

REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE ESTÁNDARES PROBATORIOS

JOSÉ I. CAFFERATA NORES
MAXIMILIANO HAIRABEDIÁN

“Los enemigos de la verdad no son las mentiras, sino las convicciones”.

*Irvin D. YALOM,
El día que Nietzsche lloró.*

SUMARIO

- I. Función garantizadora de la prueba y la verdad.
- II. Relativización de verdad y prueba.
- III. Estándares probatorios.
- IV. Estándares probatorios e inquisición.
- V. Diferencias entre estándares probatorios y otros fenómenos conexos.
 1. Cambios de concepción.
 2. Reducción de los elementos del tipo.
 3. Sustituciones probatorias por el “contexto”.
- VI. Estándares probatorios y principio de inocencia.
- VII. La perspectiva de género y la amplitud probatoria.
- VIII. Otros problemas de los estándares.
- IX. Estándares probatorios menores en los requerimientos del Ministerio Público.
- X. Conclusiones.

I. FUNCIÓN GARANTIZADORA DE LA PRUEBA Y LA VERDAD

La prueba es el *medio más confiable* para descubrir la verdad real, entendida en términos de “verdad *correspondencia*”: adecuación de lo que se conoce de una cosa, con lo que esa cosa es en la realidad. El verbo “*descubrir*”, como tantos términos, es criticado por quienes consideran que la verdad no se descubre, se construye¹. Sin perjuicio de reconocer

¹ “En palabras de Alicia Ruiz (2013) la verdad jurídica es aquella construida, que no está ahí para ser descubrir-

los elementos enriquecedores de la crítica, insistimos en la vigencia de “descubrir” porque se adecúa a su significado de “*manifestar; hacer patente. Destapar lo que está tapado o cubierto*” (RAE).

A pesar de las limitaciones impuestas por el propio sistema de garantías y de las dificultades en orden al conocimiento empírico en general, es posible sostener en el proceso penal el paradigma de la “verdad por correspondencia”, porque pretende construir un criterio racional y objetivo para determinar la verdad –o falsedad– de los enunciados descriptivos de hechos, desde que exige que tal conocimiento debe ser justificado por pruebas (empíricas) como presupuesto de la imposición de una pena².

Prescindiendo –por razones prácticas– de interesantes teorizaciones sobre estos

ta, sino que es el producto de un complejo proceso de conocimiento y de decisión. Desde ese punto de vista, se trata de una realidad que resulta de la interacción de diversos discursos sociales que le asignan un determinado sentido. El expediente judicial, entonces, es el ejemplo por antonomasia de esta verdad construida y [re]interpretada –valoraciones e ideologías mediante– por la persona encargada de juzgar: los hechos que existen en el proceso, son los hechos que han sido probados, y claro, que –antes– fueron seleccionados para ser probados. Así, quien ejerce la judicatura, construye realidades, dota de sentido a los hechos y a las normas, establece lo que es una verdad” (Carrasco, Julia, “La obligación estatal de construir la verdad jurídica con perspectiva de género. Hacer justicia es reconocer el daño”. Actualidad Jurídica, Revista Penal y Procesal Penal Actualidad Jurídica N° 279, 2022).

² PÉREZ BARBERÁ enfatiza que debemos “*asumir como correcto el concepto de verdad como correspondencia, y que de hecho es el concepto de verdad que, por razones normativas, debe asumirse en procesos penales legítimos*” (PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Prueba y verdad en el proceso penal I: la independencia metafísica de la verdad* “Isonomía, Núm. 52, 2020, ITAM, México DF”).

conceptos, diremos que la búsqueda de la verdad sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria (el llamado “fin inmediato del proceso”) debe desarrollarse tendiendo a la *reconstrucción conceptual* de aquellos.

La prueba es el medio más seguro de lograr esa reconstrucción de modo comprobable y demostrable, pues la inducirá de los rastros o huellas que los hechos pudieron haber dejado en cosas o personas (los que por conservarse durante un tiempo, pueden ser conocidos con posterioridad), o de los resultados o conclusiones de experimentaciones (v.gr., pericias) o de inferencias racionales (v.gr., indicios) sobre tales rastros o huellas (o a partir de ellos) para descubrir o valorar su posible eficacia reconstructiva en relación al hecho del pasado. O sea que, la verdad que se persigue en el proceso penal es una verdad posible de probar y, precisamente por eso, el orden jurídico sólo la aceptará como tal cuando resulte *efectivamente probada* (es la aludida prueba de “lo contrario”). La verdad y su prueba se encuentran íntimamente ligadas al punto que, procesalmente, aquélla no puede prescindir de ésta. La garantía frente a la condena penal es la *verdad probada*.³

La convicción de culpabilidad necesaria para condenar únicamente puede derivar de los datos probatorios de indudable eficacia convictiva, *legítimamente obtenidos* y legalmente incorporados al proceso: son las pruebas, no los jueces, las que condenan; ésta es la *garantía*.

La prueba, por ser insustituible como fundamento de una condena, es la mayor garantía frente a la arbitrariedad punitiva. Verdad y prueba conforman un binomio protector por excelencia.

II. RELATIVIZACIÓN DE VERDAD Y PRUEBA

No resulta superfluo advertir hoy que contraría profundamente nuestro sistema

³ PEREZ BARBERÁ (ob. cit.) señala que hay una relación (que bien puede ser considerada conceptual) de necesidad epistémica entre prueba legítima y verdad.

constitucional el *relativismo cognoscitivo* de algunos filósofos respecto a que conocer la verdad sobre un hecho del pasado sólo sea un ideal inalcanzable⁴, pues abre la puerta para que aquéllas conclusiones -que tienen una meritoria dimensión especulativa- sean utilizadas en la práctica judicial como pretextos (incluso con buena voluntad o inspirada en los mejores propósitos de “justicia”) para conformarse con “menos verdad”. En otras palabras, con *menor prueba* de la exigida para el dictado de sentencias condenatorias, justificada moralmente en la dificultad de lograr el máximo nivel probatorio, o por la creencia de haberlo realizado, aun a pesar de incumplir con las exigencias probatorias de máxima jerarquía jurídica.⁵

Lo mismo ocurre con algunas, igualmente inaceptables, posiciones del relativismo cognoscitivo, que han llegado incluso a sostener que la verdad judicial será la que pueda justificarse argumentalmente, o sea con buenas razones. Obviamente esto incluye la posibilidad de que el enunciado de hecho no sea, *en verdad, verdadero* y se apliquen consecuencias no basadas en la realidad⁶. Este caso de ampliación especulativa de la sabiduría práctica del refrán popular “*se non e vero e ben trovato*” parece ser hoy una tentación para algunos modernos procesalistas que enarbolan,

⁴ “Un escritor que dice que no hay verdades, o que toda verdad es ‘meramente relativa’, le está pidiendo que no le crea. Entonces hágale caso. No le crea”, responde irónicamente SCRUTON en *Modern Philosophy-A Survey*, Bloomsbury Reader, Inglaterra, e book 2012, p. 5.

⁵ Se puede llegar a admitir por razones de respeto reverencial, que en el diálogo entre Cristo y Pilatos, HANS KELSEN lea (sin mayores explicaciones ni complicaciones semánticas) la palabra “*justicia*” donde Cristo dice “*verdad*” (genialidad preñada, por cierto, de un inobjetable y destacable sentido moral); pero ello nunca hará legítima la posibilidad que, emulando esta sinonimia aparezcan otros “*kelsens*” que en sus fallos resuelvan sustituyendo el imperativo de “*verdad*” por el concepto de “*justicia*”, o sea por su idea personal, preferencia o parecer sobre lo que (a su criterio) es justo en el caso concreto, con mayor o menor prescindencia de la prueba.

⁶ “En la práctica, el poder de la cooperación humana depende de un equilibrio delicado entre verdad y ficción. Si distorsionamos demasiado la realidad, nos debilitaremos, porque obraremos de maneras poco realistas”, advierte HARARI en 21 lecciones para el siglo XXI (Trad. de Joan Domenech Ross. 10ª Ed. Debate, Barcelona, 2018).

con cierta apresurada o ingenua torpeza, la insignia de la “verdad argumentada”.

Para justificar un proceso penal con “menos verdad”, estas corrientes se valen de poner en crisis el concepto de “verdad correspondencia” aludido en la introducción, y, en definitiva, el significado idiomático de “verdad”, entendida como la “conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente” (RAE). Esta es la noción de “verdad” en la comunicación corriente; forzarla para debilitar el principio de inocencia, no parece lo más sano⁷.

No hablamos de verdades *absolutas*⁸, porque somos conscientes de las limitaciones del conocimiento, de la reconstrucción de hechos pasados y el derecho⁹.

⁷ “El uso de verdad procesal, o es una obvedad o es negativo, es decir, debilita el sistema de garantías. La afirmación de los hechos por parte de los acusadores es verdadera o no lo es. No necesitamos más que el nudo concepto de verdad tal como se utiliza en el lenguaje ordinario. Toda otra complejización se ha utilizado, en definitiva, para relativizar el valor crítico de la verdad en el proceso penal... Si se instala la posverdad, como duda generalizada sobre el valor de la verdad, la justicia penal deberá ser un reducto anticultural, donde la verdad del hecho se sostenga con mayor fuerza aún, por más que ello haga más difícil o impopular el trabajo de los jueces... y mucho más aún si ese desbalance es buscado y provocado por los poderosos de turno (elites o elites y mayorías), entonces con mayor razón la justicia penal debe fortalecer su adhesión al principio de verdad (y a los hechos objetivos) porque la historia del abuso del poder penal está fuertemente vinculado a lo largo de la historia a la manipulación de las emociones sociales” (BINDER, Alberto, Derecho Procesal Penal, T. V, Ad Hoc, Buenos Aires, 2021, pp. 218 y 199).

⁸ La fórmula era de uso más frecuente en el pasado: “las sentencias en causas criminales deben fundarse en pruebas concluyentes que den *certeza absoluta* de la existencia del delito y de la identidad del delincuente” (CSJN., Fallos, 9:290). Aunque algunas resoluciones judiciales la siguieron utilizando, con el tiempo fue cayendo en desuso. Por la asunción de que errar es humano, puede ser vista como expresión de omnipotencia o vanidad.

⁹ Coincidimos con TARUFFO en que, si bien las corrientes más diversas de la epistemología contemporánea han mostrado la relatividad esencial del conocimiento en los campos más dispares, el reconocimiento generalizado de la imposibilidad de obtener verdades absolutas no implica el fin de la ciencia, ni el de la costumbre de pensar y que, de alguna forma, las cosas y los hechos del mundo pueden ser racionalmente conocidos. Por eso es posible la determinación verdadera de los hechos siempre que se le dé a ese término un significado aceptable desde el punto

Podríamos si decir que, frente a la dificultad para demostrar en su mayor grado la “verdad por correspondencia” de la acusación, las leyes procesales optan por solucionar el problema en términos “psicológicos”, pero imponiendo las condiciones de prueba legítima y motivación que le otorguen a la creencia o convicción de los jueces (de naturaleza psicológica) positiva sobre aquella, el carácter de “certeza judicial” imprescindible para habilitar una condena penal cuando esté más allá de cualquier duda razonable. A tal fin será necesario garantizar que la acusación pueda ser refutada, comprobada o desvirtuada mediante procedimientos probatorios idóneos; y que *sólo* se la admita como *verdadera* cuando pueda apoyársela en pruebas de cargo de indudable eficacia convictiva, no enervadas por las de descargo, mediante la valoración de todas ellas conforme a las reglas que orientan el recto pensamiento humano: la lógica, los principios de las ciencias y la experiencia común (reglas de la sana crítica), que son “reglas que permiten discernir lo verdadero de lo falso”.

Nuestra crítica apunta a las propuestas de reglas procesales para condenar sin alcanzar los grados más altos y exigentes de aproximación a la verdad¹⁰, que precisamente se intentan justificar en base a aquellas limitaciones sobre la verdad absoluta.

El reconocimiento de los límites de la verdad no conduce necesariamente a propiciar

de vista epistemológico. Así, en un sistema de referencia existen grados o medidas de conocimiento en una escala en la que pueden ser ordenados, distinguidos y comparados entre el desconocimiento y la verdad absoluta, como punto de referencia tendencial, en la función de valor límite. Esto permite que en el ámbito del proceso se pueda hablar sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación a la realidad (TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, Trad. de Jordi FERRER BELTRÁN, 4^o ed. Trotta, Madrid, 2011, pp. 177/181).

¹⁰ “Si lo que se quiere decir es que las reglas procesales adquieren autonomía para determinar cuándo se ha alcanzado la verdad y, por lo tanto, son solo los estándares de valoración de la prueba o de admisibilidad de ciertas dudas, lo que determina con exclusividad lo que es verdad o no lo es, entonces esa idea ya cumple una función negativa... No se pueden construir categorías intermedias o específicas sobre la noción simple de verdad, que es la que nos importa sostener, porque es la que mejor cumple su función crítica y de límite” (BINDER, Derecho Procesal Penal, pp. 194 y 197).

condenas sin los más altos estándares de seguridad; por el contrario, puede admitirse, en palabras de Ferrajoli, “el carácter irreductiblemente probabilístico de la verdad fáctica” y al mismo tiempo exigir su máximo nivel para fundar una condena:

“La imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales depende del hecho de que la verdad «cierta», «objetiva» o «absoluta» representa siempre la (expresión de un ideal inalcanzable. La idea contraria de que se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica... Para expresar esta relatividad de la verdad alcanzada en cada ocasión se puede muy bien usar la noción sugerida por Popper de «aproximación» o «acercamiento» a la verdad objetiva, entendida ésta como un modelo o una idea regulativa... a la que nos podemos acercar”¹¹. “Una tesis o una teoría son más plausibles o más aproximativamente verdaderas y, por tanto, preferibles a otras por causa de su mayor poder de explicación, y de los controles más numerosos favorablemente superados por ellas”. “Todo esto vale con mayor razón para la verdad procesal, que también puede ser concebida como una verdad aproximativa respecto del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia. Este ideal permanece nada más que como un ideal. Pero éste es precisamente su valor: es un principio regulativo (o un modelo límite) en la jurisdicción, así como la idea de verdad objetiva es un principio objetivo (o un modelo límite) en la ciencia. Ni las condiciones de uso del término «verdadero», ni las condiciones para

aseverar que una tesis judicial es verdadera son independientes del modo como está formado el sistema legal con referencia al cual la verdad procesal es predicable, sino que están estrechamente ligadas a las técnicas legislativas y jurisdiccionales normativamente admitidas y practicadas por él. Estas técnicas, son las garantías penales y procesales, en ausencia de las cuales no se puede hablar de verdad en el proceso ni siquiera en sentido aproximativo... Muchas de estas normas sobre la (formación de la) verdad se dirigen a garantizar, contra los abusos y las prevaricaciones de parte, el correcto desarrollo de las investigaciones y del contradictorio entre acusación y defensa. Otras, como la del favor rei en caso de duda, tienen la función de colmar los márgenes de incertidumbre en todo caso intrínsecos a la verdad procesal”.

“Una proposición jurisdiccional se llamará (procesal o formalmente) verdadera si, y sólo si, es verdadera tanto fáctica como jurídicamente en el sentido así definido. Esta definición de la verdad procesal, aparentemente trivial, constituye una redefinición parcial -en referencia a la jurisdicción penal de la noción intuitiva de la verdad como «correspondencia», que como se ha visto está también en la base de las doctrinas ilustradas de la jurisdicción como «verificación del hecho». Una vez establecido que el término «verdadero» puede ser empleado sin implicaciones metafísicas en el sentido de «correspondencia», es en realidad posible hablar de la investigación judicial como la búsqueda de la verdad en torno a los hechos y a las normas mencionadas en el proceso y usar los términos «verdadero» y «falso» para designar la conformidad o la disconformidad de las proposiciones jurisdiccionales respecto de aquéllos”¹².

Ciertamente la reconstrucción y determinación de la verdad están gobernadas y condicionadas por normas procesales que reglamentan principios fundamentales (p. ej., como sucede con las exclusiones probatorias o doctrina de los frutos del árbol envenenado). Tampoco perdemos de vista la existencia

¹¹ Explica FERRAJOLI que POPPER llama a tal noción también «verosimilitud» y que la idea popperiana de la verdad objetiva o absoluta como «patrón», «principio» o «idea reguladora» está claramente copiada de la tesis de TARSKI de la verdad objetiva como «expresión de un ideal». “POPPER, que sobre el problema de la verdad siempre se ha declarado deudor de TARSKI, atribuye a la influencia de éste también la génesis de su concepto de verosimilitud o de acercamiento a la verdad (objetiva): «Muchos se han visto inducidos a afirmar que, aunque no sepamos cuán lejos o cuán cerca estamos de la verdad, tenemos la posibilidad de acercarnos cada vez más a la verdad, y a menudo lo hacemos” (FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón-Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995, pp.79/80).

¹² FERRAJOLI, Derecho y razón, pp. 50/51, 56 y 79/80.

de reglas de procedimiento que tienen su origen en razones más formalistas, rituales o burocráticas que constitucionales, con fuerte raigambre histórica¹³. Sin embargo, hay un límite fundamental: las reglas procesales no pueden distorsionar, relativizar ni manipular el máximo grado de seguridad sobre la verdad requerido para condenar porque, en tal caso, la garantía de inocencia no terminaría siendo vencida con un juicio de certeza sobre la afirmación acusadora.

Un riesgo actual para la verdad correspondencia y el principio constitucional de inocencia, puede estar presente cuando se postulan menores exigencias probatorias para arribar a una condena en algunas situaciones o categorías delictivas, mediante la admisión de estándares probatorios bajos para ciertos casos.

III. ESTÁNDARES PROBATORIOS

No es fácil dar un concepto de estándares probatorios porque sus alcances y significados varían de acuerdo a distintos autores, tipos de proceso o materias jurídicas.

Una posición clásica asimila los estándares probatorios a los estados intelectuales respecto a la verdad (improbabilidad, duda, probabilidad y certeza). Otras vertientes los diferencian, explicando que esos estados (o los grados de confirmación de la hipótesis) no determinan por sí la decisión judicial, sino que esto depende de la introducción de un estándar. Su función será, entonces, la de permitir establecer si una hipótesis puede considerarse probada con el grado de confirmación que se

haya obtenido tras la valoración, y decidir en consecuencia (p. ej., un estándar legal dispone que la probabilidad es suficiente para tener por acreditada una imputación a los fines del dictado de una prisión preventiva).

Los estándares determinan la suficiencia probatoria para las decisiones judiciales. Varían de acuerdo a los grados o niveles en la verificación de una hipótesis. A mayor nivel, mayor certeza. A menor grado, menos seguridad. Los estándares de menor nivel permiten resoluciones con mayor incertidumbre y margen de error (o menos seguridad) sobre la verdad en que se basan. “Prueba sin convicción” es el título de una de las obras referentes en la materia.

