83), pp. 953 ss.

TARUFFO (2008), *La prueba*, trad. de Manriquez y Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid.

TWINING (2006), «What is the law of evidence?», en EL MISMO, *Rethinking Evidence. Exploratory essays*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, pp. 192 ss.

————— (2006), «The rationalist tradition of evidence scholarship», en EL MISMO, *Rethinking Evidence. Exploratory essays*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, pp. 35 ss.

————— (1997), «Freedom of proof and the reform of criminal evidence», *Israel Law Review*, (31), pp. 439 ss.

UBERTIS (2017), *Elementos de epistemología del proceso judicial*, trad. de Andrés Ibañez, Trotta, Madrid.

VOLOKH (1997), «n Guilty Men», *University of Pennsylvania Law Review*, (146), pp. 173 ss.

WALDRON (2018), *Contra el gobierno de los jueces*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires.