



Del peso *keynesiano* de la prueba en la sentencia penal

¿Solo probabilidad o probabilidad y algo más?

On the Keynesian weight of evidence in criminal sentencing

Just probability or probability and something else?

Julián Farina Balbi

Abogado egresado de la UNLP. Especialista en Prueba Penal por la Universidad de Castilla-La Mancha. Docente e Investigador en la Universidad del Este. Docente universitario titulado por la UCALP. Instructor en Secretaría Permanente del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires. drfarinabalbi@gmail.com. <https://www.linkedin.com/in/julian-farina-balbi/>.

Recepción: 22/5/2024 | Aprobación: 28/5/2024

Resumen

El presente trabajo aborda la importancia del peso probatorio en la decisión penal sobre los hechos, especialmente si esta debe valorar solo grados de probabilidad o también considerar el peso. Con un ejemplo cotidiano, se plantea la importancia de la cantidad de información respecto al resultado de una decisión. Trasladado al campo penal, se aporta, primero, el concepto *keynesiano* del peso; luego, se argumenta que existe un vínculo necesario entre la justicia de la decisión y la determinación de los hechos verdaderos, objetivo que exige una concepción racionalista de la prueba. También se analizan normas procesales y aportes doctrinarios que destacan la importancia del peso probatorio. En conclusión, se invita a reflexionar sobre el peso probatorio en la práctica judicial.

Palabras clave: peso probatorio; determinación de los hechos; valoración racional; razonamiento probatorio.

Abstract

This paper addresses the importance of evidentiary weight in the criminal decision on the facts, especially if it should only evaluate degrees of probability or also consider the weight. With an everyday example, the importance of the amount of information with respect to the outcome of a decision is discussed. Taken to the criminal field, the Keynesian concept of weight is first introduced. It is then argued that there is a necessary link between the fairness of the decision and the determination of true facts, an objective that requires a rationalistic conception of evidence. Procedural norms and doctrinal contributions that highlight the importance of evidential weight are also analyzed. In conclusion, the paper invites to reflect on the evidentiary weight in judicial practice.

Keywords: *evidentiary weight; determination of facts; rational assessment; evidentiary reasoning.*

Introducción al problema

La problemática del peso keynesiano de la prueba en el marco de la sentencia penal puede reflejarse desde un ejemplo de la vida real. Pensemos una situación que nos compele a tomar una decisión importante, una que debe tomarse en un tiempo limitado y con consecuencias sensibles, pero que indefectiblemente nos enfrenta con un escenario de incertidumbre, es decir que la decisión final no podrá garantizarnos certezas absolutas.

Pensemos en la elección de una silla de seguridad para que nuestros hijos puedan viajar en el automóvil familiar. Esta es una decisión sumamente trascendental de acuerdo a los intereses que protege (seguridad del niño), y el objetivo final es dar con aquella que sea *la más segura del mercado*¹. En ese sentido, comenzamos a buscar información (investigar) y procesar los datos a los que accedemos (valoración) con miras a alcanzar el objetivo, hacernos de la silla más segura que esté disponible. Rápidamente contamos con algunos testimonios: un amigo que nos recomienda la silla «a»; un familiar que sufrió un accidente y le funcionó muy bien la silla «b»; un comerciante que afirma igual seguridad para todas. Luego, desde el sitio web de los fabricantes de sillas «a» y «b», accedemos a informes que se adjudican respectivamente el mayor puntaje en seguridad.

Ante este estado, podríamos optar por tomar la decisión: valorar la credibilidad y confiabilidad de la información que tenemos y establecer algún grado de probabilidad que nos permita inferir *la mayor seguridad* de la silla «a» o de la «b». Sin embargo, vale preguntarse: ¿sería posible que otra información relevante capaz de determinar o influir en la suerte de la decisión esté disponible? Evidentemente que sí. Podríamos acceder con facilidad a resultados de los test de seguridad, a foros de usuarios y a informes de organizaciones vinculadas a la materia. Estos datos podrían confirmar o refutar la información que ya tenemos, así como también introducir otras hipótesis (otras sillas no considera-

¹ El ejercicio propone encontrar la silla más segura sin otra consideración de factores, como precio o diseño.

das). Es decir, surge claramente que existe información disponible que puede afectar de manera sensible el sentido de nuestra decisión.

Esto puede trasladarse fácilmente al campo de la decisión penal: si aceptamos que la condena de una persona es una decisión sumamente trascendental, que debe tomarse con base en la información reunida (pruebas), tendiente hacia un fin determinado y en un tiempo acotado (igual que la compra de una silla de seguridad), entonces es válido reflexionar en el marco del proceso penal sobre la información relevante que, aún disponible, no accedió al proceso de decisión, o, dicho de otro modo, la importancia del peso *keynesiano* de la prueba².