En este trabajo nos centraremos en la problemática de la admisión de estándares probatorios por debajo del máximo para declarar culpable de un delito a alguien. En sus efectos prácticos reales, esto significa condenas sin certeza, aunque no siempre los impulsores lo digan o reconozcan en esos términos.

Para evitar el riesgo de simplificar demasiado la noción, viene bien exponer algunos conceptos técnicos. Los estándares probatorios constituyen el nivel de suficiencia probatoria exigido para que se dé por acreditado un enunciado fáctico a los fines de una decisión sobre los hechos, aportando los criterios de justificación.¹⁴

¹⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi, La valoración racional de la prueba, Marcial Pons, 2007, p. 139. “Los estándares de prueba son a la decisión probatoria lo que la nota mínima es a la evaluación que realizan los profesores” (Mismo autor, Prueba sin convicción-Estándares de prueba y debido proceso, Marcial Pons, Barcelona/Buenos Aires, 2021p. p. 111). LAUDAN (2013) los define como los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de los hechos y cuándo está justificado aceptar como verdadera una hipótesis del caso (citado por OCAMPO HENAO, Luce-ro/RESTREPO RAMÍREZ, Johana Catalina, “El estándar de prueba en los procesos administrativos sancionatorios”, Universidad de Medellín, 2018, https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4984/T_MDPC_289.pdf?sequence=1 pp. 13, 23/24 y 51). TARUFFO: “criterio que asiste al juez para que pueda elegir o preferir, de entre todas las hipótesis posibles que se tengan, aquella que se encuentre según su criterio más ajustada a la razón”; Pini-lla: “pauta que le dice al juez cómo proceder cuando no se establezca, tras el proceso, un determinado grado de solidez de la hipótesis acusatoria con base en las pruebas válidamente aportadas” (citados por RIVERA OLARTE,

¹³ “Los viejos regímenes inquisitivos, que inventaron «una multitud de formalidades», «dilaciones», «intrigas y laberintos» cuyo solo efecto fue hacer complicada la simple máquina de los juicios públicos; hasta el punto de que la historia del procedimiento penal le pareció a Bentham lo contrario que la de las demás ciencias: en las ciencias se van simplificando cada vez más los procedimientos respecto al pasado; en la jurisprudencia, en cambio, se van complicando cada vez más. Y mientras todas las artes progresan multiplicando los resultados con el empleo de medios más reducidos, la jurisprudencia retrocede multiplicando los medios y reduciendo los resultados”, lo que le hizo definir la jurisprudencia como «el arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero” (Ferrajoli, idem).

Los estándares probatorios no son un sistema de valoración y por eso su aplicación es ubicada en un momento posterior. Esto puede observarse con claridad en un trabajo de Jordi FERRER BELTRÁN, en el que divide en tres momentos la actividad probatoria en los siguientes términos: *a) la conformación de pruebas*: incluye la proposición y práctica; *b) la valoración*: permitirá saber el grado de confirmación de cada hipótesis, que nunca será igual a la certeza absoluta. El resultado no implica por sí solo nada respecto de la decisión a adoptar. Para ello será necesaria la intermediación de algún estándar; *c) la decisión* sobre los hechos probados: resolver si la hipótesis puede o no declararse probada con el grado de confirmación de que disponga. Esto depende del estándar de prueba que se utilice¹⁵. En la misma línea, se ha explicado que existe “una importante diferencia: una actividad probatoria es valorar la prueba, y otra actividad diferente es decidir sobre su suficiencia (estándar). Si bien son actividades íntimamente ligadas, constituyen eslabones diferentes dentro de la cadena de razonamiento probatorio”¹⁶.

Francisco Javier/ROJAS QUINAYÁ, Lina Fernanda, “Estudio interdisciplinario sobre los Sistemas de Valoración y Estándares Probatorios en el derecho procesal colombiano”, DIXI 30, Vol. 21, Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, 2019, <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.02.01>, pp. 33/34.

¹⁵ Ejemplifica que en la cultura jurídica anglosajona en el ámbito civil opera el estándar de la prueba prevaleciente (una hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior al de la contraria) y en penal que la hipótesis esté confirmada más allá de toda duda razonable. La elección de uno u otro estándar es propiamente jurídica y se realiza en atención a los valores en juego en cada tipo de proceso (FERRER BELTRÁN, Jordi, “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana” en Carmen VÁZQUEZ –Ed.- Estándares de prueba y prueba científica, Marcial Pons, Barcelona, 2013, pp. 24/28).

¹⁶ CALDERÓN GARCÍA, José G., “Perspectiva de género, estándar de prueba y ventajas probatorias asimétricas”, Iudicium, Revista de Derecho Procesal de la Asociación Iberoamericana de la Universidad de Salamanca, 2018, p. 80. “Las reglas de valoración de la prueba se refieren a la eficacia o ponderación de los medios de prueba, mientras que el estándar de prueba probablemente alude a un momento posterior, al grado o dosis de prueba que precisa el juez después de aplicar las reglas de valoración de la prueba” (LLUCH, Xavier Abel, “La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*”, Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 35, España, 2012, p. 192). Agrega que “la dosis de prueba es una medida subjetiva judicial. No se ha descubierto un modo de medir la intensidad de

Se parte de una innegable realidad: por las limitaciones propias del conocimiento humano, siempre existe un riesgo de error en las sentencias¹⁷ y, en general, hay reglas jurídicas para distribuirlos entre las partes (p. ej., la carga de la prueba, las presunciones, un mayor número de votos de jurados para casos de penas más altas, etc.).

Las reglas probatorias pueden estar dirigidas a equilibrar o desequilibrar las chances de probar la teoría del caso de cada parte (p. ej., las cargas dinámicas de la prueba en el derecho del consumidor exigen a la empresa demandada probar que no es cierto lo que alega el demandante). Esta “desigualdad de armas” muchas veces se impone para compensar la mayor debilidad de una parte frente a la otra (el imputado vs. el poder penal del Estado, el trabajador frente al patrón, el cliente ante el banco, el consumidor vs. la empresa, etc.).

Con la implementación de un determinado estándar, el riesgo de error se distribuye de manera desigual entre las contrapartes, dándole mayor prevalencia al interés de una en desmedro de la otra.

La diferenciación de estándares suele ser justificada en las características especiales de ciertos hechos, casos o situaciones, que ameritarían distintas exigencias probatorias o su apreciación: dificultades investigativas (p. ej., los delitos sexuales, por los obstáculos derivadas del marco de soledad o intimidad en que suelen producirse; o la corrupción de los funcionarios por la impunidad relacionada al

la convicción de una persona, ni ello puede desprenderse de un estándar legal, porque no es de esperar que la ley haga lo que todavía no han hecho la lógica ni la psicología” (ibidem, p. 175).

¹⁷ “Debido a que no podemos estar completa y absolutamente seguros de nada que tenga que ver con el quehacer humano y sus asuntos, ello implica que los miembros del jurado jamás podrán estar totalmente seguros de la culpabilidad del acusado” (LAUDAN, Larry, Verdad, error y proceso penal - Un ensayo sobre epistemología jurídica. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/San Pablo, 2013, p. 79).

poder¹⁸); asimetrías entre los involucrados¹⁹, clases de procesos o naturaleza de las

acciones²⁰, gravedad del delito²¹; posición jurídica de las partes. Más preocupante es la idea de bajar el umbral por la pobreza del lugar o falencias en la capacidad, calidad y recursos de algunos sistemas de justicia²².

Los estándares probatorios, según su nivel de exigencia, pueden ser clasificados en altos, medios o bajos.²³ Parten de la idea de que no es posible alcanzar la certeza sobre la verdad, sino grados más altos o más bajos de probabilidades, y están en contra de la tesis

¹⁸ El caso paradigmático es el delito de enriquecimiento ilícito que reprime al funcionario que, siendo requerido, no justifica un enriquecimiento patrimonial apreciable. La figura divide las opiniones entre quienes la consideran inconstitucional porque viola el principio de inocencia al invertir la carga de la prueba en contra del imputado; y otra posición que defiende la constitucionalidad presentándola como la tipificación de una conducta omisiva (no cumplir con la obligación derivada del cargo de responder requerimientos administrativos de explicaciones patrimoniales). Otros directamente apoyan la inversión de la carga de la prueba (GARGARELLA, Roberto, “Por un derecho penal al servicio de una sociedad más justa”, *La Nación*, Buenos Aires, 9/12/2021). Allí el constitucionalista, que días antes había levantado un revuelo en Twitter reivindicando una “presunción de culpabilidad” para imputados funcionarios, propone interpretar y aplicar las normas con “presunciones”, “remedios” y “criterios interpretativos” (“escrutinio estricto”, “categorías sospechosas”) porque los funcionarios no son ni merecen ser tratados como “ciudadanos comunes”, en razón de las responsabilidades especiales que asumen y “los poderes inmensos que controlan” (“la bolsa y la espada,” -presupuesto y monopolio de la coerción-); que en ocasiones les concede beneficios extraordinarios (inmunidades, fueros o protección especial para su palabra), y “en otras les fija cargas especiales (agravamiento de condenas frente a ciertos delitos; menores protecciones frente a las afectaciones al honor)”.

¹⁹ Por ejemplo, la Corte Suprema ha establecido un estándar de prueba específico cuando se discute la existencia de discriminación laboral, “dada la notoria dificultad para considerarla fehacientemente acreditada” (“Pellicori” Fallos, 334:1387, “Sisnero” Fallos: 337:611 y “Varela” Fallos: 341:1106). “Según dicho estándar, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo” (CSJN., 8/4/2021 “Fontana c/ Cibié”). En la misma línea, la Corte IDH resalta que “tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el art. 1.1 de la Convención, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio” (30/11/2016, “I. V. vs. Bolivia”; 1/9/2015, “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador” y 31/8/2016, “Flor Freire vs. Ecuador”).

²⁰ Para un tribunal supranacional los criterios de valoración de la prueba pueden ser menores porque en la defensa internacional de los derechos humanos “los estándares o requisitos probatorios no son los de un tribunal penal”, dado que no le corresponde a estas Cortes “determinar responsabilidades individuales penales ni valorar, bajo tal criterio, las mismas pruebas” (31/8/2010, Corte IDH, “Rosendo Cantú vs. México”). “Si bien corresponde a la parte demandante la carga de la prueba de los hechos en que se funda su alegato, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio” (Corte IDH, 26/9/2018, “López Soto vs. Venezuela”).

²¹ Una de las discusiones actuales en materia procesal penal es si todos los delitos, presuponiendo que la gravedad de las conductas delictivas y su pena son distintas, deberían decidirse uniformemente por un mismo umbral tan exigente, o si lo más adecuado sería diseñar estándares ajustados a esta situación (VÁZQUEZ, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2013, p. 15).

²² “Será necesario ser conscientes de las condiciones del propio sistema de justicia: quizá, por ejemplo,...un estándar de prueba muy elevado resulte sistemáticamente inalcanzable en un país extremadamente pobre en el que no haya laboratorios forenses o no tengan una mínima fiabilidad” (FERRER BELTRÁN, *Prueba sin convicción*, p. 208).

²³ Ejemplos de estándares de mayor a menor: 1)La hipótesis se considera probada si es capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, de predecir nuevos datos que sean confirmados y de refutar de todas las demás hipótesis alternativas plausibles (v.gr. si alguien afirma que acabo de dispararle a un enemigo, se podrá encontrar restos de pólvora quemada en la mano o ropa y, además, habrá que descartar que previamente haya estado cazando). 2)Idéntica regla, pero con la exigencia de refutar únicamente la hipótesis de la defensa. 3)La hipótesis se considera probada cuando en base a las evidencias sea la mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar. 6)Igual regla, pero sólo frente a la hipótesis de la parte contraria (FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba”. Congreso mundial de razonamiento probatorio. Girona, España, junio 2018).

tradicional de los estados intelectuales o anímicos subjetivos del juzgador²⁴ (duda, probabilidad, certeza).

Quienes propician una legislación de estándares diferenciados para diversos casos o delitos asumen que “cuanto más exigente sea el estándar de prueba menos inocentes condenados tendremos, pero más culpables absueltos” y “si bajamos el estándar se produce el efecto inverso, tendremos menos culpables absueltos, pero más inocentes condenados”²⁵. De esta manera, los estándares de prueba, junto a las demás reglas probatorias que afectan el equilibrio de las partes (cargas, presunciones), son “ventajas probatorias asimétricas” que, en definitiva, incrementan la probabilidad tanto de falsas absoluciones como de absoluciones verdaderas²⁶.

IV. ESTÁNDARES PROBATORIOS E INQUISICIÓN

Las instituciones jurídicas son construcciones complejas del intelecto adoptadas socialmente con diversos fines²⁷. Surgen y se desarrollan enmarcadas en procesos políticos, económicos y sociales en un contexto de tiempo y lugar. De esta manera, suelen expresar los valores e ideas dominantes de una época o momento histórico. Por eso, escarbar en las raíces o identificar los genes de las figuras y reglas legales puede resultar útil para rescatar o exponer su significado, ya que expresa

bastante sobre la concepción que las inspira y sus efectos prácticos²⁸.

Los estándares probatorios tienen algún parentesco con el proceso inquisitivo. Aunque barnizados de modernidad, las vinculaciones con aquel sistema medieval son perceptibles en varios planos, aunque sus defensores pretendan desheredarlos.

En lo ideológico, tiene que ver con la concepción de la finalidad de la actividad probatoria. La visión de la prueba como medio de legitimación moral o política del castigo, para seguridad del juez (o del Estado), más que del condenado, es propia de la inquisición. La concepción de la evidencia como instrumento para evitar penar a inocentes, se identifica más con la reacción a la inquisición. Lo explica BINDER:

“En los modelos inquisitoriales, si no se puede llegar a la verdad, quien fracasa es el juicio, el juez, porque la búsqueda de la verdad es la búsqueda de una base moral para el castigo, no una carga para el acusador. Por tal razón el juez puede sobrepasar la carga acusatoria en pos del éxito de la persecución penal. El uso de la verdad en la tradición liberal-republicana es totalmente diferente... la preocupación central es el abuso del poder, la condena al inocente. En la tradición liberal se sacrifica la verdad por cumplir los límites y en la tradición inquisitorial se sacrifican los límites para hallar la verdad y ese hallazgo de la verdad, aun torturando, le otorga legitimidad a la decisión”...Esta formulación es tributaria del enfoque propio de la Ilustración, y demostrativo de que su modelo de justicia penal no era algo pensado en abstracto, sino una concreta oposición a la Inquisición, sus tradiciones y prácticas. Hasta el día de hoy la idea de presunción de inocencia sigue cumpliendo las mismas funciones históricas, que consisten en frenar todos los intentos de debilitar las cargas sobre los

²⁴ “El grado de corroboración de una hipótesis no depende de la posesión de determinadas creencias por parte del decisor, sino de las predicciones verdaderas que se puedan formular a partir de la hipótesis y de las dificultades para dar cuenta de las mismas predicciones a partir de hipótesis rivales” (FERRER BELTRÁN, Jordi, Valoración Racional de la Prueba. p. 146).

²⁵ FERRER BELTRÁN, “Prolegómenos...” cit.

²⁶ LAUDAN, Larry, “Por qué las reglas procesales asimétricas hacen imposible calcular un estándar de prueba racionalmente justificado” en FERRER BELTRÁN, Jordi/VÁZQUEZ, Carmen (co-editores), Debatiendo con TARUFFO. Ed. Marcial Pons, Barcelona 2016, pp. 341 y ss.

²⁷ El derecho es una de las abstracciones que Harari denomina “mitos” y que los humanos construimos mentalmente con fines evolutivos (HARARI, Yuval Noah, Sapiens-De animales a dioses-Una breve historia de la humanidad. Trad. de Joan DOMENEC ROSS. 10º Ed. Debate, Barcelona, 2014).

²⁸ No estamos de acuerdo con Jordi FERRER BELTRÁN respecto a que “el origen histórico de una institución nada dice acerca de su necesidad conceptual” (Prueba sin convicción, p. 26).

acusadores y generar presunciones en contra del imputado”²⁹.

Por otra parte, la relación entre los estándares y los estados intelectuales respecto a la verdad es estrecha³⁰, como también lo es respecto a los sistemas de valoración de la prueba³¹.

El tufillo a prueba legal de la regulación de estándares es perceptible. Mientras en ese sistema medieval, la ley tasaba el peso o valor de cada evidencia o prefijaba los medios de prueba requeridos para acreditar los hechos, los estándares tabulan o tarifican el resultado de la valoración, determinando si el conjunto probatorio alcanza un umbral o dosis suficiente para tener por cierto algo³². Esta diferencia,

²⁹ BINDER, Derecho Procesal Penal, pp. 182/184, 223 y 224.

³⁰ En el *common law* se ha definido el estándar de prueba como la “medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos” (18 P. MURPHY, Evidence, 11th ed, Oxford, 2009, 105, cit. por LLUCH, “La dosis de prueba...”, p. 175). La relación también es expuesta por autores nacionales: “el estándar de prueba para dictar un sobreseimiento es más exigente que el que justifica una absolución. Para esta última, en efecto, basta una duda razonable; para sobreseer, en cambio, se exige lo mismo que para condenar, es decir lo que en Argentina se denomina “certeza” -en este caso, “negativa”-, que implica poder afirmar que la *inocencia* del imputado es segura, más allá de toda duda razonable” (PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Revisión de la cosa juzgada corrupta “contra reo””, Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, Erreius, febrero 2021, p. 2). “El concepto “más allá de duda razonable” es, en sí mismo, probabilístico y, por lo tanto no es, simplemente, una duda posible, del mismo modo que no lo es una duda extravagante o imaginaria. Es, como mínimo, una duda basada en razón (conf. Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el caso “Victor vs. Nebraska”, 511 U.S. 1; en el mismo sentido, caso “Winship”, 397 U.S. 358)” (CSJN., 3/3/2022, “Rivero”).

³¹ “En los países del *civil law* no existe un equivalente a los estándares de prueba, y se utilizan reglas de valoración de la prueba, destacando entre ellas las reglas de la sana crítica. Los estándares de prueba y las reglas de valoración de la prueba deben concebirse como mecanismos que permiten objetivar y racionalizar el proceso autónomo y subjetivo de formación de la convicción judicial... El término estándar de prueba (*standard of proof*) aparece vinculado a la tradición jurídica del *common law*, y como una suerte de instrucciones que el juez ofrece a los jurados para fijar la regla mínima de suficiencia probatoria” (LLUCH, *idem*).

