

Sobre la legitimidad del estándar de prueba en el proceso penal

On the Legitimacy of the Standard of Proof in Criminal Proceedings

Tomás Agustín Céspedes

Autor:

Tomás Agustín Céspedes
Universidad Nacional de Córdoba-CONICET,
Argentina
tomas_cespedes@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-6522-9218>

Recibido: 6-5-2020

Aceptado: 26-10-2020

Citar como:

Céspedes, Tomás Agustín, (2021). Sobre la legitimidad del estándar de prueba en el proceso penal Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 44, pp. 233-261. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.10>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Tomás Agustín Céspedes

Resumen

En el presente trabajo se pretende realizar una defensa liberal de los estándares de prueba exigentes utilizados para el dictado de sentencias condenatorias en los procesos criminales. Se realiza una crítica a la posición utilitarista en la materia sostenida por Larry LAUDAN y se sostiene, siguiendo a Ronald DWORKIN, que para ser legítimos, los estándares de prueba deben otorgar la importancia debida al riesgo del daño moral que podríamos causarle a un inocente al condenarlo erróneamente, como así también realizar una ponderación coherente de la magnitud del daño moral que la comunidad política le asigna a casos análogos. Por último, se analizan las implicancias que la postura defendida tiene en el ámbito del derecho constitucional en general, y del ordenamiento jurídico argentino en particular.

Palabras clave: estándar; prueba; liberalismo; legitimidad; utilitarismo; derechos.

Abstract

The aim of this paper is to provide liberal reasons to support the tentative exacting standards used for the passing of guilty verdicts for criminal procedures. A critique is hereby made of the utilitarian approach to the matter supported by Larry LAUDAN, and it is argued, following Ronald DWORKIN, that in order to be legitimate, due attention to the risk of moral harm that might be caused to a mistakenly convicted innocent has to be given by exacting standards, and a consistent weighting of the importance of moral harm assigned by the political community to analogous instances. Finally, implications of the approach taken in the field of constitutional law in general and in the field of the Argentine legal system in particular are analyzed.

Keywords: standar; proof; liberalism; legitimacy; utilitarianism; rights.

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, el concepto de estándar de prueba constituye un elemento central en el razonamiento probatorio. Este establece el grado de confirmación que debe presentar una hipótesis para poder ser aceptada como verdadera en un proceso judicial determinado. Además de esta vital función, los estándares de prueba suponen el más importante punto de conexión entre la epistemología jurídica y la moralidad política: mientras que la epistemología nos indica los medios adecuados para acercarnos a la verdad, el grado de confirmación de una hipótesis fáctica, etc., es función de la moralidad política determinar *cuál* es el grado de exigencia que el estándar debe presentar en base a los diversos intereses que se encuentren en juego. La importancia de la epistemología jurídica es alta pero, al mismo tiempo, presenta límites infranqueables. Si queremos saber cuál es el estándar de prueba *legítimo* para un determinado procedimiento, debemos necesariamente valernos de consideraciones de carácter moral.

El presente trabajo tendrá dos objetivos: en primer lugar, se procurará determinar cuál es el estándar de prueba legítimo en materia penal, particularmente, el grado de exigencia que debe presentar el estándar de prueba para que la pena impuesta pueda ser considerada legítima. En segundo lugar, y de manera accesoria, se intentará determinar a qué tipo de estándar de prueba tienen derecho las personas que son sometidas a un proceso penal bajo las normas del ordenamiento jurídico argentino. Por supuesto, el hecho de que ambas cuestiones sean vistas como asuntos aislados, o relacionados entre sí, dependerá de la concepción del derecho que se considere correcta.

La Sección I del presente trabajo girará en torno al concepto de estándar de prueba: se buscará dar una definición, al tiempo de analizar los dos estándares de prueba dominantes tanto en el ordenamiento jurídico norteamericano como argentino. Se hará hincapié en el carácter impreciso de dichos estándares y su procurará encontrar otras alternativas que permitan un control racional en su aplicación. En la Sección II, se analizará la crítica a la legitimidad del estándar del *más allá de toda duda razonable* realizada por Larry LAUDAN. En la Sección III se procurará realizar una defensa liberal del derecho de las personas a ser juzgadas en base a un estándar de prueba exigente y riguroso en materia penal. Se utilizará a estos fines los principios liberales sostenidos por Carlos S. NINO en su obra *Ética y derechos humanos*. En la Sección IV, se analizará la legitimidad del estándar de prueba en materia penal a la luz de la teoría de Ronald DWORKIN. En la Sección V, bajo la óptica de una concepción interpretativista del derecho, y teniendo en cuenta las consideraciones de moralidad política realizadas en las secciones previas, se procurará determinar el tipo de estándar de prueba al que tienen derecho los acusados de haber cometido un delito bajo las normas del ordenamiento jurídico argentino.

SECCIÓN I. LA NOCIÓN DE ESTÁNDAR DE PRUEBA, SU RECEPCIÓN EN EL PROCESO PENAL NORTEAMERICANO Y ARGENTINO, Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA SU MODIFICACIÓN.

Como se dijo en la Introducción del presente trabajo, cuando hablamos de *estándar de prueba* (en adelante EdP) nos referimos al grado de confirmación que debe presentar una determinada hipótesis fáctica para poder ser aceptada como verdadera en el marco de un proceso judicial. Los EdP suponen la idea de *umbral*, el cual una vez superado permite tener por probados los hechos sobre los que la actividad probatoria se dirige. Para determinar este grado de confirmación los EdP establecen criterios, los cuales una vez satisfechos por el caudal probatorio incorporado en la causa autorizan a aceptar como verdaderos los hechos cuya existencia los elementos de convicción se dirigen a probar. En este sentido, Marina GASCÓN ABELLÁN ha sostenido que los EdP son «los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe» (GASCÓN ABELLÁN, 2005, pp. 129).

Actualmente, se ha propuesto atribuir a los EdP la función de distribuir los errores judiciales que produce el sistema (LAUDAN, 2013). Es decir, al momento de tomar una decisión sobre los hechos de la causa, se presentan cuatro alternativas: que el juez considere probada una determinada hipótesis fáctica que se corresponda con los hechos efectivamente ocurridos en la realidad; que considere como no probada una hipótesis fáctica que no se corresponda con los hechos ocurridos; que considere como probada una hipótesis fáctica que no se corresponda con la realidad (falso positivo); y que no considere probada una hipótesis fáctica que se corresponda con lo efectivamente ocurrido (falso negativo). Bajo esta óptica, el EdP cumpliría la función de distribuir los posibles errores que pueden darse en el proceso, volviendo más (o menos) probables los falsos negativos que los falsos positivos en la medida que el EdP se vuelva más (o menos) exigente y riguroso.

Las particularidades del conocimiento empírico y la adopción de estándares de prueba hacen posible que un juez pueda haber valorado correctamente la prueba incorporada en la causa, haber hecho un correcto uso del EdP aplicable al caso, y aun así haber aceptado como verdadera una hipótesis fáctica que no se corresponda con lo efectivamente ocurrido en la realidad, o viceversa. Es decir, los falsos positivos y falsos negativos no se deben necesariamente a un error del juez en la valoración de la prueba o la aplicación del EdP, sino que estos pueden tener otros orígenes, como por ejemplo la ausencia de elementos de convicción que permitan al juzgador tener por cierta la hipótesis efectivamente acaecida en la realidad. LAUDAN ha intentado mostrar esta relación entre las dicotomías válido/inválido – verdadero/falso: un veredicto sería válido en la medida que se haya valorado la prueba de manera correcta y se haya interpretado correctamente el grado de severidad del EdP aplicable al caso, e inválido en caso contrario. Por otro lado, el veredicto sería verdadero si los hechos que declara probados coinciden con los hechos que tuvieron lugar en la realidad, y falso cuando no coincide

con lo efectivamente ocurrido. Cabe aclarar que no existe una correspondencia perfecta entre los veredictos válidos con los verdaderos, y los inválidos con los falsos, sino que su relación es contingente. (LAUDAN, 2013).

La razón por la cual podemos hablar de veredictos válidos y al mismo tiempo falsos, es porque, como bien señala John RAWLS, los procesos judiciales representan un tipo de *justicia procesal imperfecta*: si bien se pretende que los hechos declarados probados en el veredicto coincidan con lo efectivamente ocurrido, es imposible lograr que las normas procesales nos conduzcan *siempre* al resultado correcto. Es decir, existe un criterio de corrección independiente al resultado alcanzado por la estricta observancia de las normas procedimentales, el cual es imposible alcanzar en todos los casos, a diferencia de lo que ocurre con la *justicia procesal perfecta* donde la observancia de las normas procesales *garantiza* alcanzar el resultado correcto; y de la *justicia procesal pura* donde la debida observancia del procedimiento *constituye* el resultado correcto. (RAWLS, 1995).

Ahora bien, la importancia de los intereses que se encuentran en juego en los procesos penales —la vida y la libertad del acusado principalmente— han llevado a la adopción de EdP exigentes y rigurosos cuando de condenar personas se trata. Uno de los estándares más célebres en este sentido es el utilizado por la justicia norteamericana, la cual únicamente debe condenar cuando la hipótesis incriminatoria ha sido probada *más allá de toda duda razonable* (*beyond a reasonable doubt*, en adelante MATDR). Es decir, la sentencia condenatoria será válida únicamente cuando no exista duda razonable sobre la efectiva culpabilidad del acusado. De esta manera, se prioriza incurrir en una mayor cantidad de falsos negativos que de falsos positivos, buscando así minimizar la cantidad de personas que son erróneamente condenadas¹, es decir, personas que no han cometido el delito que se les atribuye. En otras palabras, al adoptar un estándar de prueba exigente y riguroso como el MATDR, es la sociedad —interesada en imponer una pena a los culpables de un delito— la que carga con (casi) todo el riesgo de error. Esto es así dado que, incluso aunque los elementos de juicio hayan sido suficientes, los mismos hayan sido racionalmente valorados, y la aplicación del estándar de MATDR haya sido correcta, todavía cabe la posibilidad de que la persona condenada no cometiera el delito que se le imputa. Esto se debe, en parte, al carácter inerradicablemente probabilístico del conocimiento empírico, respecto del cual no cabe tener nunca certeza plena. Como menciona Daniela ACCATINO, la incertidumbre que caracteriza a los juicios de hecho, propia del razonamiento inductivo general,

«se ve reforzada en el ámbito de la prueba judicial por la posibilidad de que evidencias relevantes no lleguen a ser conocidas por el juzgador, debido tanto a las limitaciones temporales características del proceso, como a la aplicación de las reglas sobre exclusión de pruebas y a la intervención de las partes en la proposición y práctica de las pruebas» (ACCATINO, 2011, pp.485-486).

1. En el presente trabajo, utilizaré la frase «erróneamente condenada» como sinónimo de falso positivo, y no como supuestos donde se ha valorado incorrectamente la prueba o se ha aplicado de manera errónea el EdP.

En el ordenamiento jurídico argentino también se ha adoptado un estándar de prueba exigente y riguroso en materia penal. Así, los tribunales argentinos sostienen que para poder condenar válidamente a una persona, es necesario que exista «certeza» sobre la existencia del hecho delictivo y la participación culpable del acusado. No obstante, como se mencionó, la naturaleza misma del conocimiento empírico impide que alcancemos certeza sobre la verdad de un hecho (o, mejor dicho, de la proposición que se refiere a un hecho). Sostener que los tribunales argentinos consideran que sólo pueden condenar válidamente cuando se ha alcanzado certeza empírica respecto del hecho objeto del litigio, implicaría caer en el absurdo de que éstos se equivocan cada vez que dictan una sentencia condenatoria. Por el contrario, el estándar de «certeza» ha sido complementado por el principio *in dubio pro reo* adoptado tanto por los códigos procesales en sus normas, como por los jueces en sus sentencias. En este sentido, el art. 3° del Código Procesal Penal de la Nación establece que «[e]n caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado». Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN en adelante) ha definido la duda como el «estado de incertidumbre [que] se desarrolla en el fuero interno de los magistrados como consecuencia de la apreciación de los elementos del proceso en su conjunto» admitiendo la tacha de arbitrariedad de la sentencia cuando «se adviertan desaciertos de gravedad extrema que impongan su admisibilidad» (Fallos 307:1456). Puede decirse, por lo tanto, que cuando hablan de «certeza», los tribunales se refieren a la *certeza moral* que deben presentar para poder dictar una sentencia condenatoria. Esta fórmula alude al alto grado de convencimiento que deben haber alcanzado los jueces al momento de condenar a un acusado.

Si bien tanto el estándar de «certeza», como el de MATDR, se encuentran firmemente arraigados en las tradiciones jurídicas que los han adoptado, no por esto han dejado de ser el blanco de serias críticas. Así, podría decirse que apelar a la «certeza» que deben presentar los jueces al momento de dictar una sentencia condenatoria implicaría establecer «una conexión necesaria y suficiente entre la creencia del juzgador en *p* y la prueba de *p*» (FERRER BELTRÁN 2005, pp.144). Esto traería como consecuencia indeseable, el carácter infalible de los jueces al aplicar el estándar, dado que nadie puede estar equivocado de su propio estado mental. Asimismo, este carácter subjetivo del estándar haría que su correcta aplicación sea de un control intersubjetivo imposible. Larry LAUDAN también ha hecho una crítica similar al estándar de MATDR. Este autor considera que casi todas las interpretaciones de este estándar realizadas por los tribunales norteamericanos definen la noción de duda razonable en términos de los estados mentales que deben presentar los jurados para poder condenar («firmemente convencidos», «completamente persuadidos», etc.). Es decir, se han ocupado de definir el MATDR en términos de estados mentales en lugar de indicar cuales son los *tipos* de pruebas necesarios para que un agente racional pueda razonablemente convencerse de la culpabilidad de un acusado (LAUDAN, 2013).

La crítica a los estándares de prueba que apelan a los estados mentales de los jueces ha sido matizada por Susan HAACK. Esta autora considera que, si bien el lenguaje en que se expresan los estándares de prueba es parcialmente psicológico, en el sentido que

refiere a los estados mentales del juzgador, lo cierto es que este lenguaje es también en parte epistemológico. Así, estándares como el de «pruebas claras y convincentes» o el MATDR (e incluso también el estándar de «certeza»), parecen cuestiones objetivas que se refieren a la calidad que deben presentar los elementos de juicio para alcanzar el grado de confirmación exigido por el estándar (HAACK, 2014). HAACK no considera que la confianza del juzgador sea completamente irrelevante: tratándose de una persona *razonable*, su nivel de convicción será directamente proporcional a la fuerza con la que las pruebas disponibles avalen la verdad de *p*. De esta manera, el peso de los elementos de juicio adopta una posición central a la hora de determinar el aval con el que cuenta la hipótesis fáctica objeto del litigio, mientras que las creencias particulares del juzgador asumirían un papel periférico:

«Esto obviamente exige que los estándares de prueba sean entendidos, no simplemente en términos del grado de confianza del juzgador de los hechos, independientemente de si dicho grado de confianza es adecuado dadas las pruebas, sino en términos de lo que es *razonable* creer a la luz de las pruebas presentadas» (HAACK 2014, pp.75-76).

Ahora bien, incluso aunque la posición de HAACK sea correcta, existen razones adicionales para adoptar un estándar de prueba más preciso que el de «certeza» o MATDR, o al menos para precisar cuáles son los criterios que subyacen a estos. Esto es así, dado que los dos estándares mencionados carecen del *tipo* de precisión que esperamos encontrar en un juicio criminal. La importancia de los intereses en juego vuelve imperiosa la necesidad de contar con criterios más precisos. El efectivo ejercicio del derecho de defensa por parte del imputado exige que los criterios que deben satisfacer los elementos de juicio para poder aceptar como verdadera —o falsa— la hipótesis inculpativa, sean claros y se encuentren fijados de antemano. De esta manera, tanto la defensa como la acusación podrán saber con mayor certeza a dónde dirigir sus esfuerzos probatorios y argumentales a la hora de probar y alegar en favor de sus respectivas pretensiones.

A los fines de superar las imprecisiones de los estándares que se utilizan en los procesos penales, diferentes autores han formulado distintas alternativas. Así, Larry LAUDAN ha propuesto una alternativa objetiva al MATDR, al que considera un estándar subjetivo. El estándar propuesto por LAUDAN es el siguiente:

«Si existen pruebas inculpativas fiables cuya presencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente, sumado a la ausencia de pruebas exculpativas que serían muy difíciles de explicar si el acusado fuera culpable, entonces condene; de lo contrario, absuelva» (LAUDAN, 2013, pp.127).

Otra interesante propuesta de estándar con criterios más precisos que el de «certeza» o MADTR, ha sido elaborada por Jordi FERRER BELTRÁN. Su estándar establece dos condiciones, las cuales deben darse conjuntamente para poder tener por probada la hipótesis inculpativa:

«1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles

explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*» (FERRER BELTRÁN, 2007, pp.147).

Tanto la propuesta de LAUDAN como la de FERRER BELTRÁN establecen criterios más precisos a la hora de determinar probada la existencia del delito y la participación culpable del imputado. Asimismo, la conjunción de los criterios previstos por cada una de estas alternativas recepta el mismo nivel de exigencia que es esperable encontrar en un estándar penal. Las propuestas indicadas tienen una rigurosidad similar a la prevista en los estándares de «certeza» y MATDR, e incluso, desde una posición como la de HAACK, podría decirse que no son más que una interpretación de estos.

Ahora bien, corresponde hacernos la siguiente pregunta. ¿Está justificado que utilicemos estándares de prueba exigentes en los procesos penales? O, en el mismo sentido, ¿es mucho más grave una condena errónea que una absolución errónea, de modo que se justifique un trato tan desigual entre la hipótesis inculpativa y la absolutoria? ¿Acaso también no sucede algo malo cuando una persona que efectivamente cometió un delito es absuelta por la justicia? Las siguientes secciones del presente trabajo estarán destinadas a responder estas importantes preguntas².

SECCIÓN II. LOS COSTOS DE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA EXIGENTE: LA PROPUESTA UTILITARISTA DE LARRY LAUDAN.

Como se mencionó en la Sección anterior, la noción de estándar de prueba supone la idea de umbral a partir del cual se puede aceptar como probada la hipótesis fáctica sobre la que versa el proceso. Sin embargo, la epistemología nada dice acerca del grado de exigencia que debe observar ese umbral. En este sentido, existe un relativo consenso entre los autores de epistemología jurídica respecto de que dicha cuestión se encuentra reservada al ámbito de la moralidad política (HAACK, 2014; FERRER BELTRÁN, 2005; STEIN, 2005). Por su parte, Larry LAUDAN considera que, al momento de fijar el grado de exigencia de un estándar de prueba, entran en juego lo que él llama valores *quasi-epistémicos*. Estos, a diferencia de los valores que conforman el núcleo duro de la epistemología jurídica, se preocupan por la efectiva *distribución* de errores más que por su disminución. En otras palabras, «sus motivos no derivan de su relación con la

2. Como el título mismo lo anticipa, el objeto principal del presente trabajo versa sobre la legitimidad del EdP en el proceso penal. No obstante, existe una discusión lógicamente anterior a la aquí presentada, la cual refiere a la posibilidad teórica misma de los estándares de prueba en general. En este sentido, Daniel GONZÁLEZ LAGIER señala que las distintas propuestas de EdP incluyen expresiones cargadas de vaguedad, lo que impide que cumplan acabadamente su función de umbral, el cual permitiría diferenciar aquellos hechos cuya prueba ha superado las exigencias que plantea el EdP, de aquellos hechos que no. Esto no solo ocurriría con aquellos estándares tradicionales (v. gr. más allá de toda duda razonable.), sino también con aquellos EdP que pretenden presentarse en términos objetivos, los cuales, aunque supongan un avance en su formulación, mantienen un grado elevado de imprecisión que les impide cumplir acabadamente con su cometido (GONZÁLEZ LAGIER, 2014). Aquí no intentaré brindar argumentos en favor de la posibilidad teórica de los EdP, sino que dicha posibilidad será asumida como un presupuesto del presente trabajo.

verdad ni con la reducción del error sino de una decisión política según la cual cierto tipo de errores es peor, menos aceptable, que otros» (LAUDAN, 2005, pp. 3).

Ahora bien, como se sostuvo más arriba, la enorme exigencia y rigurosidad de los estándares de prueba previstos para los procesos penales para el dictado de una sentencia condenatoria, otorga mayor importancia a la posibilidad de que se condene a un inocente que a la de que se absuelva a un culpable. ¿Está justificado que como comunidad política adoptemos un estándar semejante? LAUDAN considera que no³. Veamos cuáles son sus argumentos.

Para defender su posición, LAUDAN toma como punto de partida la doctrina hobbesiana del contrato social. Según esta, existiría un contrato entre el Estado y los ciudadanos que lo componen. Debido a este contrato, el Estado se compromete a sacar a las personas del estado de naturaleza en que se encontraban —o se encontrarían— antes de su celebración. Esto implica, principalmente, otorgarles protección a sus súbditos respecto de las agresiones que podrían sufrir en manos del resto de los ciudadanos. A cambio, el Estado exige el monopolio de la coacción, como así también obediencia a las personas que se encuentran bajo su potestad. Sin embargo, la sanción de aquellos que transgredan las leyes que permiten superar el estado de naturaleza implica la creación de un nuevo riesgo para los ciudadanos. Esto es así, dado que siempre existe la posibilidad de que el castigo estatal, por un error a la hora de establecer judicialmente los hechos, finalmente recaiga sobre quien no infringió la ley. Por esta razón, el contrato social, para ser legítimo, no solo debe proteger a las personas de la agresión del resto de sus conciudadanos, también debe protegerlas de ser castigadas por error (LAUDAN, 2011a).

Ahora bien, LAUDAN remarca que ambas cuestiones no pueden ser cumplidas en su totalidad de forma simultánea. Las características propias del conocimiento empírico lo impiden: siempre habrá casos de falsos positivos, por más exigente que sea el estándar de prueba utilizado. Si esto es así, para determinar si el Estado cumple con su parte del contrato, debe poder demostrar que las pérdidas de libertad que sufren los ciudadanos al comprometerse a cumplir la ley son más que compensadas por la protección que la vigencia del contrato social conlleva. Sin embargo, LAUDAN considera que la situación actual de casi todos los Estados modernos impide afirmar que dicho contrato se cumple de forma adecuada. Esto es así, dado que en todos ellos la probabilidad de ser víctima de un delito grave es muy importante, mientras que la probabilidad de ser erróneamente condenado es sensiblemente menor (LAUDAN, 2011a). De esta manera, los Estados modernos *subestiman* la importancia de ser víctima de un delito grave, mientras que *sobrestiman* las consecuencias de ser hallado erróneamente culpable en un juicio criminal.

Asimismo, LAUDAN remarca que se trata de dos cuestiones que están directamente relacionadas, de manera que no pueden ser abordadas de manera independiente:

3. Si bien las consideraciones realizadas por LAUDAN en el trabajo citado están dirigidas a abordar la situación norteamericana de la cuestión, muchos de sus argumentos pueden ser aplicados también a la realidad argentina y a la de la mayoría de los países que adoptan estándares de prueba rigurosos en sus procesos penales.

mientras más elevado sea la protección que le otorguemos a los inocentes erróneamente acusados —mediante la utilización de un estándar de prueba estricto—, mayor será la probabilidad de ser víctimas de un delito grave. Esta relación se debe principalmente a la función de prevención especial que cumplen las penas. Si bien no menosprecia su función de prevención general —*disuasión*—, LAUDAN centra su atención en la *incapacitación* que produce privar de su libertad a los delincuentes, al menos durante el periodo de prisión. En este sentido, considera que existen muchas pruebas empíricas que demuestran que aumentar la cantidad de condenas verdaderas —condenas a personas que efectivamente cometieron el delito por el que se las acusa—, conlleva una disminución del índice de delitos⁴ (LAUDAN, 2011a). Esto es así, dado que la mayoría de los delincuentes presos son infractores recurrentes, quienes han sido detenidos muchas veces antes de ser privados de su libertad y que cometen nuevamente delitos cuando son liberados. De esta manera, incluso aunque las penas no tengan ningún efecto disuasorio en la comunidad, estas todavía les imposibilitan a los potenciales delincuentes la posibilidad de seguir cometiendo nuevos delitos. Asimismo, y atento que estos infractores recurrentes cometen una gran cantidad de ilícitos mientras permanecen en libertad, luego bastaría con duplicar la cantidad de criminales que mandamos a la cárcel para que el índice de delitos de una sociedad determinada disminuya en un número muy superior al de nuevas condenas.

¿Cómo logramos condenar a más delincuentes, y de esta manera disminuir el índice de delitos? Existen distintas maneras de lograr esto, y el propio LAUDAN menciona alguna de ellas. Así, en primer lugar, contamos con alternativas que permiten reducir el riesgo de condenas erróneas al tiempo de aumentar el número de condenas correctas. De esta manera, se lograría reducir el índice de delito al tiempo de mandar menos inocentes a prisión. Dentro de los cursos de acción que nos permitirían lograr este doble objetivo, encontramos la mejora en las técnicas de identificación para los testigos; el mayor desarrollo de la policía científica mediante la incorporación de nueva tecnología; la mayor capacitación de los funcionarios judiciales en materia de epistemología jurídica; la adopción de políticas públicas destinadas a prevenir los delitos, etc. Sin embargo, LAUDAN considera que el vehículo más simple con el que contamos para condenar a más delincuentes, y de esta manera disminuir el índice de delitos, es el de modificar el estándar de prueba que utilizamos para juzgar a los acusados. Como se mencionó anteriormente, los estándares que se utilizan actualmente en los procesos penales reducen la probabilidad de que se condene a una persona inocente, pero vuelven mucho más probable que se absuelva al verdadero culpable. No obstante, estos tipos de estándares no son eficientes, dado que en los hechos la probabilidad de ser víctima de un delito grave es notablemente mayor que la de ser erróneamente condenado.

4. Cabe aclarar que LAUDAN centra su análisis en lo que él considera delitos graves (en especial homicidio y violación). Los datos empíricos que ofrece en su trabajo lo son con relación a estos delitos. Por esta razón, debemos circunscribir sus propuestas a estos últimos, dejando de lado a los delitos menos graves —como el hurto, estafas, tráfico de estupefacientes— respecto de los cuales no pretende realizar afirmación alguna (LAUDAN, 2011a).

Para entender la propuesta de LAUDAN, debemos aceptar que existe cierto paralelismo entre ser víctima de un delito grave y ser condenado de manera errónea. Al menos desde un punto de vista material, esto tiene sentido, dado que, si el principio de proporcionalidad penal tiene efectiva vigencia dentro del ordenamiento jurídico en cuestión, luego se puede esperar que exista una proporción entre la ofensa cometida y el castigo sufrido. Sin embargo, las cláusulas del contrato social no nos dan razones para sobrestimar los efectos de ser condenado por error y subestimar los de ser víctima de un ilícito. Por el contrario, para que el accionar del Estado sea legítimo, debe *minimizar el riesgo total* de sufrir cualquiera de estos dos perjuicios. Así, LAUDAN señala que

«el Estado está obligado a minimizar el riesgo *total* que corre el ciudadano y, según las circunstancias que se den en una sociedad dada en un momento dado, tal minimización podrá requerir modificaciones considerables de cualquier elemento que pueda incidir de manera efectiva en la reducción del riesgo total» (LAUDAN, 2011a, pp.252).

Esta teoría —a la que LAUDAN llama *teoría de Laplace-Nozick*— requiere que el estado busque minimizar el siguiente valor: «[p (persona inocente que será condenada por error) + p (persona inocente que será víctima de un delito)]» (LAUDAN, 2011a, pp. 252). Asimismo, y como es lógico suponer, los estándares de «certeza» y MATDR no cumplen con esta exigencia, dado que, si bien mantienen el número de condenas erróneas en niveles relativamente bajos, lo hacen a costa de aumentar exponencialmente el riesgo de ser víctima de un delito grave.

La *teoría de Laplace-Nozick* viene a resaltar que lo realmente importante es la probabilidad de que un ciudadano común sea erróneamente condenado, y no la probabilidad de que un acusado sea erróneamente condenado. Ambas cuestiones no son equivalentes, y lo que le importa a la teoría propuesta de LAUDAN es reducir el riesgo total de sufrir un delito o ser condenado por error, y no el riesgo que tiene un acusado de ser condenado por error. El riesgo que enfrenta un inocente erróneamente acusado de ser finalmente condenado será mucho mayor del riesgo que enfrenta cualquier ciudadano de ser igualmente condenado por error. Sin embargo, a los efectos de la teoría propuesta por LAUDAN, lo que realmente importa es este último tipo de riesgo y no el primero: «lo que me preocupa, en primer lugar, no son las probabilidades de ser condenado [erróneamente] *si* soy llevado a juicio, sino sencillamente las probabilidades de ser condenado por error *per se*» (LAUDAN, 2011a, pp. 261).

¿Cómo fijamos, entonces, un estándar de prueba racional? LAUDAN, siguiendo a KAPLAN, propone la siguiente fórmula:

$$EdP= 1/[1+(costAF/costCF)]$$

En base a los datos empírico que LAUDAN presenta, el costo de una absolución falsa (costAF) son siete crímenes violentos que quedan sin ser prevenidos. Por otro lado, el costo de una condena falsa (costCF) son esos siete crímenes sin evitar *más* el daño que se le ocasiona a la persona erróneamente condenada. LAUDAN sostiene que incluso aunque consideremos, por mor del argumento, que el daño que padece esa última persona es

el *doble* del que se sufre por ser víctima de un crimen violento, luego el EdP adecuado sería del 56% ($0,56=1/[1+(7/9)]$) (LAUDAN, 2011b). Es decir, al menos en USA, bastaría con que el jurado considere que existe una probabilidad del 56% de que un acusado es culpable, para que deba dictar un veredicto condenatorio.

Por otro lado, LAUDAN ofrece un interesante argumento adicional en favor de su postura. Según este autor, la principal función que le atribuimos a los EdP exigentes en materia penal es disminuir la probabilidad de ser erróneamente condenados. Sin embargo, los estándares exigentes tendrían en realidad el efecto contrario: volverían más probable la posibilidad de ser condenado por error. Esto es así, dado que estos estándares rigurosos permiten que el índice de delitos se mantenga alto. Y la probabilidad de ser condenados por error está directamente relacionada con la cantidad de delitos que tienen lugar en una sociedad determinada: así, mientras más delitos tengan lugar, mayor será la probabilidad de ser acusados y condenados por un delito que no cometimos. Por esta razón, si lo que realmente queremos es condenar menos inocentes, luego debemos disminuir el índice de delitos. Y la manera más natural de lograr esto, es condenar más delincuentes y evitar que estos reincidan. Sin embargo, los estándares exigentes se muestran como un obstáculo contraproducente para lograr este objetivo. Analizado de esta forma, aceptar la *teoría de Laplace-Nozick* tendría como consecuencia disminuir *el número global* de inocentes condenados (LAUDAN, 2011a). LAUDAN nos pide que condenemos a más acusados culpables y a más acusados inocentes, aunque solo sea en una primera etapa, para de esta forma disminuir el número *global* de inocentes condenados como así también el número *global* de personas que serán víctimas de delitos.

En lo que sigue, pretendo realizar un análisis crítico de los presupuestos de moralidad política asumidos por LAUDAN para disminuir la exigencia de los EdP en los procesos penales. Sobre dicha cuestión versarán las próximas secciones del presente trabajo.

SECCIÓN III. UNA DEFENSA LIBERAL DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EXIGENTES EN EL PROCESO PENAL.

En la Sección anterior se expusieron los principales argumentos que invoca LAUDAN en favor de disminuir la exigencia del EdP en el proceso criminal. Ha llegado el momento de someter esos argumentos a una crítica externa que ponga en cuestión los presupuestos de moralidad política sobre los que descansa su posición.

Como se mencionó anteriormente, LAUDAN adopta un argumento contractualista para fundar su postura. Así, considera que para que el Estado sea legítimo, luego tiene que cumplir principalmente con los dos deberes que surgen del contrato social. En primer lugar, debe proveer protección a los ciudadanos respecto de los potenciales crímenes que pudieran llegar a sufrir. En segundo lugar, debe proteger a los ciudadanos de no ser erróneamente condenados por un delito que no cometieron. Atento que se trata de deberes relacionados —debido a que un más acabado cumplimiento del primer

deber implica una mayor transgresión del segundo—, lo que el Estado debe hacer para ser legítimo es disminuir el riesgo *total* que corren los ciudadanos de sufrir alguno de los dos acontecimientos disvaliosos que los deberes del Estado tienden a eliminar⁵.

Ahora bien, ¿es el argumento contractualista invocado por LAUDAN, un buen argumento? Como sostiene Will KYMLICKA, una de las principales críticas que ha recibido este tipo de estrategias argumentativas, es aquella que sostiene que dicho contrato no existió nunca (KYMLICKA, 2007). Los contratos solo nos obligan en la medida en que hayan sido efectivamente celebrados. Sin embargo, no tenemos constancias de que un contrato como el que invoca LAUDAN haya tenido efectivamente lugar en la realidad. Tampoco sirve decir que sería un contrato que *hipotéticamente* celebraríamos para el caso de encontrarnos en un estado de naturaleza, porque un contrato hipotético solo genera obligaciones hipotéticas. Como señala Ronald DWORKIN, «[u]n contrato hipotético no es simplemente una forma desviada de un contrato real; lisa y llanamente, no es un contrato» (DWORKIN, 1984, pp. 235).

Si esto es así, ¿en dónde reside entonces la fuerza vinculante del contrato social que invoca LAUDAN? Considero que para responder a esta pregunta, debemos necesariamente tener en cuenta el carácter utilitarista de su propuesta. En tanto teoría moral, el utilitarismo sostiene que tenemos el deber de *maximizar* el bienestar general, entendido este último en término de felicidad o satisfacción de preferencias. El utilitarismo se preocupa por las *consecuencias* de las acciones: estas serán moralmente correctas, en la medida que contribuyan a maximizar el bienestar general. KYMLICKA nos indica que existen dos interpretaciones distintas de lo que el utilitarismo es (KYMLICKA, 1995). La primera interpretación, concibe al utilitarismo como una teoría teleológica en donde lo correcto se define en términos de incremento de lo bueno (la utilidad). La segunda interpretación, lo presenta como una *concepción* de lo que implica tratar a las personas con *igual respeto y consideración*. Visto de este modo, solo tratamos a las personas como iguales en la medida que otorguemos *igual* peso a sus preferencias, con independencia del contenido de estas o las características de las personas que las sostengan. A los fines de maximizar el bienestar, el utilitarismo toma en cuenta la felicidad o las preferencias de *todas* las personas, y las toma en cuenta por *igual* (KYMLICKA, 1995:45-47). El argumento del contrato social invocado por LAUDAN debe ser visto bajo esta última concepción utilitarista. Concebido de esta manera, su autoridad no deriva del acuerdo efectivo o hipotético de los ciudadanos, sino que su fuerza vinculante reside en tratar a todas las personas con igual respeto y consideración. No tratamos a las personas como iguales si le otorgamos un peso desmedido al riesgo de ser erróneamente condenadas en desmedro del riesgo de ser víctimas de un ilícito. Por el contrario, tratarlas como iguales implica, bajo esta óptica, otorgar a ambos riesgos el peso que efectivamente

5. Cabe aclarar que como se señaló anteriormente, LAUDAN no considera que la flexibilización de EdP sea una condición necesaria de la disminución del índice de delitos, no obstante considerarla una condición suficiente de dicha disminución. Sin perjuicio de esto, considera a la flexibilización del EdP como el mecanismo más simple que tenemos para alcanzar este objetivo.

tienen, y de esta manera procurar disminuir el riesgo *total* de sufrir cualquiera de estos dos eventos indeseables.

Ahora bien, Richard LIPPKE ha sostenido que la propuesta normativa de LAUDAN es mejor entendida como un «utilitarismo de derechos», antes que como un utilitarismo convencional que pretende maximizar la felicidad o la satisfacción de preferencias. Así, si bien es cierto que los acusados por un delito tienen el derecho a no ser condenados en caso de ser inocentes —y que por lo tanto se realice un examen riguroso de la prueba en su contra—, no se trata de un derecho absoluto, sino que por el contrario el mismo debe ser balanceado con el derecho que tiene toda persona a que el Estado la proteja de no ser víctima de un crimen, el cual podría ser vulnerado si se absuelve a un delincuente peligroso. De esta manera, para que el EdP sea legítimo, es necesario que su configuración permita *maximizar* el mayor número *global* de derechos satisfechos, independientemente de quien sea su titular (LIPPKE, 2015). Adoptar un EdP que no maximice la satisfacción de los derechos, otorgarle un mayor peso al derecho de no ser erróneamente condenado por sobre el derecho de protección de los ciudadanos, implicaría no tratar a todas las personas con el igual respeto y consideración que se merecen. El valor moral de la teoría de LAUDAN residiría, no ya en lograr el máximo bienestar general, sino en alcanzar la máxima satisfacción de los derechos de las personas.

Aun si aceptáramos la interpretación que hace LIPPKE de la propuesta normativa de LAUDAN, todavía quedan algunas preguntas que debemos responder ¿Es el «utilitarismo de los derechos», implícito en la propuesta de LAUDAN, una buena teoría política? ¿Realmente logra el cometido de tratar a las personas con el respeto y la consideración que se merecen? Robert NOZICK se ha encargado de criticar esta particular forma de utilitarismo, al sostener que si bien se trata de una teoría que se propone minimizar las vulneraciones de derechos, logra su cometido tratando a estos últimos de la manera equivocada. Así, en un utilitarismo de este tipo, «las violaciones de derechos (por *minimizar*) simplemente remplazarían a la felicidad total como el estado final pertinente en la estructura utilitarista» (NOZICK, 1988, pp. 41). Esto implicaría el deber de violar derechos cuando de ese modo se minimice la vulneración *total* de los mismos. Sin embargo, en contraste con este tipo de utilitarismo que incorpora a los derechos en el estado *final* que debemos alcanzar, uno podría colocarlos como *restricciones indirectas* a la acción por realizar: *no se violen las restricciones R* (NOZICK, 1988). Adoptar los derechos como restricciones indirectas, nos prohíbe violarlos a la hora de alcanzar nuestros fines, aun cuando de esta manera se minimice su vulneración global. Desde esta nueva óptica, no estaría permitido aumentar la cantidad de falsos positivos en el proceso penal a los fines de disminuir el índice de delitos. Si las personas tienen el derecho a no ser casos de un falso positivo en el proceso penal, luego no podemos legítimamente disminuir la exigencia del EdP a sabiendas de que esto aumentará la cantidad de inocentes condenados. Esto es así, incluso aunque esa flexibilización del EdP implique disminuir la cantidad de personas que son víctimas de delitos graves, y de esta manera se logre una mayor satisfacción global de los derechos.

Ahora bien, ¿por qué deberíamos respetar los derechos en lugar de maximizarlos? ¿No es irracional obrar de esa manera? Si lo que nos importa es que dichos derechos no sean violados, ¿no deberíamos minimizar la vulneración global de los mismos? Como bien sostiene NOZICK, cuando tratamos a los derechos como restricciones indirectas, lo que hacemos es respetar el principio kantiano según el cual las personas deben ser tratadas como fines en sí mismas, y no como medios para satisfacer fines ajenos (NOZICK 1988). La segunda formulación del imperativo categórico es contundente al establecer que las personas son inviolables. Si aumentamos deliberadamente el número de falsos positivos en el proceso penal, incluso aunque de esta manera se logre disminuir el índice de delitos, no hacemos sino tratar a las personas como simples instrumentos en favor de fines que no le pertenecen. Respetarlas *en tanto* personas, implica aceptar que hay determinados cursos de acciones que no podemos realizar sin vulnerar su dignidad. Un EdP exigente y riguroso, como lo son el estándar de «certeza» y el MATDR, funciona como una barrera en contra de la instrumentalización de las personas.

Otro autor que ha defendido una posición similar es Carlos S. NINO. En su trabajo *Ética y derechos humanos*, NINO postula un *principio de autonomía de la persona*, el cual establece el carácter valioso de la libre elección de planes de vida, lo que obliga al Estado (y demás individuos) a no interferir en esta elección o adopción y a impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución (NINO, 1989). NINO considera que es posible derivar dicho principio de la regla básica del discurso moral, la cual considera *deseable* que las personas determinen su conducta por la libre elección de aquellos principios morales que juzguen válidos luego de la suficiente reflexión y deliberación. No obstante, como el mismo NINO aclara, dicho principio de autonomía, considerado de forma aislada, constituye un principio de índole *agregativa*. Es decir, si la autonomía de las personas es algo valioso, luego deberíamos maximizar la autonomía presente en la sociedad, aunque para ello debamos sacrificar la autonomía de algunos. Sin embargo, el principio de autonomía personal no actúa solo. Las personas no solo tienen derecho a hacer ciertas cosas, sino también el derecho que no le hagan ciertas cosas sin su consentimiento, como podría ser el derecho a que no se las prive de su vida o libertad sin antes haberlo consentido. Este nuevo principio, al que NINO llama «*principio de la inviolabilidad la persona humana*», prohíbe «*imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y violaciones que no redunden en su propio beneficio*» (NINO, 1989, pp. 239), y funciona como una poderosa barrera en contra de las exigencias utilitaristas. Como se sostuvo recién, el utilitarismo acepta la visión de las personas y de sus derechos como medios que pueden ser sacrificados en pos de minimizar la vulneración global de estos últimos. Asimismo, NINO considera que lo novedoso de este ataque al utilitarismo es el hecho de enfatizar que esta teoría moral permite el sacrificio de los sujetos y sus derechos porque no otorga relevancia moral a la separabilidad o independencia de las personas:

«se incurre en un error lógico cuando se dice que el reconocimiento de los derechos individuales básicos está limitado por la necesidad de perseguir el bien común. El concepto de derechos individuales hace que las cosas sean exactamente al revés: la función principal de los derechos (...) es la de limitar la persecución de objetivos sociales colectivos, o sea de

objetivos que persiguen el beneficio agregativo de diversos grupos de individuos que integran la sociedad (...) [L]a idea de derechos individuales fue introducida en el pensamiento filosófico-político como un medio para impedir que se prive a los individuos de ciertos bienes con el argumento de que ello beneficia, tal vez en grado mayor, a otros individuos, a la sociedad en su conjunto o a una entidad supraindividual» (NINO, 1989, pp. 261-262).

El principio de inviolabilidad de la persona humana exige que, para imponer un sacrificio a una persona que no redunde en su beneficio, debemos tener su consentimiento. Solo así la trataremos como un fin en sí misma y no como un simple medio. Ahora bien, nadie dudaría que la imposición de una pena, como la privación de la libertad, supone un enorme sacrificio para cualquiera. Sin embargo, ¿dónde se encuentra el consentimiento en aquellas personas que son condenadas en un juicio penal? NINO responde a esta cuestión con lo que denomina su *teoría consensual de la pena*, la cual considera que reúne los aspectos positivos del utilitarismo y del retribucionismo, al tiempo de evitar sus defectos. De esta manera, la justificación utilitarista basada en la protección social encuentra complemento en otro criterio de atribución de derechos y obligaciones, de beneficios y privaciones, el cual goza de una amplia aceptabilidad en las sociedades actuales. «Ese criterio de distribución es el que está fundado en el consentimiento de los individuos afectados» (NINO, 1989, pp. 261-262). Por esta razón, la imposición de una pena está *prima facie* justificada en la medida que haya sido libremente consentida por el afectado. Y el modo de consentir una pena es realizando una acción penal típica que traiga aparejada como consecuencia jurídica, la implementación de dicha sanción.

Incluso aunque aceptáramos la teoría consensual de la pena de NINO como una buena forma de justificar la imposición de una sanción sin transgredir el principio de inviolabilidad de la persona humana, todavía quedaría una última objeción. No todas las personas que resultan condenadas en un juicio penal efectivamente han cometido el delito que se les atribuye. Los falsos positivos dentro del proceso penal son inerradicables, atento el carácter meramente probabilístico del razonamiento inductivo. Incluso aunque el juez valore correctamente la prueba, y haga un buen uso del más exigente EdP que podamos concebir, a la larga siempre habrá condenas a personas que no habrán cometido el delito en cuestión. No puede decirse en estos casos que la persona «consintió» la pena realizando la acción típica prevista por la norma, porque en los hechos ella no cometió delito alguno.

En un sentido análogo, Larry LAUDAN ha señalado que el «garantismo»⁶ está comprometido con la idea de un derecho moral inalienable a ser absuelto para el caso de ser inocente. Sin embargo, ni el estándar de «certeza», ni el MATDR, ni ningún otro es capaz de asegurar un derecho semejante, por lo que no es posible adoptar un EdP si no es en base a consideraciones utilitaristas (LAUDAN, 2011a). No importa cuál sea el EdP que adoptemos: a la larga siempre habrá inocentes condenados.

6. LAUDAN se refiere al «garantismo» como aquella corriente que defiende el derecho de los acusados a ser juzgado por el estándar del MATDR, como así también que las reglas del proceso se inclinen en favor de la absolución del acusado, antes que por motivos epistémicos (LAUDAN, 2011a, pp. 271).

El límite de la teoría consensual de la pena de NINO, y el del derecho inalienable de las personas a ser absueltas para el caso de ser inocentes con el que se comprometería el «garantismo», son las dos caras de la misma moneda. En la presente Sección se criticó el uso instrumental de las personas y de sus derechos que propone el utilitarismo de LAUDAN. Sin embargo, cualquier EdP por más estricto que sea, permitirá la existencia de falsos positivos. Si queremos hacer una defensa de los estándares exigentes y rigurosos en el proceso penal debemos poder dar cuenta de esta objeción.

SECCIÓN IV. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL DESDE LA TEORÍA DE RONALD DWORKIN.