A continuación abordaremos la concepción original del peso en la letra de Keynes. Luego presentaremos algunas particularidades del fenómeno penal y especialmente las características de los sistemas de valoración probatoria, con relación a la influencia que el peso probatorio puede proyectar sobre la corrección y justicia de la decisión.

1. Acercamiento conceptual

El término *peso probatorio* (*evidential weight*) es normalmente atribuido a John Maynard Keynes, quien lo incluye en su teoría de la probabilidad³. El autor concibe la probabilidad como una relación lógica entre premisas y conclusiones sobre proposiciones. La probabilidad se establece racionalmente en atención a los hechos que determinan nuestro conocimiento, y desde allí emana el grado de creencia que resulta racional sostener.

Según Keynes todas las proposiciones son o verdaderas o falsas. Sin embargo, nos referimos a ellas como *ciertas* o *probables* de acuerdo a un cuerpo de conocimiento que se relaciona con ellas, pero no es una característica de las proposiciones en sí mismas (Keynes *et al.*, 2012, pp. 3-4). Vale decir que Keynes «representó la probabilidad como grados de creencia en proposiciones condicionadas al conocimiento existente» (Jacobo, 2021, p. 143). Se evidencia entonces que, en su teoría, destaca la importancia del conjunto de conocimiento al que tenemos acceso en un momento determinado de decisión.

Keynes diferencia dos aspectos de un argumento: la *magnitud de probabilidad* y el *peso*. La magnitud se obtiene del balance entre la evidencia favorable y la desfavorable, mientras que el peso se mide entre el monto absoluto de conocimiento relevante y el de ignorancia relevante. Así, el aumento de evidencias relevantes puede producir la confirmación de una u otra hipótesis, puede apoyar o refutar un argumento; pero en cualquier caso el peso siempre habrá aumentado, ya que tenemos una base más sólida sobre la que

² Se utilizarán en forma indistinta los términos *peso keynesiano de la prueba* y *peso probatorio*.

³ Se atribuye a John Maynard Keynes desde su obra y tesis doctoral *A Treatise on Probability*, publicada en el año 1921. Vale recordar que Keynes, previamente a volcarse a la economía, fue matemático.

apoyar la decisión; «nueva evidencia a veces disminuirá la probabilidad de un argumento, pero siempre aumentará su peso» (Keynes *et al.*, 2012, p. 77)⁴.

Vale decir entonces que el peso probatorio se determina mediante la suma de evidencia tanto favorable como desfavorable respecto de una conclusión. Es una tesis que diferencia e independiza la valoración de un argumento en dos planos: uno es el que mide el balance de las probabilidades, y otro es el que se refiere a la cantidad de evidencias relevantes consideradas para alcanzar esa probabilidad.

Volviendo sobre el ejemplo de la silla de seguridad: una vez valoradas las fuentes omitidas en un inicio (foros, test, etc.), posiblemente las probabilidades en favor de una u otra silla se mantengan intactas (por ejemplo, la más segura sigue siendo la silla «a»). No obstante, a pesar de que ese balance se haya mantenido igual, el peso sí ha aumentado, y, por lo tanto, la conclusión se asienta sobre una base más sólida; es un argumento *más pesado*.

Esta breve presentación conceptual nos permitirá avanzar con los argumentos que siguen, ahora trasladados al campo del proceso penal.

2. Del contexto de la decisión penal

La sentencia penal conforma una *decisión*, unipersonal o colegiada, pero que comparte el significado propio del término como «determinación o resolución que se da en una cosa dudosa» (Real Academia Española, s. f.).

Sin perjuicio de la actividad recursiva prevista en todos los ordenamientos positivos, la sentencia pone punto final a una situación controvertida entre dos soluciones posibles: absolución o condena. El juez en ejercicio del mandato constitucional de administrar justicia resumido en el principio de jurisdicción tiene el deber de dictar una solución al caso, no puede suspender el juicio⁵ ni decretar un *non liquet*, es decir, excusarse bajo el argumento de una cuestión que no está clara (trasladable también a nuestro caso de la silla de seguridad).