³² El concepto de estándar surge del acto de “valorar la prueba, de darle un peso demostrativo” con respecto a la confirmación verdadera de uno o más hechos, materia

que puede parecer clara en el campo teórico, en la práctica es difícil de escindir. Y más aún, simplifica o reduce la descripción del sistema probatorio inquisitivo, soslayando que en aquél la prueba legal o tasada, no sólo prede-terminaba por ley el valor de cada elemento probatorio, sino también *las condiciones para que ciertos hechos se tengan por probados*”.³³

No sería exagerado pensar que los diferentes tipos de estándares probatorios son más peligrosos para el principio de inocencia que las antiguas “*poena extraordinaria y la absolutio ab instantia*”. En la época de su vigencia europea (en general entre 1700 y 1800), “la decisión final del procedimiento ofrecía, así, cuatro posibilidades: condena a una pena

de discusión en el proceso, a través del sistema de valoración adoptado”, (VÁZQUEZ, Carmen, citada por OCAMPO HENAO, Lucero/RESTREPO RAMÍREZ, Johana Catalina, “El estándar de prueba en los procesos administrativos sancionatorios”, Universidad de Medellín, 2018, https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4984/T_MDPC_289.pdf?sequence=1 pp. 13, 23/24 y 51). Para la autora “no se trata de una especie de regreso a las reglas de prueba tasada, pues los estándares de prueba suelen plantearse principalmente en la valoración del conjunto de pruebas a efectos de la toma de la decisión final; no afectan a elementos de prueba concretos estableciendo su valor a priori, como sí lo hacen las reglas de prueba tasada y sustituyendo en gran medida la actividad evaluativa o los criterios del juzgador” (VÁZQUEZ, Carmen, Estándares de prueba y prueba científica, p. 14).

³³ PARMA, Carlos/MANGIAFICO, David, La sentencia penal-Entre la prueba y los indicios, Ed. Ideas, Lima, 2014, p. 181. Estos autores traen ilustrativas reglas probatorias del medioevo: “un testigo intachable hacía media prueba (*semiplena probatio*) y uno sospechoso menos de media (*probatio semiplena menor*): Lo mismo ocurre con los ejemplos que citan de Couture, correspondientes al Fuero Real de España de Alfonso X El Sabio (siglo XIII): “los ancianos deben ser más creídos que los mancebos porque vieron más y pasaron más cosas, el hidalgo debe ser más creído que el villano pues parece que guardará más de caer en vergüenza por sí y por su linaje, el rico debe ser más creído que el pobre, pues el pobre puede mentir por codicia o por promesa y más creído debe ser el varón que la mujer porque tiene el seso más cioto y más firme”. Otras normas de esa recopilación refuerzan la vinculación entre prueba legal y estándares: “En todo pleyto vala testimonia de dos ornes buenos”; “Et si amas las partes -dieren tantas testimonias e tan buenas, mandamos que las testimonias de aquel a qui demandan sean mas creidas en aquel pleito”; “Todo orne que fuer demandado en juicio de muerte de ome, o que fizo cosa porque merezca muerte e lo negare, aquel que demandare que aya derecho de lo demandar, pruevegelo con dos ornes -buenos a lo menos, que sean tales que la otra parte por fuero non los pueda desechar” (PÉREZ MARTÍN, Antonio -ed.-, Fuero Real de Alfonso X El Sabio, BOE, Madrid, 2015, pp. 43/45).

ordinaria, en caso de plena prueba; condena a una pena extraordinaria (y más leve) cuando no se alcanzaba la plena prueba o se contaba sólo con indicios vehementes de culpabilidad; la absolución de la instancia, para cuando no resultaba esclarecido el hecho pero aún restaba la sospecha que había dado origen al procedimiento, decisión con efecto de cosa juzgada formal hasta que la probable adquisición de nuevos elementos permitieran continuar la persecución penal; y absolución, por demostración de la inocencia, decisión que adquiriría el carácter de cosa juzgada material³⁴.

La categorización en estándares esconde -bajo diferentes argumentos- la posibilidad de condenar sin que exista “plena prueba” (certeza), situación que, en tiempos pasados, por lo menos beneficiaba al acusado con decisiones más benignas.

³⁴ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal, Ad Hoc*, Buenos Aires, 1996, t I, p. 309. En el ordenamiento del Santo Oficio, “en una cláusula de estilo, al final de la acusación, el fiscal pedía siempre al Tribunal que decretara el tormento del reo”. Cuando agotadas las diligencias ordinarias no quedaba probada suficientemente la culpabilidad, pero tampoco la inocencia, procedía dictar resolución de tormento (los tribunales seculares lo hacían rutinariamente después de la detención). Si el sospechoso confesaba, la culpabilidad quedaba demostrada; si resistía sin confesar, no era declarado inocente porque el tormento no hacía prueba a favor del acusado, sólo en su contra. En este caso se consideraba que las sospechas seguían existiendo aunque no se hubieran confirmado y el reo era condenado por sospechas: “no a la pena ordinaria sino a una inferior que establecen los Inquisidores a su arbitrio, pero lo significativo es que se le condena” (GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *Estudios jurídicos sobre la inquisición española*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 83/84, 171 y 177). La regulación de consecuencias punitivas más benignas para casos de menor certidumbre probatoria subsistió en la legislación española con variantes. En el Código Penal de 1822 se consideraba una circunstancia que disminuía el grado del delito, la confesión en juicio “no estando convencido el reo por otras pruebas” (art. 107). Y el Código Penal de 1848 establecía que, si examinadas las pruebas los tribunales tuvieran “certeza de la criminalidad del acusado, pero faltare alguna de las circunstancias que constituyan plena probanza, impondrán en su grado mínimo la pena”; y si fuera de muerte o perpetua, la inmediatamente inferior (inciso 2 de la ley provisional de reglas para la aplicación de las disposiciones del Código Penal de España sancionado por SM en 1948, comentado por de D.J.S. y D.A. de B., *Imprenta Ramón Martín Indar*, Barcelona, 1848, p. 207).

V. DIFERENCIAS ENTRE ESTÁNDARES PROBATORIOS Y OTROS FENÓMENOS CONEXOS

1. Cambios de concepción

No deben confundirse los estándares probatorios con los cambios de concepciones.

Un mismo hecho, con la misma dosis de convicción, puede ser considerado delictivo, o no, dependiendo del prisma conceptual con que se lo mire. Esto puede ser indiferente a la cantidad de evidencias.

Una cosa son los estándares probatorios y otra la interpretación sobre la configuración de un delito.

A veces se ejemplifica sobre los estándares probatorios utilizando casos que en realidad corresponden más a la transformación de ideas que a las dosis de pruebas. Un fenómeno paradigmático es el de los delitos sexuales. Hay una corriente que propone flexibilizar las exigencias convictivas para condenar, y magistrados que lo llevan a la práctica (tema que abordaremos más adelante), por las dificultades que presenta su investigación y otras razones; lo que, efectivamente se ubica en la materia de estándares. Pero distinto es cuando cambia la conformación típica del delito o las ideas que se tienen al respecto.

Como ejemplo de variación de estándares probatorios en delitos sexuales, FERRER BELTRÁN³⁵ señala la transformación que hubo respecto a la prueba de la falta de consentimiento de la violación: antes la víctima tenía que acreditar que se había negado y resistido físicamente al acto sexual, entendiéndose que si no resistía lo consentía; en cambio hoy basta la falta de consentimiento y no exigimos resistencia. Concluye que eso hace que actualmente sea mucho más fácil probar la falta de consentimiento que antes, ya que ahora la cuestión se dirime en la palabra de la víctima contra la del acusado, y de esto normalmente no hay pruebas, o son muy escasas. Agrega el autor que, si le añadimos un estándar muy exigente, pocas veces probaremos el tipo.

³⁵ En “Prolegómenos...” cit.

Una cosa es el problema probatorio que se suscita cuando la denunciante afirma “dije no” y el denunciado afirma “dijo sí” y no hay más pruebas, hipótesis cuya resolución dependerá del estándar que se aplique. Y otra es la interpretación de lo que se entiende por “consentimiento” (p. ej., si los involucrados están de acuerdo que tuvieron relaciones mientras estaban alcoholizados o semidormidos, la solución dependerá la estructura del tipo penal y de cómo el juzgador interprete el consentimiento en esos estados).

Creemos que la exigencia de resistencia en el abuso sexual se trata más de un cambio cultural sobre el concepto de consentimiento, que de estándares probatorios. Un caso del pasado, en el que estuviese probado de la manera más contundente que la empleada dijo “no” al acoso de su jefe de quien dependía económicamente, pero no se resistió al acto sexual, se consideraba que no era violación. La misma acción, con la misma prueba, actualmente se puede estimar que sí lo es. Los hechos y el estándar probatorio pueden haber sido los mismos; lo que cambiaron fueron las ideas y, por lo tanto, la concepción del bien jurídico (de la “honestidad” a la integridad o libertad sexual), la estructura e interpretación del tipo penal y el objeto de prueba.

Un hecho comprobado de relaciones sexuales no consentidas en la pareja, hace veinte años podía no ser concebido como abuso sexual³⁶, y hoy sí³⁷.

Este fenómeno o cambio de ideas, es ilustrado con crudeza en un episodio sucedido

durante la dictadura militar argentina en la década del 70. En un libro sobre los crímenes sexuales cometidos contra mujeres secuestradas en centros clandestinos de detención, se describe un diálogo, que comienza cuando una prisionera le dice a otras dos:

-Tengo que decirles algo.

-A ver, Jorgelina, ¿qué pasó?.

-Rolón me violó.

Las dos mujeres se miraron incrédulas. -¿Cómo fue?, contanos.

-Me sacó en un auto de acá, y me dijo que quería acostarse conmigo. Yo le dije que no. Entonces volvió a decírmelo cuando paró en un semáforo. Yo volví a decirle que no. Después metió el auto en un hotel y me violó.

Hubo un silencio incómodo.

-¿Cómo qué te violó?. ¿Te puso una pistola en la cabeza?. ¿Te pegó?.

-No... no fue así. Jorgelina enmudeció, bajó la cabeza y salió. Sola, indefensa, a quién iba a contarle lo que le había pasado si sus propias compañeras no la escuchaban ni entendían. Existía la idea equivocada de que había espacio para negarse, que había posibilidad de escapar al asedio sexual sin riesgo de la libertad y de la vida. Había una inconsciencia generalizada de que todas las mujeres estaban bajo amenaza permanente. De otro modo, no se explica que se le haya exigido una prueba de resistencia a Jorgelina, ni que su admisión de que no hubo violencia física fuera evidencia de que la violación no había existido. Una oficial del grupo de tareas, después de dos claras negativas, obliga a entrar a un hotel para parejas a una prisionera en su auto, ¿y se espera que la víctima diga no, que se rehúse?. Rolón tenía un arma, pero no tuvo necesidad de usarla. La sombra del traslado de cada miércoles. Con su hermano, su suegra y su compañero asesinados, con el peso de una derrota indiscutida, ¿sus compañeras le demandaban oposición?. Treinta años después, Jorgelina recibió un tardío pedido de disculpas de una de aquellas dos mujeres indiferentes que le

³⁶ “Es condición necesaria para la existencia del delito de violación, que el acceso carnal forzado que lo constituye, se haya llevado a cabo por quien no tiene derecho a exigirlo, lo que puede ocurrir: 1°) en la relación carnal entre cónyuges, que jurídicamente están obligados a prestar el débito conyugal, siempre que se trate de accesos canales normales, que son los que la esposa tiene el deber de aceptar; 2°) en la relación concubinal, en la que si bien los concubinos no tienen el deber jurídico de prestarse a la cópula, el consenso dado para la vida en común permite presumir que ésta tendrá carácter marital” (LAJE ANAYA, Justo – GAVIER, Ernesto, Notas al Código Penal, Editorial Lerner, Córdoba, Argentina, 1995, p. 137).

³⁷ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, Argentina, Sala 1, Reg. N° 648, 12/5/2021, “L.L., S. J.”.

*habían dejado sola e incluso -hay que decirlo- la habían culpabilizado. La vieja historia de culpar a la víctima, agravada porque ocurrió todo dentro de un centro clandestino de detención. Porque Jorgelina nunca sintió que estuviera afuera. Estaba en el auto de un torturador y bajo su dominación absoluta*³⁸.

La historia precedente evidencia que no hubo un cambio de convencimiento sobre la verdad de lo que ocurrió. Las compañeras de cautiverio que escuchaban el relato de esa víctima no dudaban de lo que contaba. Descreían de su significado, de que se tratara de una violación, porque lo interpretaban con los cánones de aquella época pretérita. Cuando tres décadas después, una de ellas le pidió disculpas por no haberla comprendido, lo hizo habiendo procesado la historia a la luz de las ideas actuales.

2. Reducción de los elementos del tipo

Así como no deben confundirse los estándares probatorios con los cambios de concepciones, tampoco deben serlo con las modificaciones de la estructura típica del delito. Cuando esto ocurre y se reducen los elementos constitutivos del tipo, repercute en la actividad probatoria. Evidentemente será más fácil probar un tipo penal con menos elementos. Pero esto no sucede porque haya variado el estándar, sino porque cambia el objeto de la prueba, acotándose. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en la reforma del Código Penal argentino de 2012, que expresamente estableció la consumación de ciertos delitos “aunque mediare el consentimiento de la víctima” (promoción de la corrupción o prostitución; proxenetismo; trata de personas –arts. 125, 125 bis, 127, 145 bis respectivamente-). Al cambiar la definición del delito dejó de ser necesario probar si había o no consentimiento de la víctima, y así resultó aliviada la carga probatoria de la acusación. Sin embargo, se puede observar que esa reducción del peso no obedece a menores exigencias de convencimiento sobre la verdad

de lo acontecido, sino a la reducción de la materia objeto de prueba, o sea, de lo que hay que acreditar.

3. Sustituciones probatorias por “el contexto”

El mundo moderno se ha vuelto más complejo. El derecho en general y la actividad probatoria en particular no han escapado a este fenómeno. La prueba –vista como “obstáculo” a la acusación³⁹ y punición- siempre fue “incómoda”. Con el tiempo se ha vuelto “cara” y no al alcance de cualquiera (principalmente por el avance de los recursos tecnológicos).

Sea porque la prueba parece difícil de lograr, sea porque es más cómodo o simple, hay corrientes de opinión, tendencias del derecho y prácticas forenses que intentan estructurar la responsabilidad penal prescindiendo de elementos de hecho propios de la acción u omisión humanas, cuya prueba es necesaria, sustituyéndolos por la valoración o contextualización de otros que no necesitan prueba pues están *in re ipsa*, como por ejemplo el resultado o las condiciones históricas.

El riesgo de exceso en la sustitución probatoria se eleva cuando se trata de delitos “de moda” o en los que el gobierno ha puesto el ojo evidenciando una voluntad o interés mayor estatal en su punición. Esto puede darse por decisiones expresas de política criminal o persecución penal, o por situaciones, coyunturas o agendas informales de facto, signadas por la opinión pública, los medios, grupos de presión, etc.

³⁹ “Sólo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano”, sostenía GIUDICI. Y “BECCARIA calificó de tiránica la práctica de condenar al imputado sin haber cumplido con la carga de demostrar con certeza su culpabilidad: “Y, sin embargo, los... delitos de difícil prueba, son los que según los principios recibidos admiten las presunciones tiránicas, las cuasi-pruebas, las semi-pruebas (como si un hombre pudiera ser semi-inocente o semi-reo, es decir, semi-punible, o semi-absoluble)” (autores citados en el trabajo de BOVINO, Alberto, “Contra la inocencia”, p. 7, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2005/11/doctrina30205.pdf>

³⁸ LEWIN, Miriam/WORNAT, Olga. Crímenes sexuales en los centros clandestinos de detención. Editorial Planeta, Buenos Aires, 2020, pp. 72/73.

El contexto no puede reemplazar la prueba, ni convertirse en un estándar probatorio que habilite la condena sin convicción. En este sentido, el artículo 20 del Código Procesal Penal Federal de Argentina exige que las decisiones judiciales se basen en fundamentación de hecho y derecho sin que pueda ser reemplazada por ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales.

Por ejemplo, un “contexto de violencia doméstica” no alcanza para culpar por los resultados a cualquiera que se suponga estuvo en ese ámbito, en base únicamente a ese contexto, pero sí puede ser un indicio de cargo importante cuando se determina que el acusado cometió hechos anteriores del mismo tipo.

Una situación, lamentablemente de cierta frecuencia, es la de homicidios de niños a causa del maltrato familiar. Muchas veces no se sabe con precisión cuál de los progenitores o convivientes fueron los autores de los golpes que ocasionaron la muerte. En la práctica, una forma de sortear ese desconocimiento es atribuirle la comisión del asesinato “por omisión” al progenitor sobre quien existen dudas de su participación activa (v.gr. el reproche de homicidio a la madre por no evitar el maltrato del padre al hijo que le causó la muerte). Sin ingresar a la compleja discusión sobre la constitucionalidad de este tipo de reproches⁴⁰, lo que interesa para el tema aquí tratado es si ese tipo de estrategia o recurso acusatorio constituye un estándar probatorio. Creemos que no lo es, porque no marca una dosis, umbral o nivel de suficiencia probatorio necesario para condenar. En todo caso, la validez de la sentencia condenatoria dependerá de que se haya alcanzado una certeza con pruebas de cargo sobre las afirmaciones fácticas del acusador (conocimiento del maltrato, falta de auxilio a

la víctima para preservarla del accionar violento, deber y posibilidades concretas para hacerlo⁴¹, etc.).

Algo parecido ocurre con la responsabilidad en el contexto de un “aparato organizado de poder”, donde el desarrollo del hecho no se encuentra en manos de una persona, sino de una pluralidad organizada. En este tipo de casos, suelen presentarse dificultades probatorias sobre la participación directa del imputado en la ejecución material del hecho, derivadas del paso del tiempo o de la destrucción de evidencias. Las propuestas de condenas sin pruebas por estas razones, desde lo teórico, son fácilmente refutables porque no resisten un análisis frente al principio de inocencia⁴².