Pero la decisión se encaja dentro de un marco más amplio, el del proceso. En tal sentido, este puede verse «como un mecanismo legal destinado a producir tales decisiones» (Taruffo, 2010, p. 219). Desde este enfoque, el proceso penal y la sentencia, en particular, constituyen el reflejo de una determinada voluntad legislativa, especialmente dirigida a regular todas las aristas del fenómeno decisonal (proceso en general); y esta regulación normativa, además, viene inspirada directamente desde la Constitución Nacional, ya que consiste en un desprendimiento normativo de principios y garantías constitucionales del Estado democrático y republicano⁶.

⁴ Traducción propia.

⁵ Aquí se utiliza el término *juicio* como sinónimo de *decisión*, no como etapa procesal.

⁶ Por ejemplo, sería inconstitucional una norma procesal que prescindiera del principio de inocencia o de

En el caso del proceso penal, ese conjunto de particularidades que emanan de la voluntad legislativa está inspirado en las características distintivas del fenómeno penal. Me refiero a las cualidades de los derechos afectados, a la severidad de las consecuencias legítimas para ser impuestas por el Estado, a los mecanismos de aseguramiento del derecho (medidas de coerción), y a la relevancia que el sistema penal presenta en su conjunto como sistema de control social.

De allí que la decisión penal tenga impuestas una serie de restricciones que demarcan tanto su sentido como su forma. La resolución del conflicto penal no puede ser determinada en cualquier sentido ni puede arribarse a ella de cualquier forma. La justicia es el valor supremo que debe abrazar todo el fenómeno decisional⁷.

La sentencia como decisión, en primer lugar, se orienta hacia la determinación de la verdad en cuanto a los hechos penalmente relevantes. Una vez seleccionada de manera correcta la norma que corresponde al caso, será menester verificar si la premisa fáctica o los hechos que la norma describe como condición de aplicación realmente se han manifestado en la realidad.

La declaración de determinados hechos como *probados* implica dos cosas: primero, que esa plataforma fáctica como condición de la norma seleccionada es correcta, que corresponde aplicar esa norma y no otra; segundo, que los hechos referidos son verdaderos, en el sentido de que los enunciados que los describen se corresponden con la realidad⁸.

Estas premisas funcionan como condición necesaria de justicia. Vale decir que la determinación de hechos verdaderos en la decisión penal no es un fin en sí mismo, sino uno instrumental, un fin necesario para alcanzar la justicia de la decisión. Ninguna decisión que se funda en hechos falsos puede ser justa (Taruffo, 2008)⁹.

Asimismo, el lazo entre determinación de hechos verdaderos y justicia en la decisión supone una determinada tasa de corrección socialmente aceptada en la aplicación concreta del poder penal. Solo bajo ese estándar de acierto entre los hechos probados en juicio y la realidad del mundo es que el derecho puede mantener su capacidad motivacional sobre la conducta de los ciudadanos (Ferrer Beltrán, 2022). En un sistema que aplique consecuencias jurídicas (penas) sin ninguna correlación con la conducta que los sujetos realmente manifiestan, existirían muy pocos incentivos para comportarse de acuerdo a la norma, ya que, en todo caso, ese acatamiento resultaría incapaz de prevenir la amenaza de una condena.

juicio previo como requisito legal a la imposición de una pena.

⁷ Importa destacar que el constituyente optó por un sistema de valores rectores, que además se expresan taxativamente en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional, entre los que se destacan la paz, la libertad y la justicia.

⁸ Como veremos luego, esta afirmación no implica un compromiso con una concepción infalible de la decisión penal, más bien importa una tesis teleológica de verdad.

⁹ Lo mismo puede decirse respecto a la aplicación de una norma equivocada sobre hechos ciertos.

Sumado a la orientación de verdad que guía la decisión, otros principios fundamentales también influyen conformando el núcleo del juicio previo constitucional. El principio de inocencia, su correlativo *in dubio pro reo* y la carga probatoria en la acusación determinan la distribución del riesgo de error que enfrenta la decisión, expresando una preferencia por los falsos negativos¹⁰. Pero, además, todo el proceso se encuentra dotado de formalidades que imponen límites al actuar del Estado en el camino a demostrar la verdad de la imputación. Sin embargo, todos de alguna manera dependen de la decisión final, ya que ni aún el más respetuoso de los procesos garantiza nada si luego la decisión puede ser tomada en cualquier sentido.

Entonces cobra aún más importancia la dirección que tiene impuesta la decisión. El único sentido en que el razonamiento sobre los hechos armoniza con el fin de justicia es aquel que se dirige a determinar hechos verdaderos.

Si esto es así, veremos cuál es la forma en la que resulta posible mediante ese juicio previo alcanzar razonablemente la meta de determinar hechos verdaderos, y, en ese sentido, reflexionar sobre el peso keynesiano de la prueba.

3. La determinación racional de los hechos como condición del juicio

La lectura fría de las normas constitucionales podría habilitar una interpretación muy débil del concepto de *juicio previo*, desprendida de esfuerzos racionales para alcanzar la justicia de la decisión. En un duelo a muerte entre denunciante e imputado, podría interpretarse que el sobreviviente —respetuoso del procedimiento— es justo vencedor sobre el abatido.

Sin embargo, esto solo podría muy desprevenidamente asimilarse con la manda constitucional del art. 18 de la Constitución. Desde el grado de desarrollo y conocimiento que la humanidad ha alcanzado, nos parece evidente que ligar la condena o la inocencia de un imputado al resultado de una herida con agua hirviendo¹¹ carece de toda relación con la verdad de los hechos, y, por lo tanto, con la justicia de la decisión.

La forma legitimada para obtener información susceptible de fungir como prueba en el proceso, practicarla y valorarla es determinada por el sistema procesal. Históricamente, como desprendimiento de una determinada filosofía política, han existido distintos modelos procesales que determinan la forma de otorgar valor a las pruebas, tales como

¹⁰ Esto implica una preferencia en la absolución de un culpable por sobre la condena de un inocente, de acuerdo a algún grado probabilístico trazado por el estándar probatorio vigente en un sistema procesal.

¹¹ Esta referencia se basa en una de las ordalías más utilizadas en la Antigüedad, la *judicium aquae ferventis*, mediante la que se debía extraer una piedra o anillo del fondo de un recipiente cargado de agua o plomo caliente, a fin de determinar, sobre la base de la existencia de heridas o prontas sanaciones, la culpabilidad o inocencia del sospechado.

el sistema de *prueba legal* o tasada, el sistema de íntima convicción, y el de sana crítica racional o libertad probatoria¹².

El sistema de libre convicción es una reacción a los resultados indeseables a los que se había arribado mediante el desgobierno jurisprudencial en la aplicación del sistema de prueba legal, por ello liberó al juzgador de todo valor probatorio preestablecido legalmente en busca de retomar el objetivo de alcanzar la verdad de los hechos mediante la práctica probatoria (Nieva Fenoll, 2010).

Este sistema es el que gobierna la gran mayoría de los códigos de nuestra región, como el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (CPPBA), el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) y el nuevo Código Procesal Penal Federal (CPPF), entre muchos otros¹³. Sin embargo, como lo ha denunciado destacada doctrina, ese paso de la prueba legal hacia la libertad del juzgador terminó por crear un equivocado entendimiento del principio, lo cual condujo a una *concepción libérrima* de la valoración probatoria (Gascón Abellán, 2010).

Contundentemente lo denunció Ferrajoli al calificar ese cambio como «una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales» (1989, p. 139). Es que, apartados de las formas más antiguas como la lucha y los juicios de Dios, no todos los sistemas y prácticas irracionales se han presentado de forma abierta, sino que, por el contrario, usualmente se escabullen entre arraigados argumentos y prácticas aceptadas de manera acrítica.

Esta observación plantea preguntarse qué implica adoptar un sistema de libertad probatoria, y se traduce en lo que la doctrina especializada ha llamado *concepción persuasiva* y *concepción racional* de la prueba (Ferrer Beltrán, 2007).

Bajo la primera concepción, se atribuye capacidad justificativa a los estados mentales del juzgador. El grado de seguridad, de confianza o de certeza que experimenta el decisor sobre la verdad de los enunciados fácticos es el que determinará la declaración de hechos probados o no probados.

Del otro lado, la concepción racionalista de la prueba supone una conexión teleológica entre prueba y verdad. El caudal probatorio producido en el juicio resulta un medio de conocimiento para determinar el grado de confirmación que alcanzan las hipótesis bajo las reglas de valoración que impone la epistemología y el conocimiento científico, válidas idénticamente para todo el campo del conocimiento humano.

Sin ahondar en mayores diferencias, la concepción persuasiva de la prueba apoya la justificación de la decisión en el grado de confianza alcanzado subjetivamente por el deci-

¹² Una exhaustiva explicación histórica sobre el desarrollo de los sistemas puede consultarse en Nieva Fenoll (2010).

¹³ Por ejemplo el Código Procesal Penal de Río Negro, art. 374; el Código Procesal Penal de Santa Fe, art. 161; el Código Procesal Penal de Neuquén, art. 21.

sor. En cambio, la concepción racionalista desecha toda importancia a esos estados mentales; las creencias del juzgador son absolutamente indiferentes, lo que detenta capacidad justificativa para la decisión es el grado de apoyo o confirmación que objetivamente aportan las pruebas a las hipótesis en crisis¹⁴.

Si bien la gran mayoría de los códigos procesales de la actualidad adoptan el sistema de sana crítica racional, lo cierto es que esta metodología solo puede aportar a la configuración de un sistema de valoración bajo criterios de racionalidad, un conjunto de criterios válidos para otorgar valor a la prueba rendida. Se corresponde con un método de valoración probatoria que exige que las conclusiones a las que se llegue «sean el fruto razonado de las pruebas en que se apoye [bajo] las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano» (Cafferata Nores y García, 2003, p. 47); implica la utilización rigurosa de los principios de la lógica y la consideración de la variable experiencia humana (Couture, 1958).

Vale destacar que la jurisprudencia pacíficamente se ha ido inclinando hacia esta opción que coloca a *la racionalidad* como requisito de la decisión¹⁵. En ese lineamiento, la Corte Suprema expresó lo siguiente:

Se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que esta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado (CSJN. causa C. 1757. XL)

También la mayoría de la doctrina especializada rechaza la concepción persuasiva (Ferrer Beltrán, 2007, 2021; González Lagier, 2005; Schiavo, 2016; Taruffo, 2005), calificando su subjetivismo extremo como «más que actividad racional, un momento místico» (Ibáñez, 1992, p. 280).

Esta corriente académica acepta un conjunto de postulados fundamentales que ha sido llamado por Accatino *la arena común de la tesis racionalista*, de los que cabe destacar dos: la asunción de una postura falibilista, en sentido de aceptar solo la posibilidad de un conocimiento probabilístico sobre los hechos; y la valoración probatoria como un caso especial de la justificación epistémica (Accatino, 2019).

Entonces, si la lectura que corresponde efectuar del principio de libertad probatoria es el que circunscribe la actividad de valoración a los principios de racionalidad gobernantes en los campos del conocimiento humano actual, regido por los criterios de justificación

¹⁴ Cf. un estudio pormenorizado de las distintas manifestaciones de cada concepción en Ferrer Beltrán (2021).

¹⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en sentido similar al momento de identificar los requisitos que la motivación de la sentencia de condena debe observar para no ser tachada de arbitraria. En ese sentido, cf. «Apitz Barbera y otros v. Venezuela» del 5/8/08; «López Mendoza v. Venezuela» del 1/9/11 y «Tristán Donoso v. Panamá» del 27/1/09.

epistémica generales, y el único conocimiento alcanzable es un relativo de tipo probabilístico, entonces vale preguntarse por el papel que en ese marco le cabe al peso keynesiano de la prueba.

4. Aportes y propuestas sobre el peso probatorio. ¿La decisión sobre los hechos solo debe medir grados de probabilidad?

Producido el juicio oral, el tribunal valora la prueba y determina si la imputación logra superar el estándar probatorio exigido. En ese camino, ¿solo debe medir las probabilidades que arrojan las pruebas producidas?, ¿o bien debería considerar y atribuir algún efecto a la prueba relevante no incluida? Para usar la voz de Keynes, ¿debería valorar de alguna manera qué tan pesada es la hipótesis de acusación?

Antes de estas reflexiones, vale recordar que, en el proceso penal, la fiscalía investiga y reúne información relevante para descubrir la verdad del hecho criminal¹⁶, que incluso puede ingresar en espacios resguardados constitucionalmente mediante la previa autorización judicial para hacerse de evidencias¹⁷, y que esa investigación además no puede dirigirse de cualquier forma, sino que debe guiarse en forma objetiva sin esconder evidencia favorable a la defensa¹⁸.

Rendida la prueba en el debate, la acusación carga con la obligación de alcanzar un elevado estándar de prueba para derrumbar el principio de inocencia¹⁹; de lo contrario, el principio *in dubio pro reo* impone la absolución.

En consecuencia, las partes no tienen la misma vinculación ni con la verdad ni con la carga de ingresar información. Por eso, el legislador otorga recursos materiales y normativos al ministerio público que facilitan el acceso a las evidencias. Todo esto se ensambla perfectamente con el objetivo procesal de determinar hechos verdaderos como condición de justicia, y además, la necesidad de demostrarlos en juicio conforme a un elevado estándar de exigencia. Para ponerlo más claro, si la acusación no contara con todos los recursos que tiene a la mano, tanto humanos como legales, sería un mero montaje exigirle una vinculación con la verdad y su demostración más allá de duda razonable.