⁴¹ Puede ser de recibo un estándar “*in dubio pro víctima*” si la duda sobre tal condición conduce a la aplicación del “*in dubio pro reo*” (cuando el imputado puede atenuar o eximir su responsabilidad de haber sufrido un delito anterior). Algunos ejemplos: el acusado de homicidio introduce una legítima defensa (en cuanto a la carga probatoria en esa hipótesis, ver BINDER, Derecho Procesal Penal, pp. 221, 222, 278/285). El imputado por trata de personas se ampara en la excusa absolutoria de la explotación previa –art. 5 ley 26.842- (acerca de la naturaleza y la prueba puede consultarse SCHIANNI, María Marta, “Cuestiones problemáticas en torno a la eximente de la víctima de trata de personas”, Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 36/44). Finalmente, un caso más problemático: una mujer y su pareja fueron condenados por un jurado a prisión perpetua por el homicidio de su pequeño hijo al que maltrataban. Ella había alegado no haber podido evitar la muerte de la criatura porque era víctima de violencia de género de su pareja. En casación hicieron jugar a favor de la condena la duda sobre su condición de víctima y le atenuaron la pena. Para el Tribunal Superior, si no hubo investigación sobre la violencia de género, se aplica el principio *in dubio pro reo* a favor de la mujer porque tratándose de una categoría sospechosa de discriminación, como lo son las mujeres víctimas de violencia de género, al Ministerio Público le corresponde refutar con pruebas la situación de violencia de género alegada (TSJCórdoba, Argentina, S. 79/2021, “M., N.S. y otro”).

⁴² P. ej., la idea del Director Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado argentino (ECAE) que, frente a la postura de Andrés Rosler (“cuanto más grave sea el delito, más estricto debe ser el estándar de la prueba”), le responde que comparte que los imputados por delitos de lesa humanidad deben gozar de la presunción de inocencia, pero al mismo tiempo –y contradictoriamente- dice que al pasado arrasado y “desaparecido” hay que hacerlo hablar de otras maneras, “sin pruebas” porque pedir pruebas “cuando los que callan aún hoy se han ocupado de borrarlas meticulosamente, sistemáticamente y criminalmente para no ser juzgados, es un acto de cinismo y de indirecta complicidad civil con el Proceso”. Y advierte: “no reflexionar sobre cómo

⁴⁰ La Corte Suprema de Argentina, por mayoría, confirmó la condena en un caso como el ejemplificado. ZAFFARONI, en disidencia, sostuvo que resulta constitucionalmente inadmisibles, por incurrir en una analogía violatoria del principio de legalidad- una imputación por homicidio -que es un tipo activo doloso, basada en una omisión, toda vez que ni siquiera existe cláusula legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca que no evitar un resultado típico equivalga a causarlo (CSJN., 20/8/2014, “R. R. M. y otros s/ p.ss.aa. homicidio calificado”).

En muchos casos la prueba indica que el imputado no cometió el delito “con sus propias manos” (p. ej., el que ordenó un crimen y no estuvo presente durante su realización). Para esta clase de situaciones suelen entrar a jugar distintas teorías o categorías (p. ej., autoría mediata, por dominio del hecho, de la acción, por dominio funcional). No se trata de estándares probatorios, sino de diferentes formas de participación criminal. La validez del veredicto de culpabilidad dependerá de un estado de certeza fundado en elementos de juicio sobre la existencia de los requisitos fácticos que tales formas de intervención requieren. Así, si se trata de un contexto de “aparato de poder” (crímenes de Estado, organizaciones mafiosas, terroristas, etc.), será necesario acreditar que intervino un grupo con poder real, la integración voluntaria del imputado a las actividades del plan ilícito, su posición de engranaje –generalmente fungible y reemplazable– de la maquinaria o su capacidad para accionar las palancas de las manifestaciones ilícitas en distintos niveles y jerarquías (dar órdenes)⁴³.

Por el contrario, la mera ubicación en el contexto de actuación del aparato de poder, no es suficiente para una condena ni para cubrir

probar estos crímenes supone ser funcional, en nombre de un “alto estándar probatorio”, a los mismos delitos” (Croxatto, Guido Leonardo, “Qué es un pacto de silencio”, Página 12, Buenos Aires, 6/1/2022).

⁴³ Los requisitos de este tipo de participación pueden verse en ROXIN, Claus, “Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión”, Sobre el estado de la Teoría del Delito, Seminario en la Universidad Pompeu Fabra, Civitas, Madrid, 2000, pp. 157 a 178. Será necesario acreditar más allá de toda duda, que con su aporte parcial posibilitó la dirección final del desarrollo objetivo del acontecer, de manera tal que la realización del resultado global pase a depender también de su voluntad; la voluntad de participación en el dominio colectivo del hecho, una actuación conjunta querida en virtud de la cual cada coautor particular efectúe su aporte objetivo al servicio de la realización del plan común (MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Karl H./ZIPF, Heinz, Derecho Penal Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1995, t. II, pp. 368 y 379). Una actuación con miras al resultado global de la lesión al bien jurídico, toda vez que el acuerdo común para cometer el hecho, sienta el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones, de manera que cada coautor pueda considerarse como autor de la totalidad (MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 5a. edición, p.386, citado por CFed.Cas.Penal, Argentina, Sala III, 11/11/2014, “Sánchez”).

la falta de pruebas sobre los aspectos fácticos señalados que exige ese tipo de participación. Si eso ocurriera, se configuraría la sustitución de evidencias por el contexto (o la construcción de certeza sólo por contexto) y así resultaría infundada la condena.

VI. ESTÁNDARES PROBATORIOS Y PRINCIPIO DE INOCENCIA

La decisión de bajar la vara probatoria en determinados delitos es preocupante porque implica un aumento considerable del riesgo de condena por error. Entonces, resulta difícil justificar esto frente al principio de inocencia y, especialmente su derivación principal: el *in dubio pro reo*. Por eso, para promover la legislación de umbrales de convicción más bajos para ciertos delitos, relativizan esa regla⁴⁴, llevando el principio constitucional a una *capitis diminutio* inaplicable, por incompatible, con nuestro sistema constitucional. Si, con la introducción de estándares probatorios, quienes los postulan reconocen que, cuánto más bajos sean, “habrá más inocentes condenados”, el principio de inocencia no va a estar plenamente vigente en todos los procesos porque uno de sus principales fundamentos políticos es precisamente la protección de inocentes minimizando el riesgo de su condena por error⁴⁵.

⁴⁴ En esta línea, que claramente no compartimos, se argumenta: a) Es un error ligar necesariamente presunción de inocencia con un alto estándar de prueba; b) En todos los procesos rige la presunción, pero teniendo en cuenta la gravedad de las consecuencias de los errores que llevan a falsas absoluciones y falsas condenas, perfectamente se pueden tener distintos estándares de prueba para distintos delitos; c) La inocencia exige la absolución salvo prueba suficiente de culpabilidad, pero no determina cuál es el umbral de suficiencia probatoria; por ello el *in dubio pro reo* se cuantifica precisamente al establecer el estándar de prueba aplicable; d) Podría sostenerse que la presunción de inocencia incluye una preferencia por un mayor riesgo de error de absoluciones falsas que de condena falsas, sin embargo, no es suficiente para pre determinar el estándar de prueba y es compatible con umbrales diversos de suficiencia probatoria; e) el debido proceso no requiere algún estándar en particular, entonces el legislador debe tomar la decisión política de asignar y distribuir entre las partes el riesgo del error (FERRER BELTRÁN, Jordi, Conferencia citada; y Prueba sin convicción, pp. 148 y 149).

⁴⁵ “El principio según el cual el Estado debe evitar, a como dé lugar, el castigo de inocentes pertenece a la ilustración, y fue formulado de distintas maneras. En 1749

La exigencia dirigida al juzgador, de penar sólo cuando tenga una certeza fundada –y absolver si duda- está dirigida a ese objetivo⁴⁶ y no puede ser cambiada por el legislador, ni menos aún por un incuantificable clamor social⁴⁷, porque, de hacerlo, deja desprovista de valor a la garantía establecida por el constituyente. La aplicación de estándares bajos abre

Voltaire sentenció: ‘es mucho más prudente absolver a dos personas que en realidad son culpables que condenar a una que sea virtuosa e inocente’. Sir William BLACKSTONE, en 1783, señaló: ‘para el ejercicio de la ley es mejor que diez personas culpables escapen a que un inocente sufra’. Y Benjamin FRANKLIN, en 1785, formuló el principio en los siguientes términos: ‘es mejor que cien culpables escapen a que un inocente sufra’” (SURIZ, Gustavo, “Algunos problemas en torno del procedimiento de consulta del artículo 348 del CPPN”, Nueva Doctrina Penal, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1999-A). Las diferencias en los números de los culpables podría dar lugar a suponer que se trata de distintos estándares probatorios, pero es mucho más sencillo pensar que son distintas fórmulas para expresar la misma idea (evitar el error y la arbitrariedad de las condenas). Viene bien recordar la advertencia de JIMÉNEZ DE ASÚA tras repasar casos famosos de sentencias injustas: “La lista de los mártires de la justicia está tan poblada como la de los mártires de la libertad, y, con frecuencia, se nutren de los mismos nombres” (Crónica del crimen, Abeledo Perrot, 2005, p. 45).

⁴⁶ Aunque se han señalado otras motivaciones históricas: “en sus raíces se identificaba en la teología cristiana y con el fin de proteger el alma de los jurados de la condenación. La «duda razonable» aparece como correctivo a los temores del jurado, no tanto para procurar la inocencia de toda persona acusada, cuanto para facilitar la decisión del jurado, y garantizarle que no cometía pecado si condenaba al acusado, pues el objetivo del proceso no era tanto la prueba de los hechos, cuanto el bienestar moral del juzgador. No resulta fácil situar en el tiempo la aparición del estándar *beyond any reasonable doubt*, aun cuando se le ha atribuido al papa Gregorio el Grande, en la Edad Media, cuando advertía a un obispo que era «un asunto grave e indecoroso emitir un juicio que parece ser certero cuando el asunto es dudoso» (LNUCH, La dosis de prueba, p. 180).

⁴⁷ “Deliberadamente hemos diseñado un sistema altamente tolerable a las absoluciones falsas...hasta que implementemos un EdP que probablemente nos permita absolver a los inocentes la mayor parte del tiempo y condenar a los culpables tan frecuentemente como podamos, en congruencia con el punto de vista de la sociedad acerca de los costos relativos de las absoluciones falsas y de las condenas falsas” (LAUDAN, Larry, Verdad, error y proceso penal, pp. 135/136). En cuanto a este cuestionamiento y a la crítica que LAUDAN dirige a la fórmula “más allá de toda duda razonable” –que no constituye siquiera mínimamente un estándar genuino de prueba-, puede verse la contra crítica que le hace DEI VECCHI, Diego, “Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 43, 2020, pp. 397 y ss.

una riesgosa posibilidad. Si disminuimos las exigencias requeridas para condenar, ponemos en riesgo la seguridad del juzgador sobre la culpabilidad.⁴⁸

Los jueces no pueden declarar culpables y enviar a la cárcel con menos convicción a quienes estén acusados de ciertos delitos, porque conspira contra una garantía constitucional que no está prevista en mayor o menor medida en función del tipo de caso. Por lo tanto, sólo estándares de prueba altos pueden justificar constitucionalmente la condena penal⁴⁹.

Las propuestas de baremos probatorios menos exigentes para condenar crujen –constitucionalmente hablando- con solo tener en cuenta que un menor estándar significará menor certeza sobre la acusación (o alejarse del grado de probabilidad más alto, si se considera inalcanzable la certeza). La seguridad sobre la responsabilidad del imputado no será la misma a medida que descienda el estándar,

⁴⁸ “Modificar razonamientos de tipo lógicos o epistémicos con fundamento en un argumento político no parece una decisión racional” porque “implica, evidentemente, un sacrificio a la finalidad última del razonamiento probatorio, la obtención de la verdad” ya que “la reducción del error es la finalidad de la valoración de la prueba, y no se ve cómo se logra dicho fin desatendiendo las reglas propias de tal actividad; al contrario, al tratar de modificar un razonamiento lógico a partir de conceptos políticos el error puede aumentar, pues los medios de prueba no arrojarán el grado de corroboración que efectivamente tienen, o si lo arrojan el juez modificará dicho grado de manera arbitraria” (CALDERÓN GARCÍA, José Gabriel, “Perspectiva de género, estándar de prueba y ventajas probatorias asimétricas”, ps. 83/84).

⁴⁹ “Lo contrario importaría ni más ni menos que echar por tierra un bien que la humanidad ha alcanzado y mantenido a costa de no pocas penurias: el principio de inocencia, el cual, tal como lo señaló la Corte Suprema estadounidense: “in re” “Coffin vs. United States” (156 U.S. 432, pág. 453 y sigtes.), posee antecedentes muy lejanos en el tiempo. Así, en dicha oportunidad, el citado tribunal recordó lo acontecido en épocas del Imperio Romano: Numerius, gobernador de Narbonensis, se hallaba sometido a juicio criminal, y había asumido su propia defensa negando la culpabilidad y alegando la falta de prueba en su contra. Delphidius, su adversario, previendo el rechazo de la acusación se dirigió a Juliano: ¡Oh ilustre César -le dijo- si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?, a lo que Juliano respondió: Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes? (Amnianus Marcellinus, *Rerum Gestarum LXVIII, C.1*)” (CSJN., voto del juez Petracchi en “Ricardo Molinas v. PEN”, 24/9/1991, Fallos 314:1091 –p. 1128-).

tal como ocurre con las restricciones cautelares (p. ej., probabilidad para prisión preventiva), para las que hacen falta menos pruebas. E incluso sin pruebas si hubiera urgencia y riesgo para la integridad física (p. ej., puede ser razonable que con solo una denuncia de riesgo para la integridad física de la persona denunciante se dicte una “perimetral” o restricción de acercamiento). La naturaleza de aquellas medidas preventiva puede ameritar menos convencimiento que para la sentencia de culpabilidad⁵⁰.

Por más que se quiera forzar la diferencia, es difícil no asociar los estándares probatorios a los distintos grados de conocimiento de la verdad (certeza, probabilidad, duda) y su repercusión sobre el proceso.

VILLA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LA AMPLITUD PROBATORIA

Con el mayor respeto y compartiendo los postulados esenciales de esta “perspectiva” (más abajo destacamos expresamente sus aspectos positivos), pero no sus excesos.

⁵⁰ Jordi FERRER BELTRÁN opina que en fórmulas tales como “motivos suficientes”, “motivos bastantes”, “indicios razonables”, el propio legislador ha sido consciente de que en diversos momentos del proceso el juzgador deberá tomar decisiones acerca de la suficiencia probatoria (para continuar con la instrucción, abrir un juicio oral, dictar una medida cautelar como la prisión preventiva), pero son pretendidos estándares de prueba que tienen un nivel de vaguedad incompatible con su función de señalar un umbral de suficiencia probatoria; igualmente propone una escala ascendente de estándares en el avance del proceso (Prueba sin convicción, pp. 19 a 21, 101 a 103). “En los países anglosajones, se utilizan dos estándares de prueba. Por una parte, el *beyond any reasonable doubt*, basado en el principio de que es preferible la absolución de muchos culpables a la condena de un solo inocente *-satisfied so that you feel sure-*, destacándose en la práctica de los tribunales que no es tan importante la concreta fórmula utilizada cuanto el grado de convicción del jurado sobre la culpabilidad del acusado. Por otra parte, el *preponderance of evidence*, también conocido como *balance of probabilities* o *preponderance of evidence*, propio del proceso civil, y que puede enunciarse afirmando que ante varias hipótesis sobre la existencia de un hecho deberá escogerse aquella que tenga el grado más elevado de confirmación lógica (regla más probable que no)” (LUCH, La dosis de prueba, p. 173). En la etapa del arresto el estándar es causa probable; para que el gran jurado determine que procede el caso, el estándar consiste en pruebas que apunten suficientemente la culpabilidad no contradichas por pruebas de descargo (LAUDAN, Verdad, error y proceso penal, pp. 133/134).

Nos ocuparemos de una corriente que acepta o propicia –de manera abierta⁵¹ o más frecuentemente sutil– que, en los procesos por imputaciones de violencia y abusos contra las mujeres, los tribunales condenen a los hombres con un estándar probatorio menor que el requerido para otros delitos⁵² (he aquí un exceso).

Es común escuchar a quienes ejercen la abogacía quejarse de que, en la práctica, en ese tipo de casos la defensa del imputado es más difícil porque puede existir cierta tendencia a encarcelar –preventiva o punitivamente– con dosis probatorias más bajas que en otros delitos.

La necesidad de bajar la vara probatoria es defendida como necesaria frente a la obligación estatal de prevenir, perseguir y sancionar la violencia de género y las dificultades probatorias para acreditarla.

El mayor conflicto con la certeza requerida para la declaración de culpabilidad se suscita cuando la condena se basa de manera exclusiva en la versión de la persona que acusa a otra de haberla agredido⁵³. No estamos

⁵¹ Se reportan “proyectos de abogadas feministas para que en casos de violencia de género se anule la presunción de inocencia invirtiendo la carga de la prueba, de modo que todos los varones denunciados sean considerados culpables hasta que demuestren que son inocentes” (KREIMER, Roxana, El patriarcado no existe más, Galerna, Buenos Aires, 2020, p. 29).

⁵² “El tratamiento de la violencia de género por parte del sistema penal también tuvo consecuencias en el campo de la valoración de la prueba admitiéndose la aplicación de un estándar de prueba más relajado o menos exigente para imponer una condena” (Vargas, Nicolás Omar, “Violencia de género y estándar probatorio en el proceso penal”, DPI N° 116, 5/8/2016, p. 1, <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44062-violencia-genero-y-estandar-probatorio-proceso-penal>).

⁵³ “Es decir, que todos los eslabones de la “cadena de imputación” se fundan en la palabra de la persona que incrimina al acusado, la cual, a su vez, sería la principal interesada en que su palabra fuera creída. En casi todos los países occidentales se dictan desde hace tiempo numerosas sentencias condenatorias sobre esa única base. En particular, esto ocurre con frecuencia respecto de imputaciones por abuso sexual, y por doquier se hallan entradas en Internet que comparan esta “fiebre punitiva” con los procesos por brujería de la Edad Media”, opina SANCINETTI, Marcelo, “Testimonio único y principio de la duda”, InDret, Barcelona, julio 2013, <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/988.pdf>. La comparación

en contra de la posibilidad de fundar una condena en base a un testimonio único; por el contrario, el sistema de la libertad probatoria lo permite. Pero sí creemos que cuanto mayor sea la importancia del testimonio –en orden a la dirimencia–, mayor será la necesidad de extremar los recaudos en su valoración⁵⁴.

Casos paradigmáticos difíciles de probar con certeza son los que tienen que ver con imputaciones de abuso sexual, cuya prueba central gira en torno a si hubo o no consentimiento para un determinado acto sexual, sobre todo cuando se trata de hechos en el marco de una relación preexistente. La mujer dice que no hubo, el hombre dice que sí; puede resultar difícil saber con seguridad la verdad, mucho más si los hechos son ubicados en un pasado lejano. Antes había más chances de que los jueces resolvieran esa dificultad a favor del imputado. Hoy parece ser mayor la posibilidad de que se inclinen por la condena introduciendo un análisis con perspectiva de género o amplitud probatoria. Distinto es el supuesto en que no hay dudas de cómo fueron los hechos, pero cambia el concepto de consentimiento válido –p. ej., la relación sexual con una mujer alcoholizada–, tema al que nos referimos antes.

medieval, aunque exagerada, parece ser más una metáfora descriptiva del fenómeno.

⁵⁴ En esta línea, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación de Argentina admite la condena basada en el testimonio de la víctima, en tanto se lo contraste con otros medios de prueba o indicios, como los informes médicos o testigos de contexto o hechos previos (María L. Piqué -M. Virginia De Filippi- Lucila B. Martínez- Andrea Bonardo- Marina Macri, “Estándares de valoración probatoria en casos de violencia de género”. Boletín de jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. Área de Asistencia del MPF ante la CNCCC, Buenos Aires, 8/4/2021, ps. 9, 11 y 15). El trabajo cita que “no basta con afirmar dogmáticamente que el testimonio de la víctima es creíble, sino que se deben brindar razones suficientes que justifiquen esa credibilidad” (voto de Sarabayrouse en “Pérez”, Sala 2). La regla o principio procesal de amplitud probatoria no implica modificar el estándar de prueba que rige para todos los casos penales, sino de extremar las medidas para realizar una investigación completa y profunda que comprenda una valoración integral de todos los elementos probatorios (voto de Sarabayrouse en “La Giglia”, Sala 2).

La filósofa feminista crítica Roxana KREIMER sostiene que el origen de ese fenómeno actual del sistema penal tiene su origen en el pensamiento de otra variante del movimiento feminista: el feminismo radical o hegemónico. Desde el feminismo crítico le atribuyen al hegemónico, propiciar un neopunitivismo y excesos en torno a ciertos delitos contra las mujeres, principalmente abusos sexuales y otros casos de violencia de género. Kreimer expone que esa vertiente “aparece en los 70 alrededor del concepto de patriarcado y del desprecio por el varón”, “habla de una cultura de la violación” en la que los hombres “son considerados violadores en potencia, una generalización indebida puesto que la mayor parte de los varones la repudia”, banderas incorporadas por la agenda de la izquierda con posterioridad a la caída del muro de Berlín, pasando luego a formar parte de la agenda política e institucional de occidente. Para la autora, algunas consignas del feminismo hegemónico quiebran principios constitucionales como la igualdad ante la ley o la presunción de inocencia y parten de prejuicios acerca de la credibilidad o sometimiento de las mujeres por su condición de tales y la peligrosidad de los hombres como opresores y potenciales agresores de aquellas⁵⁵.

⁵⁵ KREIMER, ob. cit., pp. 15 y ss.; 40 y ss. Pone de ejemplo el caso “Arandina” de España, en el que tres jóvenes jugadores de fútbol fueron condenados a 38 años de prisión por un tribunal que, aplicando perspectiva de género, los declaró culpables de abuso sexual en perjuicio de una adolescente que los había contactado para mantener algún encuentro de carácter íntimo. Dice la filósofa que con ese uso, el concepto “perspectiva de género” corre el riesgo de convertirse en sinónimo de inversión de la carga de la prueba, de modo que todo hombre tenga que demostrar que no es culpable, echando por tierra la presunción de inocencia, uno de los pilares del Estado de derecho. Opina que los jueces más bien parecieron estar bajo los efectos del sesgo confirmativo, según el cual cuando se tiene una idea preconcebida, como por ejemplo, “la denunciante nunca miente, exagera o desvirtúa lo ocurrido” –la idea central del lema feminista “Yo te creo hermana”– o, dicho de otra manera, “el acusado varón siempre es culpable” y cualquier conducta o testimonio puede ser transformado en la confirmación de prejuicios y asunciones previas. Agrega la autora que, elogiado como un fallo con perspectiva de género (luego modificado en instancias superiores), el caso Arandina parece invertir la carga de la prueba, invitando a creer todo lo que dice la denunciante, aun cuando sus declaraciones sean contradictorias y haya admitido haber dicho que “como

En esta línea crítica, MAQUEDA ABREU expone que “fue el feminismo radical de los años setenta del siglo pasado el que, por primera vez, denunció la violencia contra las mujeres como un problema social que hundía sus raíces en las ilegítimas relaciones de dominación impuestas por el patriarcado; más allá de un asunto particular, históricamente explicado por consideraciones neutras de carácter individual y patologizante, por lo que esa violencia –conocida desde entonces como violencia de género– se identifica como una estrategia de poder y de control de los hombres sobre las mujeres”. La autora explica que esta concepción “deriva con el tiempo y los sucesivos desarrollos del movimiento feminista en una intensa alianza con los poderes del estado” en base a una “estrategia política convencional que busca el apoyo institucional a partir, sobre todo, de uno de los instrumentos privilegiados de control social: el derecho penal”, pasando así de una posición externa al sistema, a ser parte de él. Por eso denomina “feminismo institucional” a esta vertiente punitivista que traslada sus demandas represivas a las agencias penales, en una visión que no comparte todo el movimiento, a punto tal que para el discurso feminista alternativo, las estrategias de aquella rama institucionalizada son “autoritarias y fuertemente desintegradoras”⁵⁶.

se vayan de lengua (los jóvenes) yo inventaré cosas”, temiendo que se divulgue su participación en una orgía. Sin embargo, el tribunal decidió creer a la adolescente. Y se pregunta KREIMER: ¿cómo es que el tribunal sostiene que a pesar de que la adolescente mantuvo diferentes versiones sobre el carácter voluntario de sus acciones, la Sala no encuentra nada extraño en esa inconsistencia? (ps. 373 y 381). KREIMER dice que “existe miedo a pronunciarse públicamente sobre el tema”, por un “clima de autoritarismo que se genera a partir de lo que no parece adecuado en términos de corrección política”, entonces las personas “no quieren padecer la sanción social” de ir contra de ese discurso, evitando hablar de verdades “que resultan incómodas y pareciera que lo más seguro fuera pronunciarlas solo por lo bajo” (p. 40). La reflexión es muy interesante. Pero no discrepar –en respetuosa y fundada “voz alta”, con cualquier discurso jurídico, solo para evitar una “sanción social”, eligiendo en cambio hacerlo “por lo bajo”, es una actitud que no compartimos, pues conspira contra el imprescindible y enriquecedor debate de ideas sobre el tema y deja libre el camino a la intolerancia.

⁵⁶ MAQUEDA ABREU, María Luisa, “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? –Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *InDret Revista para el análisis del Derecho* N° 4, Bar-

celona, 2007, p. 4. “No son mejores las consecuencias a que conduce esta expansión creciente del poder de legislar del estado cuando se propone incidir en las complejas relaciones entre los sexos”, advierte (p. 18). Crítica al feminismo institucional que “bajo el peligroso lema de “tolerancia cero” contra la violencia de género, tan popular, se ha acabado por criminalizar todo el entorno de la pareja haciendo creer a la ciudadanía que esa violencia estructural –tan compleja de definir y de erradicar– es un asunto del estado y del derecho penal. “El esencialismo del género como una identidad común a todas las mujeres, como si todas tuvieran el mismo riesgo de opresión” de “ese feminismo que aquí llamamos institucional y que aparece empeñado en universalizar el género para contextualizar la violencia en una relación unívoca de poder y sometimiento de todas las mujeres, sobredimensionando la situación de conflicto en las relaciones entre los sexos” “crea una nueva categoría de desviación femenina, pensada para todas esas mujeres que desafían el modelo impuesto” (pp. 21 y ss.). Continúa diciendo que “manifestaciones de esa colonización legal son la imposibilidad de retractarse de una denuncia previa o la obligación de acatar órdenes de alejamiento e incomunicación no deseadas”. Concluye que “tienen razón quienes denuncian, desde Scheerer, el peligroso protagonismo de los nuevos empresarios morales a la hora de imponer “su ética absoluta”, sin reservas, en la solución de los problemas sociales” porque “no hay dialéctica posible entre los dos campos - el del bien y el del mal- en que reorganizan el mundo: “los culpables deben ser “malos” y las “víctimas” inocentes” (pp. 25 y 30). Y se muestra escéptica sobre los efectos finales: “seguramente se ha conseguido en muy poco tiempo el objetivo propuesto de asignar negatividad social a los comportamientos relacionados con la violencia de género, pero los costes han sido enormes” por “los efectos indeseables de esta instrumentalización del derecho penal” en tanto que el “ciego crecimiento del control” ha demostrado que no conduce a una sociedad más justa, más humana ni más igualitaria; y existe una conciencia bastante generalizada en amplios sectores del feminismo acerca de la incapacidad del sistema penal para ofrecer una respuesta satisfactoria a los atentados de género”. Inclusive le atribuye efecto de desvío de la atención o distracción de otros problemas del sistema capitalista (Maqueda Abreu, pp. 31 y 33).

Producto de los profundos cambios culturales –los más vertiginosos en la historia de la humanidad– y bajo la influencia de relativamente nuevas corrientes políticas, la declaración de la mujer pasó de una prejuiciosa devaluación de la credibilidad en el pasado –increíblemente no tan lejano– a ser un “super testimonio” en la actualidad; una declaración con “valor reforzado”, “fundamental”⁵⁷,

celona, 2007, p. 4. “No son mejores las consecuencias a que conduce esta expansión creciente del poder de legislar del estado cuando se propone incidir en las complejas relaciones entre los sexos”, advierte (p. 18). Crítica al feminismo institucional que “bajo el peligroso lema de “tolerancia cero” contra la violencia de género, tan popular, se ha acabado por criminalizar todo el entorno de la pareja haciendo creer a la ciudadanía que esa violencia estructural –tan compleja de definir y de erradicar– es un asunto del estado y del derecho penal. “El esencialismo del género como una identidad común a todas las mujeres, como si todas tuvieran el mismo riesgo de opresión” de “ese feminismo que aquí llamamos institucional y que aparece empeñado en universalizar el género para contextualizar la violencia en una relación unívoca de poder y sometimiento de todas las mujeres, sobredimensionando la situación de conflicto en las relaciones entre los sexos” “crea una nueva categoría de desviación femenina, pensada para todas esas mujeres que desafían el modelo impuesto” (pp. 21 y ss.). Continúa diciendo que “manifestaciones de esa colonización legal son la imposibilidad de retractarse de una denuncia previa o la obligación de acatar órdenes de alejamiento e incomunicación no deseadas”. Concluye que “tienen razón quienes denuncian, desde Scheerer, el peligroso protagonismo de los nuevos empresarios morales a la hora de imponer “su ética absoluta”, sin reservas, en la solución de los problemas sociales” porque “no hay dialéctica posible entre los dos campos - el del bien y el del mal- en que reorganizan el mundo: “los culpables deben ser “malos” y las “víctimas” inocentes” (pp. 25 y 30). Y se muestra escéptica sobre los efectos finales: “seguramente se ha conseguido en muy poco tiempo el objetivo propuesto de asignar negatividad social a los comportamientos relacionados con la violencia de género, pero los costes han sido enormes” por “los efectos indeseables de esta instrumentalización del derecho penal” en tanto que el “ciego crecimiento del control” ha demostrado que no conduce a una sociedad más justa, más humana ni más igualitaria; y existe una conciencia bastante generalizada en amplios sectores del feminismo acerca de la incapacidad del sistema penal para ofrecer una respuesta satisfactoria a los atentados de género”. Inclusive le atribuye efecto de desvío de la atención o distracción de otros problemas del sistema capitalista (Maqueda Abreu, pp. 31 y 33).

⁵⁷ “La violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia

“privilegiada” y “cualificada”⁵⁸, “dirimente”⁵⁹ con “presunción de fiabilidad”⁶⁰.

No hace falta remontarse a textos antiguos o medievales para apreciar los cambios;

de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho” (Corte IDH, 31/8/2010, “Rosendo Cantú vs. México”; 30/8/2010, “Fernández Ortega vs. México”). La regla fue reiterada en relación a la prueba del “manoseo sexual” en “Espinoza González vs. Perú” del 20/11/2014. De todas formas, vale tener en cuenta lo citado en la nota 20, en cuanto a que los estándares probatorios de los tribunales supranacionales no se trasladan automáticamente al juzgamiento de personas por delitos. La propia Corte IDH ha aclarado que “desde su primer caso contencioso, para un tribunal internacional los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos. Su procedimiento, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos. La protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los estándares o requisitos probatorios no son los de un tribunal penal, dado que no le corresponde a esta Corte determinar responsabilidades individuales penales ni valorar, bajo tal criterio, las mismas pruebas (“Rosendo Cantú”. La valoración probatoria es “a efectos de la responsabilidad internacional del Estado”, la de los individuos “por definición compete a los tribunales penales internos” (ver sent. interpretativa del caso “Fernández Ortega”, 15/5/2011).

⁵⁸ En términos del TS español. Este “plus de verosimilitud intrínseca” es categorizado probatoriamente “en un *grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho*” (TSE., S. 282, 13/6/2018, con comentario crítico de MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, “La valoración del testimonio de la denunciante en delitos de violencia de género”, Procesal Penal 5, 26/8/2020,

<https://almacenederecho.org/la-valoracion-del-testimonio-de-la-denunciante-en-delitos-de-violencia-de-genero>).

⁵⁹ “Frente a delitos contra la integridad sexual, el testimonio de la víctima aparece como la prueba dirimente, puesto que esta clase de hechos suelen cometerse en ámbitos de intimidad, ajenos a las miradas de terceros y en ámbito de confianza. En este sentido, como es frecuente, los elementos de juicio que corroboran el relato de la víctima constituyen en su mayoría prueba indirecta” (TSJCb., S. 285, 30/7/2018, “Pérez”).

⁶⁰ “La referencia de la Sala de Primera Instancia a una presunción de fiabilidad en relación con las víctimas de agresión sexual no implica que el acusado se presume culpable. Esta sub-Regla concede al testimonio de una víctima de agresión sexual la misma presunción de confiabilidad que el testimonio de otros delitos, algo que desde hace mucho tiempo ha sido negado a las víctimas de agresión sexual por la ley común” (TPIY, 20/2/2001, “Prosecutor vs. Delacic y otros” -Caso Celebici-).

basta repasar literatura muy usada hasta hace unas pocas décadas. ALTAVILLA desplegaba un repertorio de prejuicios difícil de creer que hayan sido escritos en la edad moderna. Describía a la mujer “menos inteligente que el hombre”, pero “más perspicaz, astuta, más prevenida que él”; imposibilitada de análisis “para separar lo verdadero de lo falso”; “más propensa a la mentira”⁶¹. En una conocida obra, GORPHE comenzaba observando que “en la práctica judicial las mujeres son generalmente menos apreciadas que los hombres como testigos”; se les reprocha prolijidad, distracciones, imprecisiones, inexactitudes simulaciones y mentiras de una manera más pronunciadas que a los hombres”⁶².

⁶¹ Bajo el título “Peligros de su testimonio” decía que “su rápida percepción está con frecuencia envenenada de la perfidia que ella revela. La mujer posee, efectivamente, cualidades de ser inferior que la hacen sobremana peligrosa como testigo” en procesos concernientes a la esfera afectiva y sexual. El juez debe penetrar en el fondo de su alma y frecuentemente descubrirá una pequeña envidia, unos celos ocultos... y muchas veces su actitud hostil será inexplicable, porque hay como una brutal malignidad que le impulsa acusar y a calumniar”; a causa de un “fenómeno social y no biológico ocasionado por las condiciones de inferioridad familiar en que ella se ha encontrado en casi todos los pueblos de la antigüedad y se encuentra aún en muchas clases sociales tiene que recurrir a la mentira como una necesidad de su vida cotidiana”; “puede mentir hasta sin razón por un hábito mental o solamente para hacer más interesante su declaración”; “principalmente cuando un suceso le interesa, la mujer, más emotivo, más sensitiva, lo percibe como querría que fuera, no como efectivamente es. De aquí la facilidad para mentir inconscientemente”. Agregaba que en la pubertad hay verdaderas sicosis que hoy se hacen entrar en el complejo campo de la esquizofrenia” y en los períodos sexuales y menstruales “es palpable la morbosa distracción, pasan de un asunto a otro sin completar nada, con un aire de malhumor y de cansancio... fácilmente irritables, propensas a crisis de llantos o también de risa”. Concluía que en ciertas etapas “la mujer constituye verdaderamente un peligro para la justicia”. Y en los aspectos que resalta una superioridad en la percepción, le asigna ciertas connotaciones peyorativas (mayor habilidad para detectar el adulterio, menor ingenuidad que el hombre, adivinadora de la previsión de sucesos por intuición más que por razonamiento, más difícil descubrir sus mentiras, olvida menos pero recuerda más inexactamente) (ALTAVILLA, Enrico, *Sicología Judicial*, Temis Depalma, Bogotá-Bs. As., 1973, Vol. I, pp. 87/96).

⁶² Luego de hacer un repaso histórico sobre la inferioridad del testimonio de la mujer, aclara que “en nuestra época en que se tiende a la igualdad de los sexos no se podría llegar a tales exageraciones”. Y si bien relativiza las diferencias en base a la mayor formación y educación de la mujer o experimentos, igualmente incurre en prejuici-

Lejos de aquellos impactantes anacronismos, hoy, en ciertos delitos contra la mujer, pueden encontrarse sentencias que le asignan al testimonio femenino una presunción de verdad con carácter dirimente, capaz de sortear contradicciones, diferencias de versiones, incoherencias o imprecisiones⁶³, retractaciones⁶⁴, falta de acreditación médica⁶⁵

cios propios de la época y repite algunas descripciones de Altavilla. Así, pueden leerse sus advertencias sobre las perturbaciones del testimonio femenino por la sensibilidad especial, alteraciones más o menos profundas, pensamientos un poco infantiles. “Los maestros consideran a las niñas más mendaces que los muchachos, y parece que este defecto persiste con la edad”. “En el testimonio, como en la vida, habría que escrutar en los pliegues de su corazón, sorprender sus pequeñas envidias, sus alegrías ocultas, sus amores desdeñados, para darse cuenta de sus pérfidos encarnizamientos, sus deseos de calumniar, su actitud hostil contra aquel de quien habla” (GORPHE, Francois, La crítica del testimonio, Reus, Madrid, 1933, ps. 125/127).