Pareciera entonces que el diseño procesal demuestra una vinculación entre verdad de los hechos como objetivo procesal y las atribuciones funcionales a la acusación, destinadas

¹⁶ Ver CPPBA, art. 266 y Ley 12.061, art. 54.

¹⁷ CPPBA, art. 228 y 229, entre muchos otros.

¹⁸ CPPBA, art 338. Vale destacar que el ocultamiento de evidencia favorable a la defensa está sancionado con nulidad y responsabilidad del funcionario.

¹⁹ Sin perjuicio de las discusiones sobre el entendimiento y alcance que cabe otorgarle al estándar «más allá de duda razonable» —cuestión, por cierto, no saldada—, existe aceptación pacífica en cuanto a que el umbral de suficiencia que rige en el proceso penal es el más exigente.

a dotar al escenario decisional de la mayor información posible para descubrir la verdad²⁰. Pero veamos qué aportes ha efectuado la doctrina especializada.

Primero, es importante señalar que existe una aceptación general en identificar la mayor cantidad de información relevante para decidir con el aumento en las probabilidades de acertar en la decisión. En palabras de Ferrer Beltrán, «parece ser un principio epistemológico indiscutible: mientras más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión» (Ferrer Beltrán, 2007, p. 68). En el mismo sentido, se expresan Laudan (2013) y Michael DeKay (1996).

Volviendo sobre los aportes, Ferrer Beltrán coloca el peso probatorio como un componente posible de un estándar de prueba. Defiende la tesis de la necesidad de estándares de prueba objetivos mediante los que solamente sería posible determinar cuándo una hipótesis está suficientemente corroborada para declararla probada. En ese marco, el autor propone modelos de estándares de distintos niveles de exigencia, utilizando el peso para elevarla o reducirla²¹.

Ferrer Beltrán aporta un modelo teórico de estándares; confecciona una especie de menú conceptual para el legislador al momento de diseñar la norma. Pero es destacable que el autor citado considera al peso keynesiano como un factor incluíble en el estándar de prueba, de manera que, de no abastecerse la decisión con la cantidad necesaria de información, conllevaría el rechazo de la hipótesis en crisis, independientemente del resultado probabilístico.

Ho Hock Lai también vincula peso y estándares. Sostiene que los estándares de prueba deben concebirse como grados de caución, y que, en ese sentido, en el proceso penal, el determinador de los hechos (jurado) debe cumplir un requisito de cautela, un deber de protección sobre el imputado derivado del riesgo de condenar a un inocente.

Se basa en diferenciar dos tipos de creencias: las creencias parciales y las creencias categóricas: las primeras implican el compromiso con un grado probabilístico en la verdad de un enunciado; las segundas conllevan un compromiso con la verdad de la proposición. Solo las segundas, las del tipo «S es de hecho culpable», son las que corresponden al juicio sobre los hechos (Ho, 2008).

De allí Ho justifica una creencia categórica solo bajo la exhaustividad de las pruebas. En la medida en que existan pruebas relevantes sin cotejar, entonces no sería atendible profesar la creencia correspondiente (la categórica) para la sentencia:

²⁰ Existen, obviamente, limitaciones propias del conocimiento humano y de las características naturales de un hecho del pasado, así como también reglas jurídicas que pueden limitar el ingreso de información relevante por distintos motivos. Por ejemplo, la violación de garantías en la adquisición de la información.

²¹ El autor utiliza el término *lagunas probatorias* para hacer referencia a los elementos probatorios que se esperaría que estén disponibles para la decisión de acuerdo a la naturaleza del caso y, sin embargo, están ausentes. Asimismo, que, a medida que existen mayores lagunas probatorias, menor es el peso de la decisión.

Si el juzgador de los hechos es consciente de que las pruebas disponibles aducidas en apoyo de una hipótesis son significativamente incompletas, de que aún se le ocultan demasiadas cosas relevantes, de que existe una posibilidad significativa de que haya una explicación mejor para el acontecimiento en cuestión, no estaría justificado que creyera que la hipótesis es cierta. (Ho, 2008, p. 167)²²

También los profesores Davidson y Patterger sitúan la decisión sobre el peso en manos del juez de los hechos integrando el estándar de prueba. Explican que el jurado, al momento de valorar el cumplimiento del estándar de prueba, debe abordar tres cuestiones independientes: la probabilidad que arrojan las evidencias, su credibilidad y su fuerza o calidad (Davidson y Pargetter, 1987).