⁶³ Las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos, por lo que no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad (Corte IDH, 20/11/2014, “Espinoza González vs. Perú”). “No es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato. Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Dichos relatos, además, fueron rendidos en diferentes momentos desde 2002 a 2010. Adicionalmente, la Corte tiene en cuenta que al momento de ocurridos los hechos la señora Rosendo Cantú era una niña” indígena, que tuvo que caminar horas hasta pedir ayuda a autoridades que no hablaban su idioma (31/8/2010, “Rosendo Cantú y otra vs. México”). La Corte Suprema, siguiendo el dictamen de la Procuración General, consideró arbitraria la absolución que dudaba de la confiabilidad del testimonio de la víctima a partir de la diferencia de sus declaraciones acerca de la cantidad de veces que fue obligada a practicar sexo oral al acusado. “Tal proceder implicó, además, menospreciar lo declarado por aquella sobre las oportunidades en que habría sido accedida carnalmente por R a pesar de que en este aspecto no existieron discrepancias -en todas sus declaraciones dijo que ocurrió tres veces-, lo que constituye una patente arbitrariedad” (CSJN., 3/3/2022, “Rivero”).

⁶⁴ “Una negación de la ocurrencia de una agresión sexual denunciada no necesariamente desacredita las declaraciones donde se indicó que había sucedido, sino que debe ser analizado tomando en cuenta las circunstancias propias del caso y de la víctima” (Corte IDH, 27/11/2013, “J. vs. Perú; TEDH, 20/11/2011, “Teslenko vs. Ucrania”).

⁶⁵ “Donde se aleguen agresiones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la de-

claración de la presunta víctima. En tales casos, no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de violencia o violación sexual en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de dichos exámenes” (Corte IDH, 20/11/2014, “Espinoza González vs. Perú”; y en similar sentido TPIR, 2/9/1998, “Prosecutor vs. Akayesu”; TPIY, 15/7/1999, “Prosecutor vs. Tadic”).

ración de la presunta víctima. En tales casos, no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de violencia o violación sexual en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de dichos exámenes” (Corte IDH, 20/11/2014, “Espinoza González vs. Perú”; y en similar sentido TPIR, 2/9/1998, “Prosecutor vs. Akayesu”; TPIY, 15/7/1999, “Prosecutor vs. Tadic”).

⁶⁶ Condenas de este tipo han sido descalificadas y revocadas por la casación nacional argentina. En un caso en que una joven declaró que su hermana y un familiar la habían retirado en auto a la salida de la escuela, su hermana se bajó del auto y, cuando quedaron solos, el hombre abusó de ella, en el juicio el tribunal privilegió la versión de aquella, frente a la del imputado que negó la acusación y sostuvo que su vehículo estaba en un taller. Fue condenado no obstante que la presunta víctima modificó el relato de los hechos y manifestó que lo había dicho para “ocultar su imprudencia” de subir a un vehículo sola. La alzada hizo lugar al recurso de la defensa cuestionando la valoración pro condena de un testimonio único con inconsistencias, contradicciones y falta de precisión (CNCCC, Sala III, Reg. 936, 27/9/2017, “Silvero”). En otro caso, fue casada la condena contra un hombre acusado por su pareja de haberla violado en tres ocasiones, dictada en base al testimonio único de la mujer, a pesar de que su madre había declarado que su hija le había manifestado ser víctima de violencia económica, pero no física, que había convivido con la pareja y no presenciado violencia física, el psiquiatra que había atendido a la denunciante explicó que la mujer tenía temor pero que no había ningún dato que indicara un cuadro de mayor gravedad y en su historia clínica no se registraron lesiones o indicios de abuso. Para la Sala III la denunciante ha indicado una modalidad comisiva violenta, lo que debería implicar indefectiblemente la presencia de alguna clase de indicio que respalde tal extremo, por lo que no es posible superar la existencia de una duda razonable, tornándose de este modo operativo el principio del *in dubio pro reo*” (Reg. 996, 13/12/2016, “RMA”).

⁶⁷ El estereotipo o mito de “mujer mendaz” (“las mujeres realizan denuncias falsas”) o “mujer fabuladora” dan “cuenta de una falta de credibilidad del relato, representado y ejecutado en un sistema de administración de justicia que solicita peritajes con el objeto de evaluar si la víctima fabula respecto al hecho denunciado”. Otro tanto ocurre con los de “mujer instrumental” (“las mujeres utilizan el sistema judicial para sacar a su pareja de la casa y poder separarse”) y “mujer co-responsable” (“conflicto entre pares”) (LARRAURI, E.; “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAURENZO, “Género, Violencia y Derecho”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2008, citado por FLORIMONTE, Dante N. “La valoración racional de la prueba y la utilización de estereotipos de género en el litigio oral con jurados”, Revista Institucional de AFFUN - Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación, N° 2, IJ Editores, Buenos Aires,

Para superdotar conviccionalmente el testimonio único de la mujer suele invocarse el principio de “amplitud probatoria” establecido en la ley 26.485 de protección integral a las mujeres (arts. 16 i y 31)⁶⁸. Sin embargo, ese instrumento legal, reglamentario de los convenios internacionales contra la violencia de género, no deroga el principio de inocencia y expresamente establece que las pruebas se evaluarán de acuerdo con la sana crítica y se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes⁶⁹. De esta manera, la amplitud probatoria refuerza el principio de libertad probatoria, obliga a extremar el esfuerzo en el análisis de las pruebas indirectas o indicios, desburocratiza o flexibiliza el exceso de rigor formal en la fijación de los hechos (p. ej., la exigencia de que la víctima detalle cada hecho con fecha,

lugar y modo, aun cuando hubiesen sucedido durante años), pero de ninguna manera permite condenar sin certeza⁷⁰.

Lo mismo ocurre con la directiva de juzgar con “perspectiva de género”⁷¹. Se trata de una denominación muy amplia que da a lugar a interpretaciones y alcances distintos. Tiene aspectos muy positivos: considerar a la mujer sujeto de protección especial, cumplir con el deber estatal de erradicar toda forma de violencia y discriminación, tener en cuenta e indagar el contexto especial (p. ej., historial de episodios, ciclo de violencia) en aspectos que antes podrían haberse considerado imperinentes, desterrar estereotipos y prejuicios que interfieren negativamente con la actividad

mayo 2022). “Aunque nuestro ordenamiento jurídico no contempla la necesidad de “corroborar” el testimonio de la víctima de un abuso sexual (como de hecho no se corrobora el testimonio de las víctimas de delitos de otra índole), en la práctica siempre se requiere que aquél sea corroborado a través de algún elemento de prueba independiente, lo que en principio se puede considerar que constituye una forma de discriminación y contribuye a la revictimización, ya que ese criterio se funda (aunque sea implícitamente) en el estereotipo de la mujer que miente, inventa o agranda los hechos denunciados (Asensio, 2010, p. 122)” (GONZÁLEZ, Agustina, “Perspectiva de género y violencia sexual: hacia una valoración probatoria respetuosa de los estándares de derechos humanos”, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, N° 26, Buenos Aires, 2021, pp. 116/140, <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/viewFile/531/pdf>).

⁶⁸ “La aplicación de la amplitud probatoria que reconoce la ley N° 26.485 ha motivado que, en algunos casos, se argumente que “conlleva a la flexibilización de los estándares probatorios” en materia penal (DI CORLETO, J., 2017, “Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género”, Didot, p. 286), lo que reduciría el alcance del principio de inocencia. Así, en aquellos casos en que la única prueba de la materialidad de los hechos es el testimonio de la víctima, ya que ha sido la única testigo, diversos autores han cuestionado que se pueda arribar al grado de certeza requerido para condenar (DI CORLETO, 2017, pp. 291-292).

⁶⁹ La Corte Suprema, siguiendo el dictamen de la Procuración General, en base a la amplitud probatoria rechazó la absolución de un gendarme acusado de abusar sexualmente de una detenida, por cuanto no se había hecho un análisis integral de la prueba indiciaria que avalaba la denuncia (CSJN., 3/3/2022, “Rivero”).

⁷⁰ No es, por tanto, la flexibilización del estándar probatorio lo que afirman esos textos internacionales, sino el deber de los Estados de llevar a cabo investigaciones diligentes y efectivas para esclarecer los hechos en cuestión. El abandono de garantías trabajosamente conquistadas, constituye una fuente de peligro para nuestro modelo constitucional penal (RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, N° 1, pp. 243/244, Madrid, 2020). En la misma línea, la casación nacional argentina sostiene que la directiva comprendida en el art. 16 inc “i” de la ley 26.485 no establece un estándar probatorio distinto o adicional a la libertad de apreciación de la prueba reglado en el Código Procesal (Sala I, Reg. 1531, 27/11/2018, voto de García en “Abraham”); ni implica modificar el estándar de prueba que rige para todos los casos penales, sino de extremar las medidas para realizar una investigación completa y profunda que comprenda una valoración integral de todos los elementos probatorios (Sala II, Reg. 686, 14/8/2017, voto de Sarraibayrouse en “La Giglia”).

⁷¹ “El término perspectiva de género se remonta al documento emanado de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995, en el marco del Consejo Económico y Social de la Naciones Unidas”, según Roxana KREIMER, ob. cit., pp. 15 y ss.

probatoria⁷²; actuar con la debida diligencia⁷³ (art. 7 inc. b Convención de Belém de

⁷² La Corte Interamericana de DDHH define el estereotipo de género como una “preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” y cuestiona la descalificación del testimonio de la víctima basada en la creencia de una inclinación de las mujeres a denunciar de manera falsa (16/11/2009, “Campo Algodonero”). También la caracterización de mujeres presuntamente criminales como “no confiables o manipuladoras” (20/11/2014, “Espinoza Gonzales vs. Perú”). Ver el informe “Estándares de protección de derechos humanos de las mujeres: herramientas necesarias para la defensa de su participación política, OEA ONU, <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-Estandares-Proteccion-ES.pdf>. Se han señalado como preconceptos (prejuicios) que pueden llevar al juez a resolver basado en razones equivocadas y discriminatorias, estereotipos que giran sobre categorías de “mujer honesta”, “mujer mendaz”, “mujer instrumental”, “mujer corresponsable” y “mujer fabuladora”, en categorizaciones que resultan peyorativas y denigrantes y conducen a la minimización de la violencia (DI CORLETO, Julieta/PIQUÉ, María L., “Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género” en Género y Derecho Penal, Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 414/415). Agregan las autoras que, al trasladar la culpa de lo acontecido a la víctima, se cuestiona su credibilidad (por su estilo de vida, la ropa que usa, las horas en las que está en la calle o sus relaciones sentimentales anteriores), se resta importancia a los hechos (una cuestión “privada” o “pasional”), y determina la inacción de fiscales, policías y jueces, quienes obturan líneas posibles de investigación (ibidem). Para la citada Corte supranacional, “la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género” (19/5/2014, “Veliz Franco y otros vs. Guatemala”); distorsionan la objetividad de los encargados de investigar, las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, influyendo en la percepción para determinar si ocurrieron, la evaluación de la credibilidad de testigos y de la propia víctima (24/11/2021, “Barbosa de Souza y otros vs. Brasil”). “Se construye un estereotipo según el cual una mujer que fuese desenfadada en sus expresiones o comportamientos sexuales con alguna persona en particular, no podría proceder con timidez al referirse a hechos de violencia sexual de los que fue víctima” (CSJN., 3/3/2022, “Rivero”).

⁷³ El Estado debe conducir eficazmente el proceso penal para identificar, procesar y sancionar a los *responsables* conforme a las siguientes directrices: remover los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los procesos judiciales; usar todos los medios disponibles para que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos; investigación con perspectiva de género con líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual y sobre los patrones respectivos en la zona; proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes; funcionarios altamente capacitados

Pará); aplicar un enfoque diferencial en la valoración de las pruebas en pos de analizar y detectar asimetrías entre los géneros y, en consecuencia, equilibrar esa desigualdad en la relación procesal.

Ello supone que el deber estatal de investigar debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa (Corte IDH., “Durand y Ugarte”, 16/8/2000), actuando con “los medios existentes a su alcance”, e intenten arribar “a una decisión” (Comisión IDH, informe N° 5/96), “identificando a los responsables” e “imponiéndoles las sanciones pertinentes” (Comisión IDH, informe N° 28/96).

Se advierte así que lo afirmado sobre que si bien “es difícil probar en la práctica que un homicidio o acto de agresión violenta con una mujer ha sido perpetrado por razón de género”, dicha imposibilidad “a veces deriva de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades sobre el incidente violento y sus causas”⁷⁴, fue anticipado por la CIDH al menos en catorce años.

Pero obviamente también se ha enfatizado en que “todos los órganos que ejerzan funciones materialmente jurisdiccionales tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías judiciales del debido proceso estipuladas en el artículo 8 de la convención” (Corte IDH, “López Álvarez vs. Honduras, 1/2/2000). Dentro de esas garantías se encuentra el principio de inocencia, que fácilmente resulta afectado por la “perspectiva” cuando ésta es mal entendida, supuesto en que la investigación comienza iluminada por una serie de conceptos argumentados como parte de aquella visión, según estándares de muchos documentos internacionales y fallos locales

en la materia; asegurar que los órganos de investigación y los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada, independiente e imparcial, y que las personas que participen en la investigación cuenten con las debidas garantías de seguridad, y que los resultados de los procesos sean públicamente divulgados (Corte IDH, 16/11/2009, “Campo Algodonero”).

⁷⁴ Corte IDH “Veliz Franco vs. Guatemala, 9/5/2014 en cuadernillos de jurisprudencia de la Corte IDH N° 4, p. 46).

que, mal utilizados, juegan como justificativos de sesgos cargados de una larvada ontología generalizante del género masculino como “anticonvencional” (quizás no sea gramaticalmente correcta la palabra, pero es ilustrativa a los fines de esta argumentación).

La jurisprudencia reitera que “*la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación (de la mujer) en el acceso a la justicia*”.⁷⁵ La ineficacia a la que se le atribuyen tales efectos, bien interpretada, es aquella derivada de la infracción de los Estados al deber de realizar una investigación eficaz con debida diligencia, valoración amplia e integral de la prueba sin estereotipos o sesgos discriminatorios. De ninguna manera puede pretenderse legítimamente que esa ineficacia se combata condenando a cualquier sospechoso sin pruebas suficientes de culpabilidad. La impunidad se evita con la condena del comprobadamente responsable. Tampoco es admisible en un Estado de derecho derivar de aquella jurisprudencia el prejuicio de que todo varón es proclive a hechos de violencia, de la que se abstiene frente a la eficacia judicial, pero que la exhibirá y practicará frente a la falta de castigo. Ni tomarla como factor de atribución a la masculinidad universal de una tendencia, aceptación o tolerancia a la violencia contra la mujer, con vocación de perpetuarla y a la sociedad en general una indiferente aceptación de la misma. En definitiva, se trata de la creación de un estereotipo con

los problemas que acarrea el traspaso de una generalidad a un individuo⁷⁶.

También es cuestionable que se utilice como indicio o prueba de culpabilidad o de los elementos del tipo delictivo o del contexto del caso concreto, el diagnóstico que con un alto grado de generalidad en 2006 hizo la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando declaró que la violencia contra mujeres y niñas es “una de las violaciones a los derechos humanos más sistemáticas y extendidas”, a la vez que está arraigada en estructuras sociales construidas en base al género más que acciones individuales o acciones al azar; que trasciende límites de edad, socioeconómicos, educacionales y geográficos; que afecta a todas las sociedades”. Si bien debería suponerse que la afirmación está estadísticamente fundada o aun defendiéndola como una realidad imposible de refutación, su formulación o repetición como evidencia de culpabilidad de un acusado no sólo es irracional, sino más aún, inconstitucional frente al principio de inocencia. Por su generalidad e indeterminación absoluta, intentar hacerla valer a modo de prueba de cargo en un proceso penal, no es posible sin afectar aquel principio. Cualquier imputado de violencia de género delictiva se encontrará siempre comprendido en sus términos, pues naturalmente debe pertenecer a alguna situación de edad, socioeconómica, educacional o geográfica, o simplemente vivir en sociedad.

La normativa supranacional incorporada a nuestra Constitución tiene una muy precisa descripción del principio de inocencia y su

⁷⁵ Corte IDH, “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, 19/5/2014; “Espinoza González vs. Perú”, 20/11/2014; “Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”, 19/11/2015, citados por la Procuración General de la Nación y la Corte Suprema en el caso “Rivero” (3/3/2022).

⁷⁶ “Cuando un estereotipo ha sido construido, las persona que tienen las características identificadas se encuentran automáticamente agrupadas, reduciéndose hasta eliminarse las probabilidades de que los demás averigüen si efectivamente esa persona posee las características asociadas a la pertenencia al grupo. Esto, como bien explica Federico, se conecta con la naturaleza del proceso humano de comprender el mundo: categorizar nos sirve para simplificar la lectura del entorno, nos permite tomar decisiones simples y rápidas. Por ello, el análisis propuesto se revela realmente importante para que empecemos a darnos cuenta de cómo las generalizaciones puedan volverse discriminatorias” (POZZOLO, Susanna, Prólogo al libro de ARENA, Federico José, Los estereotipos detrás de las normas, Toledo Ediciones, Córdoba, 2022, ps. 19 y 20).

contenido garantizado, al punto de que bien puede enunciarse diciendo que todo acusado es inocente (art. XXVI, DADDH) mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (art. 8.2, CADH), lo que ocurrirá sólo cuando “se pruebe” (art. 14.2, PIDCP) que “es culpable” (art. XXVI DADDH), en las condiciones que se establecen. Y el principal impacto de la normativa supranacional es el de dejar sentado, expresamente, cómo se debe hacer para establecer la “no inocencia”: habrá que probar la culpabilidad (art. 14.2, PIDCP) “el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal (Corte IDH, “Cantoral Benavides”, 18/8/2000). Es por esto que sólo a la defensa del imputado le está reservado “el excepcional privilegio de poder triunfar sin pruebas en el proceso penal”⁷⁷. Aquel concepto se completa con la afirmación de que “en el procedimiento penal, el *onus probandi* de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del procesado...”.

Por cierto que el principio de inocencia no tiene efecto sólo al momento de resolver la absolución o condena del imputado, sino que lo acompaña a lo largo de todo del proceso, si bien con distintos alcances, pero siempre garantizando que su avance se lleve a cabo respetándolo.

La circunstancia de que el imputado “no tiene necesidad de probar su inocencia, construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, quien condena debe construir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible” (Comisión IDH, Informe N° 5/96), se proyecta desde su inicio con el efecto propio de su formulación.

Al dictarse sentencia, la prueba de la culpabilidad (art. 14.2, PIDCP) debe establecerse más allá de cualquier duda razonable; “se trata

de la certeza sobre la comisión de un hecho punible” (Comisión IDH, Informe N° 5/96). Y este último aspecto de tal exigencia es evidenciado por la propia normativa supranacional porque, si para revisar una sentencia de condena a favor del condenado se requieren hechos “plenamente probatorios” (art. 14.6, PIDCP) de la comisión de un error judicial sobre su culpabilidad, es claro que la misma fuerza conviccional (“plena prueba”) es la que exigirá para admitir como probada su culpa; sería absurdo pensar que para declarar “mal probada” la culpa hubiese más exigencias que para admitirla como “bien probada” (o sea para tener por acreditado el error hubiese más exigencias que para tener por acreditada la verdad).