Conciben una noción de *estándar de prueba* fluctuante, acorde a la gravedad de los cargos y las consecuencias jurídicas aplicables. Así, colocan en manos del jurado la valoración de las pruebas faltantes sobre la base de dos términos: qué tan probable es que existan y qué tan sensibles serían al juicio probabilístico. Desde allí sostienen que, para superar la duda razonable, el juicio, además de ser de una alta probabilidad, debe ser también altamente resiliente (Davidson y Pargetter, 1987).

Otros consideran el peso probatorio como criterio de justificación o de apoyo epistémico. González Lagier señala un conjunto de criterios epistémicos para valorar la solidez y confiabilidad de hechos probatorios, generalizaciones conectoras e hipótesis del caso; y aunque no utiliza el término *peso probatorio*, enfatiza el papel que juega tanto la cantidad como la variedad de hechos probatorios que soportan una hipótesis (González Lagier, 2005).

En sentido similar, Gascón Abellán explica que, para probar una hipótesis, esta debe abastecer los requisitos de confirmación y no refutación; esto es, que se cumplan estas dos proposiciones: «las pruebas disponibles no se hallan en contradicción» y «[se pueden] explicar las pruebas disponibles porque existe un nexo causal entre aquella y estas» (Gascón Abellán, 2010, p. 196).

Estas nociones muestran una relación fuerte entre grado de corroboración (ya sea sobre un hecho probatorio individual o una hipótesis general) y cantidad de evidencia disponible cotejada.

Finalmente, otra concepción es la sostenida por el profesor Dale Nance. En especial sobre el sistema de jurados de los Estados Unidos, determina que la cuestión referida al peso debe necesariamente ser atendida por el juez técnico, antes del juicio, para que, una vez llegada la etapa de debate, el determinador de los hechos solo se ocupe de trazar probabilidades sobre la base de la evidencia producida, y no de detectar posibles pruebas faltantes.

²² Traducción propia.

Nance defiende una tesis que exige, para el avance del caso a la etapa de juicio, una optimización práctica del peso probatorio, entendida como un grado de exigencia sobre la cantidad de pruebas relevantes dependiente de la situación concreta del caso. Esto implica sopesar las evidencias disponibles, el coste de su adquisición, y el tiempo, respecto de los hipotéticos resultados probatorios. Sostiene que la optimización probatoria produce un incremento de los resultados esperados para las decisiones (Nance, 2016).

Para lograr este objetivo, el autor determina que abrir la etapa de juicio requiere como condición necesaria previa contar con un peso probatorio optimizado, tarea cuya verificación concierne al juez técnico²³ (carga de producción), mientras que la posterior valoración probabilística, el balance de probabilidades que llama *el poder discriminatorio de las pruebas*, es determinado por el jurado (carga de persuasión) (Nance, 2016).

Conclusiones

Desde el ejemplo presentado al inicio, ha quedado evidenciado que las decisiones tomadas en contextos de incertidumbre son afectadas por dos campos independientes: uno es el balance de probabilidades, y otro corresponde al peso del argumento o conclusión. Esta intuición se condice con la definición aportada originalmente por Keynes.

Luego, trasladada la reflexión sobre esos campos independientes (probabilidad y peso) al ámbito de la decisión fáctica del fuero penal, se expusieron las particularidades que reviste el proceso penal respecto de sus fines, medios y derechos afectados, y se destacó un importante vínculo entre la justicia de la decisión y la determinación de hechos verdaderos en la sentencia.

Sobre esta conexión, se mostraron dos concepciones probatorias antagónicas, una persuasiva y una racionalista; la última resulta ser la única capaz de brindar garantías respecto a la correspondencia entre hechos probados y la realidad del mundo.

De ahí se sigue que la única manera de respetar el objetivo de justicia que persigue el proceso es por intermedio de la declaración de hechos probados que se correspondan con los realmente ocurridos en la realidad, y que esta tarea solo puede lograrse racionalmente bajo una concepción probatoria que se apoye en los grados de confirmación que aportan las pruebas, y no en los niveles de confianza subjetiva del juzgador.

Luego se expusieron los aportes de algunos autores destacados en la materia, mediante los que quedó cristalizada la importancia del peso probatorio sobre la corrección de las decisiones fácticas, ya sea como criterio de justificación, como elemento integrante de un

²³ El autor sostiene que el juez se encuentra en una mejor situación institucional para favorecer, desde su contacto con las partes previo al juicio, la optimización del peso; el jurado, en cambio, se encuentra altamente restringido de efectuar sugerencias o preguntas, viéndose compelido a decidir con la evidencia producida.

estándar de prueba, o como exigencia sobre el conjunto probatorio para avanzar a la etapa de juicio.