También reflexionando a partir del “enfoque de interseccionalidad”⁷⁸, de los “estándares” de género encontramos en la jurisprudencia una invocación de normas o situaciones que a veces terminan influyendo de una forma u otra en los resultados de la valoración probatoria, como son los mandatos o directrices de instrumentos internacionales sobre ciertos delitos (p. ej., corrupción) y otras “perspectivas” (vulnerabilidad, vejez, minoridad, discapacidad).

Explica la Corte IDH en su opinión consultiva 16 que “...para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en

⁷⁷ NÚÑEZ, Ricardo, Código Procesal Penal de Córdoba (anotado), Córdoba, 1978, p. 193.

⁷⁸ “Relación del género con otras condiciones de vulnerabilidad que lo interseccionan, tales como: edad, pobreza, orientación sexual, identidad de género, migración y desplazamiento interno, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas u otras minorías, ruralidad, privación de la libertad entre otras” (GUTIÉRREZ LASCANO, M. Cecilia, Derechos humanos. Derechos de las mujeres: perspectiva de género, Advocatus, Córdoba, 2021, p. 9).

diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (párrafo 119). En ninguna parte dice que la forma de compensar la desigualdad sea a costa del principio de inocencia.

Algo parecido sucede cuando, frente a la colisión de principios constitucionales, se realiza una ponderación de los intereses en juego y se sacrifica uno en aras del otro, puesto que *“no todos los derechos fundamentales son ilimitados sino que debe tenerse en cuenta la concurrencia de otros valores que el ordenamiento jurídico también protege”*⁷⁹. Ciertamente la máxima de proporcionalidad es una herramienta útil en la interpretación y solución de conflictos constitucionales⁸⁰ de diversa índole, e inclusive tiene mención expresa en la Convención de los Derechos del Niño⁸¹, considerándose la extensible a otros

⁷⁹ TSJ de Córdoba, Sala Penal, Sent. N° 108, 9/9/1999 en “Querrela de Miguel Ángel Caruso c/ Luis Eduardo Remonda”, en aplicación del “*balancing test*”.

⁸⁰ Según este método, en supuestos de conflicto entre derechos o intereses de igual rango normativo, en lugar de resolverse atendiendo a la supremacía absoluta de uno sobre otro, deben ponderarse todos los derechos como limitados y analizarse en cada caso concreto la razonabilidad de la restricción de uno por otro. Es sabido que, tratándose de derechos que revisten idéntica jerarquía, en el catálogo de los derechos fundamentales “...uno de ellos no puede prevalecer sobre el otro *en todos los casos posibles* y a costa de él”, siendo necesario “*en cada caso*, desde la mira de las fuentes constitucionales y de los pactos internacionales, resolver por *criterios* de ponderación cuál de esos derechos prevalece sobre el otro” (GARCÍA, Luis, “La jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de calumnias e injurias cometidas por medio de la prensa”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año III, n° 4-5, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 508). Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad a la doctrina de los frutos del árbol venenoso, HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas, 3ª Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2022, ps. 132/145 y 311/328.

⁸¹ “*El interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño*” (CIDH., Opinión Consultativa N° 17, 22/8/2002). En una concepción más amplia, aunque en esencia se trate de un documento que reproduce los contenidos de la Convención, la ley nacional n° 20.661 de 1995 determina que se entiende por ello “la

grupos merecedores de protección especial reforzada, como los integrantes de la antes llamada “tercera edad”⁸² o las personas con discapacidades⁸³. Sin embargo, no creemos que una ponderación bien practicada tenga por resultado condenar a alguien sin la convicción suficiente. Creer que hay un conflicto entre aquellas perspectivas y el principio de inocencia, y que se lo puede superar a costa de esta última garantía, constituye sólo una apariencia de solución porque se habrá sacrificado un principio (el de inocencia) pero no habrá sido realmente en aras del otro interés (“la perspectiva”): sólo la condena del *probablemente verdadero responsable* (no la del *aparente responsable*) puede satisfacer ambos principios en juego (la perspectiva y el de inocencia)⁸⁴.

De esta manera, lo que no pueden las “perspectivas” es ser usadas como comodín para suplir la prueba, ni derogar el derecho de defensa o el principio de inocencia y sus derivaciones (*in dubio pro reo*, carga de la prueba

máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. Señala también que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros mostrando que el *juicio de ponderación* al que nos hemos referido arriba resulta a favor de los intereses del menor (art. 3).

⁸² Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de personas mayores, ley 27.360.

⁸³ La “perspectiva de discapacidad” debe ser un prisma a partir del cual se debe analizar cada decisión obligando a todos los actores a una especial consideración a lo largo de todo el proceso, incluida la coerción, por el compromiso asumido con la adhesión a la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad (ley 26.378) que exige una garantía reforzada para asegurarles el ejercicio de sus derechos y protección de su dignidad en condiciones de igualdad (CAcusCba., A. N° 75, 22/3/2022, “B. y otro p. ss.aa. coacción calificada, etc.”).

⁸⁴ “Ciertamente, a corto plazo puede ser una estrategia de pacificación muy exitosa reaccionar ante la sospecha de una perturbación del orden jurídico haciendo responsable a quien probable o muy probablemente es el culpable. Pero, en definitiva, esta táctica debilita la confianza en la «consistencia» del ordenamiento jurídico y su eficacia para imponerse”, la conmueve y la destruye. Los veredictos con autoridad son los únicamente aptos para alcanzar una estabilidad duradera de la seguridad jurídica, no los inventarios de la probabilidad” (VOLK, Klaus, La verdad sobre la verdad y otros estudios, trad. de Eugenio SARRABAYROUSE, Ad Hoc. Bs. As., 2007, ps. 66/67).

al acusador⁸⁵, etc.), porque son límites que impone la Constitución.⁸⁶ Hay muchos delitos sobre los que existen compromisos internacionales especiales de prevenirlos y sancionarlos; por ejemplo, el narcotráfico; y sin embargo no se propicia luchar contra el comercio de estupefacientes penando sin certeza.

La perspectiva de género tampoco ser un pretexto para sustraer testimonios de la sana crítica racional. Sostener que una persona dice la verdad o no miente por su sexo, es un prejuicio que no se ajusta a la experiencia común (realidad) ni a la ciencia. La praxis forense es prolífica en testimonios falsos, independientemente del sexo, género u orientación sexual del declarante⁸⁷. Y está demostrado

⁸⁵ El Comité CEDAW considera una denegación del acceso a la justicia que a la víctima de violencia doméstica tenga que recurrir a la acción penal privada, en cuyo caso la carga de la prueba recae enteramente sobre ella (“O. G. vs. Rusia, 6/11/2017).

⁸⁶ En comentario a un fallo de la Corte Suprema de Colombia se apuntó que, al juzgar con perspectiva de género, ese Tribunal estableció un estándar probatorio de umbral medio-bajo o bajo, por el que “se prefiere que los errores que puedan resultar luego de la valoración de la prueba recaigan sobre los hombres y no sobre las mujeres que posiblemente han sido víctimas de violencia intrafamiliar. Y debido a esa preferencia, el estándar para las demandantes baja, aumentando de esa forma su posibilidad de una decisión favorable y correlativamente, aumentaría el número de falsos positivos respecto a los demandados”, lo cual puede ser válido como medida legislativa general de política criminal, pero su mala aplicación judicial “puede llevar a decisiones injustas”; “al tratar de modificar un razonamiento lógico a partir de conceptos políticos el error puede aumentar, pues los medios de prueba no arrojarán el grado de corroboración que efectivamente tienen, o si lo arrojan el juez modificará dicho grado de manera arbitraria” (CALDERÓN GARCÍA, José Gabriel, “Perspectiva de género, estándar de prueba y ventajas probatorias asimétricas”, *Iudicium, Revista de Derecho Procesal de la Asociación Iberoamericana de la Universidad de Salamanca*, 2018, pp. 71 y ss.).

⁸⁷ Aborda la cuestión de las denuncias falsas en casos de violencia contra las mujeres, KREIMER, Roxana, ob. cit., pp. 355 y ss. y 386. Señala que las acusaciones falsas parecen cumplir tres funciones principales para los denunciantes: proporcionar una coartada, buscar venganza y obtener simpatía y atención; y que en casos de alegada violencia doméstica pueden tener finalidades relacionadas al conflicto (exclusiones del hogar, perimetrales, etc.). Señala que estas medidas generalmente se toman con la sola denuncia y cita a María SANAHUJA, magistrada de la Audiencia de Barcelona, que en un documental declara que los jueces tienen temor y por eso obran así (p. 372). Ya en términos generales sobre este fenómeno se ha destacado la tentación “de mostrar eficiencia y evitar

científicamente que el engaño es común desde primates -con quienes compartimos buena parte de los genes- hasta por personas⁸⁸. La mentira es utilizada por todas las personas desde temprana edad, consiste en una elaboración compleja y consciente, que requiere un mayor procesamiento mental que la verdad; y hay distintas clases de personas de acuerdo a la forma de mentir (p. ej. los ocasionales, habituales y patológicos⁸⁹). Esta acción pue-

los reclamos de la sociedad, los medios de comunicación y del mismo poder político” (Cfr. Crítica de la relatoría sobre las personas privadas de libertad, de la Comisión Interamericana de DD.HH, Bs As, 2010, Informe del 21/6/10 -www.cidh.org/Comunicados/Spanish/64-10sp.htm-), y también “*el auge de la comisión de ciertos delitos en un marco temporal dado o la resonancia mediática de otros han generado la superficial necesidad de castigos propedéuticos*” (Hassemer, citado por Aboso, Gustavo E, “*Código Penal de la República Argentina*”, Ed. BDEF, Bs.As., 2014, p. 139), Asimismo hay quienes se refieren al *riesgo judicial* “que es el problema de los *“jueces asustados”* (Zaffaroni, Eugenio citado por SOLIMINE, Marcelo, en el “*Libro Homenaje a Escuela Procesal Penal de Córdoba, Academia Nacional de Derecho y CS de Córdoba*, 2015).Y desde otro costado de análisis se ha advertido que “*nadie es más incommoviblemente injusto que quien actúa con la errónea conciencia de obrar justamente*”... “*Todos los elementos de la prueba, percibidos por su mente, encontrarán en ella los gérmenes de alteración que el prejuicio predispuso en ella; los resultados de la prueba, reflejándose en la psiquis de un tal magistrado, perderán su aspecto natural y su fuerza lógica, y las mismas manifestaciones de la inocencia podrán asumir la apariencia de culpabilidad*” (MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T III, p. 199).

⁸⁸ “No hay nada especial acerca de las mentiras. Los monos verdes y los chimpancés mienten. Por ejemplo, se ha observado a un mono verde emitiendo la llamada “Cuidado, un león!”, cuando no había ningún león por las inmediaciones. Esta alarma asustó convenientemente e hizo huir al otro mono que acababa de encontrar un plátano, lo que dejó solo al mentiroso, que pudo robar el premio para sí” (HARARI, Yuval Noah, *De animales a dioses-Breve historia de la humanidad*, 10° Ed. Debate, Buenos Aires, 2018, p. 46). En otra obra, el autor se muestra pesimista: “La verdad nunca estuvo nunca situada muy arriba en el orden del día de Homo sapiens... Si el lector sueña con una sociedad en que la verdad reine de manera suprema y no se haga caso a los mitos, tiene poco que esperar de Homo sapiens. Será mejor que pruebe suerte con los chimpancés”, escribe en 21 lecciones para el siglo XXI.

⁸⁹ Los últimos son los que mayores dificultades pueden presentar al control -aun científico- de la mentira porque, incurriendo reiteradamente en el autoengaño, se tornan absolutamente incapaces de distinguir entre fantasía y realidad (ver Ho, David, “*A Forensic Psychologist Looks at Lying and Lie Detection*”, *Hong Kong Lawyer*, Julio, 2000).

de tener origen y finalidades muy distintas sin distinción de sexo: los seres humanos mienten en defensa propia, para evitar consecuencias negativas, para seducir⁹⁰, por inseguridades, odio, piedad o bondad, en pos de conseguir objetivos (v. gr. impunidad, obtención de beneficios, estafar), por ego, protagonismo o fama, amor, miedo, bronca, vergüenza, venganza, privacidad, adulación, cortesía, costumbres y convenciones⁹¹, etc.

Un estudio encarado por las Universidades Autónoma de Madrid y Complutense arrojó que los hombres mienten más que las mujeres⁹². Otro experimento realizado por investigadores de Inglaterra y Corea del Sur, llegó a una conclusión similar, pero hizo distinciones según el tiempo de elaboración de la mentira: los hombres mienten más que las mujeres si la ocasión para mentir surge de repente, mientras que ellas se mostraban más deshonestas si podían planificar su mentira

con tiempo⁹³. Desconocemos el rigor científico o grado de seguridad de esos resultados, pero lo cierto es que no encontramos ningún estudio que concluya que las personas de tal o cual sexo no mienten.

VIII. OTROS PROBLEMAS DE LOS ESTÁNDARES

La regulación de estándares probatorios también puede presentar otros problemas. Si se legislara la cantidad de estándares probatorios que proponen sus adherentes y le sumáramos los problemas propios del establecimiento de clasificaciones o categorías de delitos, o tipo de casos que determinarían distintos umbrales, la actividad decisoria, en la realidad, se volvería desconcertante y muchas veces difícil de determinar. Basta con imaginar las discusiones y disparidades de criterios de los juzgadores sobre si cada hecho encuadra en una u otra categoría⁹⁴, más aun si se trata de

⁹⁰ “El engaño forma parte casi necesariamente del arte de enamorar. ¿Quién no simula virtudes y disimula defectos ante la persona amada?. Todos los novios son buenos, virtuosos, complacientes, comprensivos, generosos. Después del matrimonio las cosas suelen cambiar. Por ello, *Loyseul* decía: *en mariage, il trompe qui peut*” (BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Familia, Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 110).

⁹¹ “A un cortés “¿qué tal?” en el ascensor de la oficina, poca gente respondería que muy deprimida porque está punto de divorciarse, pese a que sea verdad”. Pura socialización. Mark Twain lo tenía claro en su sarcástico *La decadencia del arte de mentir*: «Nadie podría vivir con alguien que dijera la verdad de forma habitual; por suerte, ninguno de nosotros ha tenido nunca que hacerlo». Lo escribió un siglo antes de que Robert FELDMAN, profesor de Psicología de la Universidad de Massachusetts, haya establecido en su libro “*The liar in your life*” que mentimos entre dos y tres veces en una primera conversación de 10 minutos con un nuevo conocido” (BLANCO, SILVIA, “Todos mentimos, lo que cambia es la dosis”, *El País*, Madrid, 13/11/2009).

⁹² 23/2/2022, https://www.elespanol.com/ciencia/20220223/hombres-mienten-mujeres-estudio-espanol-demuestra/652185179_0.html. Un estudio anterior del Museo de Ciencia de Londres arrojaba igual conclusión, pero escéptico frente al origen del engaño: “Mentir parece una parte inevitable de la naturaleza humana y también un importante elemento de la interacción social” pero no profundiza sobre el origen “si mentir es algo genético, fruto de la evolución o de la educación” (BBC Ciencia, 18/5/2010, https://www.bbc.com/mundo/cultura_sociedad/2010/05/100518_hombres_mentiras_mujeres_az).

⁹³ “Cuando la oportunidad de decir una mentira llega por sorpresa, en la primera ocasión, los hombres mienten más que las mujeres. Cuando es posible planificar, las femeninas dicen más mentiras en la primera ocasión que cuando no es posible planificar... Estas observaciones pueden interpretarse en términos de las diferencias de género en el comportamiento moral consistente frente al compensatorio” (Subhasish M. CHOWDHURY - Joo Young JEON - Chulyoung KIM - Sang-Hyun KIM, “*Gender Differences in Repeated Dishonest Behavior: Experimental Evidence*” en RAINER-BORTOLOTTI-BERGER, *Experiments on Dishonesty in Strategic Interactions*, Universidades de Bath y de Reading (UK) y Yonsei (Corea), 21/5/2021, <https://www.mdpi.com/2073-4336/12/2/44>).

⁹⁴ “Es el precio a pagar por gobernarnos mediante reglas que es condición del Estado de derecho”, dice Jordi FERRER BELTRÁN. No compartimos, porque el problema no radica en la existencia de reglas, sino cuando éstas terminan siendo inadecuadas o contraproducentes, muchas veces producto del reglamentarismo excesivo común en países de tradición o herencia cultural inquisitiva. El mismo autor reconoce que “siempre será posible encontrar un caso individual subsumible en esa regla general que tenga una combinación de propiedades para la que hubiésemos preferido no aplicar la regla y a la inversa” o que “una proliferación excesiva de estándares de prueba diversos puede producir muchas dificultades de gestión y acabar produciendo confusión”; por lo que “es recomendable que el legislador se dote de un abanico de estándares de prueba no tan variados como para resultar confuso e ingestionable, pero no tan pequeño como para no permitir distinguir distribuciones de riesgo diversas” (FERRER BELTRÁN, *Prueba sin convicción*, pp. 205/206). En dicha obra cita doce estándares o umbrales probatorios distintos propuestos GONZÁLEZ LAGIER y que, salvo algún matiz, el primer autor comparte. El problema de aplicación no

jurados populares⁹⁵, sobre todo en los sistemas híbridos en que deben dar fundamentos de la decisión.

Y no vaya a creerse que por legislar estándares se va a terminar con la discrecionalidad o arbitrariedad del juez en aplicar varas probatorias distintas según el caso⁹⁶; por el contrario, a esos casos –controlables con el sistema recursivo– se le sumarían los previstos en la ley, y la reducción de la exigencia probatoria aumentaría cuantitativamente. Si los tribunales, sin permiso legal, bajan la vara probatoria en ciertos casos, qué cabe esperar si tuvieran una ley que blanqueara esa distorsión.

IX. ESTÁNDARES PROBATORIOS MENORES EN REQUERIMIENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

La fijación de umbrales probatorios reducidos está ampliamente aceptada para decisiones diferentes y anteriores a una condena

se agota en la cantidad. FERRER BELTRÁN señala que se pueden cumplir en mayor o menor medida, no son cuantificables, todos son graduables y encima admiten variantes (exigir el cumplimiento de un número mínimo o establecer un cierto subconjunto de criterios); reconociendo que “estas estrategias enfrentan serios problemas, puesto que, en realidad, nada permite suponer que una hipótesis que satisfaga en algún grado un determinado número de los criterios tenga un nivel de corroboración mayor que otro que satisfaga un menor número” (ibidem, pp. 38 y 39)

⁹⁵ Dice LAUDAN que el reto de sustituir un estándar subjetivo por otro objetivo. “la verdadera reforma”, consiste en encontrar un EdP que simultáneamente sea lo suficientemente claro y conciso como para que los miembros del jurado puedan comprenderlo y aplicarlo; y objetivo (que haga referencia explícita a la estructura de las pruebas que deben ofrecer las partes en lugar de depender de las corazonadas subjetivas del juzgador y que incorpore el contrato social en lo referente al valor aceptable para la proporción de absoluciones verdaderas contra condenas falsas): “pese a que no sabemos si habría un EdP que cubra con estos requerimientos...no podemos considerar ninguna de ellas como estándar adecuado hasta que no contemos confirmación empírica mucho más significativa sobre la frecuencia en que se producen errores” (Verdad, error y proceso penal, p. 120 y 135).

⁹⁶ Jordi FERRER BELTRÁN señala que no hay respuestas teóricas, sino que se trata de una cuestión de preferencias políticas en cada sociedad y en cada momento; por eso cuando la ley procesal, como la española, sólo dice que el juez valorará la prueba en conciencia, no fija ninguna exigencia, entonces, la decisión de adoptar estándares diferenciados es mejor tomarla políticamente, porque si no, lo hacen los jueces sin decirnos qué estándar utilizaron (Prolegómenos, cit.).

penal (p. ej., imputación, acusación, coerción) o materias de otra naturaleza⁹⁷, sea que se vinculen o no con la cuestión penal (p. ej., la reparación del daño causado por el delito). También resultan sensatos en la actuación de partes, aún a aquellas a las que se les exige objetividad, como es el fiscal en muchos sistemas legales.

El representante del Ministerio Público debe pedir condena cuando esté convencido de la culpabilidad del acusado y en condiciones de poder demostrarlo. Para lograrlo deberá trasladar su convencimiento al Tribunal, mediante los argumentos persuasivos y las razones fundadas en pruebas y derecho que acrediten con certeza la acusación y refuten la hipótesis contraria que le oponga la defensa.

“Si para pedir la elevación a juicio y ordenarla, se requieren pruebas que muestren como probable la responsabilidad penal del imputado; si *para pedir la condena del acusado, y para condenarlo, se requieren pruebas que proporcionen certeza sobre aquélla, en la hipótesis de que* el fiscal crea que no concurren probanzas de tal eficacia conviccional, *no podrá requerir*, respectivamente, ni el juicio *ni la condena*; en igual situación el tribunal no podrá, respectivamente, ni elevar a juicio la causa, ni condenar al acusado”⁹⁸.

⁹⁷ “Se asumen, claramente que los costes de los errores en uno y otro tipo de procesos son muy diversos y por ello requieren estándares de prueba también diferentes” (VÁZQUEZ, Carmen, Estándares de prueba y prueba científica, p. 15).

⁹⁸ Cafferata Nores, Jose, “*Ministerio Público Fiscal: perfil funcional, situación institucional y persecución penal*” en Cuestiones actuales sobre el proceso penal (3ª ed. Del Puerto, Bs. As., 2000). No obstante postula la necesidad- por varias razones que explica- de *revisar los alcances de la objetividad total del fiscal* en su actuación, señalando que “quizá el punto en donde más se deba acentuar este re-examen, sea el de la *influencia que, en sus dictámenes y conclusiones, debe tener el principio in dubio pro reo (especialmente en su pedido de absolución al finalizar el debate*” que, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, impide condenar al tribunal de juicio), frente al cual muchos ubican al Fiscal del juicio en la misma situación en que los jueces se encuentran frente a tal principio, aspecto que le impediría a aquel funcionario requirente pedir la condena del acusado, aún cuando se hubiese mantenido la eficacia conviccional de la prueba que fundó la acusación originaria, si al cabo del debate este funcionario careciera de la certeza total de la culpa de aquél.

Si el sistema normativo exige la firme convicción de culpabilidad para destruir el principio de inocencia, el acusador público no puede descolgarse de ese andamiaje para actuar por fuera de lo que manda la ley ni propiciar una solución al margen del marco constitucional y de legalidad; “simplemente” debe pedir la absolución⁹⁹, lo que no siempre es “simple” (valga el juego de palabras). De lo contrario, el fiscal pretendería una pena creyendo que no están dadas las condiciones legales para su imposición.

Por eso no compartimos que se obligue a los fiscales a sostener acusaciones en contra del “*in dubio pro reo*”¹⁰⁰. Resulta incompatible con el principio de objetividad¹⁰¹, y hasta

⁹⁹ La Procuración General de la Nación Argentina ha respaldado esta concepción. Así, en oportunidad de archivar una denuncia formulada contra un fiscal por haber pedido la absolución en el juicio, siendo que antes había requerido la elevación a juicio, el jefe de los fiscales avalló al inferior (Res. MP 08, 20/2/2003): a) El Ministerio Público no puede tener la carga de acreditar los hechos fundamentales de la acusación, por cuanto su interés (del Estado) no es de condena sino de justicia y, por lo tanto, si la absolución es justa, con ella satisface su interés” (CLARÍA OLMEDO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, I p. 486). b) Como se citara oportunamente a través de la Res. MP 39/99, “El Fiscal de Cámara no está obligado por el dictamen o el auto de elevación a juicio ni por las opiniones que hubiera emitido con anterioridad en la causa, sino que tiene libertad para apreciar los resultados del debate. Puede acusar o pedir la absolución del acusado o puede variar la calificación del hecho contenido en la acusación” (NÚÑEZ, Ricardo, Código Procesal Penal de Córdoba, p. 364). c) Guía a los fiscales en su labor, únicamente el cumplimiento de la ley y la realización de la justicia. Si no tienen certeza no pueden ni deben acusar pues los intereses generales de la sociedad que representan, conforme el art. 120 de la CN, no solo los llevan a promover e impulsar la persecución de las personas que presuntamente delinquen, sino a evitar que se castigue a quien cuya culpabilidad en un hecho delictuoso no puede probarse acabadamente.

¹⁰⁰ El Ministerio Público Fiscal de Río Negro, Argentina, instruyó a los fiscales: “en los pedidos de absolución en los debates, deberán fundamentar sus conclusiones finales en la **certeza negativa**, esto es, que de la prueba producida en el debate e incorporada al juicio deberá surgir -contundentemente- que el hecho no existió, que no es un hecho ilícito o que no ha sido cometido por el acusado. Estándoles vedado invocar la duda, en tanto la misma resulta un estado intelectual de patrimonio exclusivo del juzgador, que en el acto sentencial ponderará y -ante su existencia- resolverá conforme el art. 4º del C.P.P.” (Instrucción General Resolución N° 3, 29/7/2009).

¹⁰¹ “Los fiscales deben ser objetivos en el cumplimiento de su función y sujetarse estrictamente a la ley, por lo

cuestionable en sistemas donde el fiscal es visto como un acusador “*á outrance*”¹⁰². Sentar en el banquillo a acusados en casos dudosos y pedir condena con sin pruebas suficientes de la culpabilidad no parece lo más sensato ni la mejor política de persecución de un Ministerio Público. Desde lo institucional, corre el riesgo de socavar la credibilidad y seriedad de la función del organismo; y en sus funcionarios puede estimular a fiscales a que acusen con ligereza. Habilitarlos a pedir condena con dudas tal vez pueda servirles para quedar bien con el clamor popular, la opinión pública, los medios o la tribuna, o bien para “pasarle la pelota al Tribunal”, pero no es serio ni responsable y no contribuye a un trabajo de calidad. Si solicita condena blanqueando que existe duda (ni siquiera probabilidad), su pedido será débil y no fundado en derecho. Y si lo hace fingiendo una certeza que no tiene, ingresará, además, en el terreno de la hipocresía y la deshonestidad.

que cuando no encuentran reunidos los extremos necesarios para solicitar una condena o promover un juicio, deben pedir la absolución o el sobreseimiento” (CSJN., 10/04/2003, 326:1106, voto de Belluscio). Las Directrices sobre la Función de los Fiscales de la ONU señalan que “deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal” -N° 13-. “No iniciarán ni continuarán un procedimiento, o bien harán todo lo posible por interrumpirlo, cuando una investigación imparcial demuestre que la acusación es infundada” -N° 14- (Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1990).

¹⁰² La Corte Suprema Argentina, en un análisis comparado que hizo en Fallos 327:5863 (23/12/2004), citó a la de Estados Unidos en el caso “Berger v. United States” donde sostuvo que “el fiscal debe actuar tanto con imparcialidad como con firmeza, ello en materia criminal implica que en la persecución criminal no siempre el fiscal debe ganar el caso, sino lograr que la justicia sea establecida; y que el fiscal como servidor de la ley tiene una doble función que es que el culpable no escape y que el inocente no sufra (295 U.S. 78, 1935, jurisprudencia reiterada en “Banks v. Dretke, Director, Texas Department of Criminal Justice Correctional Institutions Division”, 24/2/2004; “Srickler v. Greene”, 17/6/1999). También citó que “el fiscal al representar a toda la comunidad, incluye tanto a las víctimas, si las hay, como al imputado, por consiguiente, tiene la obligación de actuar imparcialmente” (Katherine GOLWASSER, “Limiting a Criminal Defendant’s Use of Peremptory Challenges: On Symmetry and The Jury in a Criminal Trial”, 102 Harvard Law Review, 808, p. 831).

Pero, ¿qué ocurre si el fiscal de juicio está actuando en un caso grave, sensible o de gran repercusión, donde el panorama probatorio es fronterizo entre la probabilidad y la certeza?; no sabe si pedir condena o absolución, oscila porque está al límite, un caso *border*. Un defensor de la definición legal de estándares probatorios respondería que esa frontera quedaría bien delimitada si una norma definiera cuando se puede dar por probada una hipótesis; sin embargo, esta regulación no existe.

La referencia precedente a la oscilación del pensamiento entre la probabilidad y la certeza encuentra adecuación en el concepto de una probabilidad en grado superior, aquella que tiene un plus sobre la simple probabilidad. Sería el caso de elementos positivos que no sólo sean cualitativamente superiores a los negativos, sino manifiestamente preponderantes¹⁰³. Una suerte de “probabilidad calificada” como la que exige alguna jurisprudencia para elevar la causa a juicio, constitutiva de un plus sobre la mera probabilidad¹⁰⁴. Estos argumen-

tos refuerzan la afirmación de que el concepto de probabilidad, fruto del caudal probatorio, admite lógicamente grados superiores.

Si el acusador es consciente de esa delgada línea divisoria porque reconoce que resulta discutible o controvertido si su hipótesis ha alcanzado el máximo grado de confirmación, la solución a favor del pedido de condena puede ser razonable, más aún teniendo en cuenta que en el sistema acusatorio el pedido absolutorio fundado es vinculante para el tribunal y en muchos regímenes la conclusión final del fiscal no tiene control de sus superiores. Entonces, cuando el requerimiento es desincriminatorio, limita severamente la discusión del asunto y aumenta el riesgo de una absolución errónea. En casos así, el propio Ministerio Público puede tener un interés en no “atarle las manos” al tribunal y habilitarlo a que dicte una sentencia sobre el fondo, aprovechando las mejores condiciones que le brinda la riqueza propia de la deliberación (más aun, la colegiada) luego de escuchar los alegatos de todas las partes, e inclusive con la eventual participación popular de jurados. No se trata de invocar fingidamente una seguridad sin tenerla; por el contrario, implica sincerar en el alegato la situación límite del caso y sus connotaciones, con la finalidad de provocar un análisis y respuesta jurisdiccional más enriquecida. En tal supuesto, ni siquiera es necesario que explicité que alberga algunas incertidumbres, bastará con que logre transmitir que tiene un caso probado de acuerdo a los estándares que al Ministerio Público lo habilitan a pedir condena¹⁰⁵.

Esta solución a favor del mantenimiento de la acusación no es contradictoria con la regla que le manda al fiscal pedir la absolución cuando no tenga la firme convicción de la

¹⁰³ MAIER habla de “gran probabilidad” (Derecho Procesal Penal, t. 3, ps. 360 y 361). “Probabilidad preponderante” refieren otros autores (VOLK la asocia a “duda irrisoria” –ob. cit. p. 65-). En referencia a la propuesta de Laudan de habilitar un estándar más bajo para “un delito poco grave (*less serious felonies*)” cuya pena eventual fuese leve o deviniese en una mera *probation*, SANCINETTI la critica porque en esos casos menores “también se reduce proporcionalmente el interés del Estado en aplicar esa reacción, dado que el hecho no es especialmente conmovedor para la desestabilización de las normas de conducta fundamentales”; y se pregunta “¿por qué debería relajarse entonces el “estándar probatorio” y, con ello, el valor de la presunción de inocencia?”. A renglón seguido, SANCINETTI agrega: “Cuando Laudan señala que el derecho procesal civil americano se conforma con una mera “*probabilidad preponderante*”, siendo que una indemnización civil puede ser mucho más onerosa que ciertas penas, pasa por alto que las condenas a indemnizar un daño raramente afectan la honra y reputación de una persona, precisamente porque se sabe, por un lado, que el estándar probatorio es objetivamente más bajo, y, por otro, que la indemnización civil puede deberse a razones que no impliquen una reprobación moral” (SANCINETTI, Marcelo, “Testimonio único y principio de la duda”, Indret, Barcelona, julio 2013, p. 5).

¹⁰⁴ CACUS. Córdoba, Argentina, A. N° 3, 13/2/2007, “Chaparro”: “lo que la continuidad que la causa hacia el juicio requiere no es únicamente tal predominio de elementos de cargo por sobre los de descargo, sino también la razonable expectativa de que dicho predominio tendrá al menos una mínima posibilidad de evolucionar luego hacia la certeza positiva, pues esta es la expectativa

central que justifica el juicio oral, sin perjuicio de que él finalmente culmine en una absolución por no haberse logrado tal objetivo”.

¹⁰⁵ “La mera invocación de cualquier incertidumbre acerca de los hechos no impide, per se, obtener razonablemente, a través de un análisis detenido de toda la prueba en conjunto, el grado de convencimiento necesario para formular un pronunciamiento de condena” (dictamen del Procurador General al que adhiere la CSJN., 3/3/2022 en “Rivero”).

culpabilidad, porque precisamente se trata de hipótesis excepcionales en las cuales el convencimiento del acusador oscila entre la probabilidad y la certeza. Minimizar la posibilidad de error cuando el propio fiscal advierta el componente polémico del caso y la solución, puede ser una estrategia legítima de persecución permitida por la naturaleza de la función del actor penal¹⁰⁶, distinta por cierto a la del tribunal. Es la diferencia entre pedir y decidir.

¹⁰⁶ La casación federal de Argentina avaló que el Fiscal pida condena expresando que no tiene certeza pero sí probabilidad, “para casos controvertidos sobre el mantenimiento o el desistimiento de la acción penal, atento a las particulares consecuencias que una decisión puede comportar” cuando “se encuentran seriamente controvertidos elementos de prueba que pudieran resultar dirimientes, es lo prudente -más allá de dejar a salvo la posición personal del fiscal interviniente que indique el deber de objetividad e imparcialidad- mantener la vigencia de la acción penal pública cuya defensa le ha sido confiada como deber institucional; y en consecuencia, sostener la acción a fin de no impedir -por observancia del criterio de la CSJN en “Mostaccio”- que el órgano jurisdiccional pueda expedirse sobre el fondo del asunto” (CFCP, Sala III, Reg. 958, 5/6/2015, “Mansilla”). En la doctrina también se acepta que el Fiscal pueda pedir condena en el juicio con un grado de probabilidad sobre la verdad de la acusación, para no limitar al Tribunal y “frente al silencio de la ley que no le impone conducta alguna pues no le tarifa el valor de su falta de certeza al momento de emitir sus conclusiones finales” (FRASCAROLI, M. Susana, “¿Debe ser vinculante para el tribunal de juicio el pedido fiscal de absolución fundado en el *in dubio pro reo*?”, en CAFFERATA NORES, José I., Ejercicio concreto del poder penal, Mediterránea, Córdoba, 2006, pp. 141 y ss.). Argumenta la autora que “*si el fiscal del juicio, luego de recibida toda la prueba en forma oral y pública, considera que el mérito de probabilidad sobre la culpa del acusado que dio pie a la acusación ha sido corroborado en el debate, no debería solicitar la absolución del acusado*”; pero “*su deber de objetividad sí le impediría, en cambio, requerir condena en caso que la prueba recibida durante*

X. CONCLUSIONES

Estándares probatorios menores pueden ser admitidos en materias de naturaleza extra penal, para las postulaciones de las partes, para resoluciones del proceso favorables al imputado o provisorias. No son de recibo para la condena penal, porque violan el principio de inocencia y una de sus más importantes derivaciones: el *in dubio pro reo*.

El derecho penal constitucional no recepta el *in dubio pro accusatio*, o *pro poena*.

el debate no le resultara suficiente para mantener dicho estado espiritual de probabilidad: o sea, en los casos de duda, improbabilidad o certeza negativa”, aclarando que tampoco propugna que el fiscal oculte o no valore pruebas, ni que afirme como evidente lo que claramente no existe o es patentemente dudoso (idem, p. 151). Cornejo opina que “*si el fiscal, luego del debate, al ponderar la prueba producida, arribase a la probabilidad e incluso, a la duda-, en atención a los principios que regulan su actuación en el proceso precedentemente destacados, deberá mantener la acusación, habilitando de esta manera lo jurisdicción del tribunal de juicio*” (CORNEJO, Roberto I., “El control de legalidad del requerimiento fiscal de absolución” en Ejercicio concreto del poder penal, pp. 109 y ss.; también a favor del pedido fiscal de condena con dudas, ROJAS MORESI, Juan J., “Con las manos atadas”, La Voz del Interior, Córdoba, 21/8/2005; MONTERO, Jorge, “La duda es para los jueces”, La Voz del Interior, Córdoba, 25/9/2005). En contra de requerir condena sin certeza parece inclinarse BINDER, cuando dice que “*los acusadores tienen a su disposición todos los elementos para introducir información en el juicio, y un correcto uso de las inferencias probatorias le permiten fundar la acusación...y si no pueden hacerlo, las opciones constitucionales son claras y la absolución ineludible, sea cual fuere el costo político-criminal, en particular cuando la falta de condena es el resultado de la insuficiencia probatoria, por más grado de sospecha que exista*” (ob. cit., p. 269). Decimos “parece inclinarse” porque no queda claro si la “absolución ineludible” a la que se refiere es sólo para la sentencia, o también para el alegato fiscal.