En el plano normativo, desde algunos preceptos del CPPBA y de la Ley 12.061, se patentiza una estrecha vinculación entre los objetivos de verdad perseguidos por el proceso, y las prerrogativas y obligaciones que el legislador impone a la acusación. Especialmente queda evidenciado el interés del legislador por contar al momento de la decisión con escenarios de información relevante capaces de lograr los objetivos del proceso: otra vez, la determinación de hechos verdaderos.

Como consecuencia de lo expuesto, cabe preguntarnos: ¿Cómo estamos manejando, de hecho, el peso keynesiano de la prueba en las decisiones reales? ¿Dan cuenta las sentencias penales realmente sobre la exhaustividad de las pruebas que se han traído al debate? Y, en todo caso, ¿otorgan alguna consecuencia concreta a la cantidad de prueba disponible no aportada por el ministerio público? ¿O, por el contrario, se realiza un juicio general de probabilidades que puede o no considerar la prueba omitida? Si esto es así, ¿cuál es el rigor que se atribuye a la obligación del ministerio público de demostrar la verdad de los hechos?

Sobre todo, si al igual que con el ejemplo de la silla de seguridad nos parece razonable que la prueba omitida podría variar nuestra estimación probabilística, entonces, si nos tomamos en serio la justicia de la decisión, ¿es posible decidir solamente con base en probabilidades sin examinar previamente si contamos con un peso probatorio optimizado?

Volviendo sobre el título, del conjunto de las relaciones estudiadas en este trabajo, queda evidenciado que, mientras la justicia de la decisión permanezca con un objetivo deseado, no es posible acotar la decisión como valoración probabilística ante la prueba rendida, sino que es necesario considerar también el peso probatorio, la cantidad de prueba relevante aportada al juicio respecto de la disponible.

Después de todo, no es solo una cuestión académica, sino que, en el fondo, se esconden, como siempre, decisiones políticas, y esta nos interpela a pronunciarnos sobre qué tanto nos preocupa como sociedad la justicia de la decisión penal.

Referencias

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora? *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 39. <https://doi.org/10.4000/revus.5559>
- Cafferata Nores, J. I. y García, G. (2003). *La prueba en el proceso penal con especial referencia a la Ley 23.984* (5.ª ed). LexisNexis Depalma.

Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires [CPPBA]. Ley 11.922 del año 1996. Artículo 210. Promulgada 23-01-1997 (Argentina).

Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (3.^a ed.). Depalma.

Davidson, B. & Pargetter, R. (1987). Guilt beyond reasonable doubt. *Australasian Journal of Philosophy*, 65(2), 182-187. <https://doi.org/10.1080/00048408712342861>

DeKay, M. L. (1996). The Difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof. *Law & Social Inquiry*, 21(01), 95-132. <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.1996.tb00013.x>

Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta.

Ferrer Beltrán, J. (Ed.) (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2.^a ed). Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (Coord.) (2022). *Manual de Razonamiento Probatorio*. Suprema Corte de la Nación de México.

Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

González Lagier, D. (2005). *Quaestio facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra-Temis.

Ho, H. L. (2008). *A philosophy of evidence law: Justice in the search for truth*. Oxford University Press.

Ibáñez, P. A. (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (12), 257-299. <https://doi.org/10.14198/DOXA1992.12.08>

Jacobo, J. E. (2021). Probabilidad e incertidumbre en Keynes. Una revisión de tipo bayesiano. *Revista de Economía Institucional*, 23(45), 137-162. <https://doi.org/10.18601/01245996.v23n45.07>

Keynes, J. M., Johnson, E. S. & Moggridge, D. E. (2012). *The collected writings of John Maynard Keynes*. Cambridge University Press for the Royal Economic Society.

Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Marcial Pons.

Nance, D. A. (2016). *The burdens of proof: Discriminatory power, weight of evidence, and tenacity of belief*. Cambridge University Press.

Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Real Academia Española (s. f.). *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.), [versión 23.7 en línea]. <https://dle.rae.es>

Schiavo, N. (2016). *Valoración racional de la prueba en materia penal* (2.^a ed. act. y ampl.). Hammurabi.

Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. Causa C. 1757. XL. «Casal Matías Eugenio y otros/robo simple en grado de tentativa», sent. de 20-09-2005.

Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos* (J. Ferrer Beltrán, Trad.; 2.^a ed.). Trotta.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons, Ediciones J.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos* (D. Accatino Scagliotti, Trad.). Marcial Pons.