IV.1

Como se mencionó anteriormente, LAUDAN acusa al «garantismo» de aceptar, en última instancia, el sacrificio de inocentes en busca de obtener otros beneficios sociales. Uno de los principales destinatarios de su crítica es Ronald DWORKIN y su trabajo titulado *Principios, políticas públicas y procedimientos* (DWORKIN, 2012,). LAUDAN sostiene que DWORKIN defiende el derecho moral inalienable y absoluto de todo acusado a no ser condenado salvo que su culpabilidad se encuentre probada más allá de toda duda razonable. De esta manera, DWORKIN se comprometería con una obligación por parte del Estado de hacer *todo lo humanamente posible* para proteger a los inocentes de ser erróneamente condenados:

«Dado que condenar a un inocente es, según Dworkin, un daño moral objetivo, el Estado tiene la obligación de garantizar que está haciendo *todo* lo que se encuentra a su alcance para proteger a los inocentes de ser condenados. El MATDR, según este análisis, representa el nivel de seguridad más elevado en materia de sucesos contingentes que los seres humanos pueden lograr. Si no se puede obtener certeza total acerca de los sucesos contingentes (y no hay dudas de que no se puede), el Estado tiene que utilizar la mejor alternativa, que es la certeza moral que surge de una prueba más allá de una duda razonable» (LAUDAN, 2011a, pp. 276).

Sin embargo, LAUDAN señala que el MATDR no es lo mejor que podemos hacer para evitar falsos positivos en el proceso penal. Si tenemos el deber de hacer todo lo humanamente posible, podemos pensar en otras exigencias para nuestro estándar que vuelvan todavía más difícil la posibilidad de condenar a un inocente. Por ejemplo, podríamos adoptar un estándar que nos prohíba condenar salvo que la culpabilidad del acusado se encuentre probada más allá de toda duda *residual*, de manera de tener que absolver incluso frente a una duda no razonable. Asimismo, bajo esta óptica siempre sería posible exigir un mayor grado de confirmación de la hipótesis inculpativa: siempre podríamos pensar alternativas más exigentes que eleven el umbral de confirmación (LAUDAN, 2011a).

Ahora bien, en *Principios, políticas públicas y procedimientos*, DWORKIN estuvo lejos de sostener la tesis que LAUDAN le atribuye. Tampoco puede decirse que se trate de una interpretación que hace LAUDAN del trabajo de DWORKIN, porque de ninguna forma se ajusta a lo sostenido por este último: lisa y llanamente no es una interpretación. DWORKIN reconoce el derecho incuestionable que tiene todo acusado inocente a ser absuelto. Sin embargo, su objetivo es establecer los límites de ese derecho. Así, ya en las primeras líneas de su trabajo, DWORKIN reflexiona:

«Del hecho de que todo ciudadano goza del derecho a no ser condenado si es inocente, ¿se sigue que tiene el derecho a que se adopten los procedimientos más precisos posibles para probar su culpabilidad o inocencia, sin importar los costos que esos procedimientos tengan para la comunidad en su conjunto? (...) De ser así, debemos reconocer que el sistema penal (de los Estados Unidos y Gran Bretaña y de cualquier otra parte) es injusto y viola de manera sistemática los derechos individuales. Pues los procedimientos de los que disponemos para probar la culpabilidad o inocencia son menos precisos de lo que podrían ser» (DWORKIN, 2012, pp. 103).

Lo que LAUDAN hace es crear un hombre de paja a partir de la posición sostenida por DWORKIN para luego criticarla. No obstante, todavía nos queda por ver la respuesta que da este último respecto de los límites del derecho a no ser erróneamente condenado.

DWORKIN sostiene la existencia de dos tipos de daños cada vez que se condena a un inocente. Al primer tipo lo denomina «daño básico» (*bare harm*), y con él se refiere a los distintos padecimientos, dolores, frustraciones, que sufre toda persona como consecuencia de una pena, *independientemente* que se trate de una persona culpable o un inocente erróneamente condenado. El segundo tipo lo denomina «daño moral» (*moral harm*), y con él se refiere al «factor injusticia» de soportar una pena sin haber cometido delito alguno. Este último tipo de daño es objetivo: existe con independencia de lo que la persona erróneamente condenada piense de su culpabilidad (DWORKIN, 2012). Sin embargo, las personas no tienen el derecho a los procedimientos más precisos posibles de manera que se reduzca al mínimo la posibilidad de sufrir un daño moral. Por el contrario, DWORKIN considera que el derecho a no ser un caso de falso positivo se agota en lo que podríamos denominar dos «sub-derechos».

En primer lugar, las personas tienen el derecho a que los procedimientos penales le otorguen la *importancia debida al riesgo de daño moral*. La comunidad política tiene que ser *deferente* con la posibilidad de que se esté causando un daño moral condenando a una persona erróneamente acusada. Por esta razón, los procedimientos —primordialmente el EdP— deben ser sensibles a esta alternativa, asignando a la posibilidad de que se dicte un veredicto falso, la importancia que el daño moral por ser erróneamente condenado exige. Como menciona DWORKIN, no cumplimos con el deber correlativo cuando decidimos la culpabilidad de una persona arrojando una moneda al aire, o simplemente en base a cálculos utilitaristas (DWORKIN, 2012). Es necesario detenernos aquí porque en este «sub-derecho» reside la diferencia fundamental entre la posición de DWORKIN y el utilitarismo de LAUDAN. Según el primero, debemos tener en cuenta al momento de juzgar a un acusado, la importancia debida del riesgo de causar un daño

moral para el caso de que esa persona sea inocente, y no los posibles beneficios que se pudieran derivar de un accionar menos preocupado por su potencialidad dañosa. Para DWORKIN, la rigurosidad del EdP con que se debe juzgar a las personas está dada por el daño moral que podríamos causarles a las mismas si el veredicto condenatorio fuera erróneo.

Por el contrario, LAUDAN considera que la exigencia del EdP es una función del cálculo de utilidad, donde no solo se tienen en cuenta los costos de condenar a alguien que tiene derecho a no ser condenado, sino también la satisfacción de otros derechos que un EdP menos exigente que el MATDR podría lograr. Para este último autor, «los argumentos de que las reglas del juicio nunca deberían ser alteradas para facilitar condenas porque representan derechos inalienables y moralmente fundados, son, por decirlo con palabras de Bentham, “tonterías en zancos”» (LAUDAN, 2011a, pp. 296). Sin embargo, esta última posición es errónea, dado que niega la separabilidad moral de las personas: debemos tomar las precauciones para no dañar a otros, y no intentar capitalizar los potenciales beneficios que cabría esperar de una flexibilización de dicho deber. El daño moral que sufre una persona cuando es condenada por error es enorme, y por esa razón hacemos bien en adoptar un estándar que tenga correlación con la importancia de dicho daño.

Ahora bien, ¿hay un solo estándar de prueba que se ajuste a la importancia de ese daño? DWORKIN no se compromete con un determinado EdP para el dictado una sentencia condenatoria. Por el contrario, afirma que el primer derecho establece un nivel *mínimo* de protección que debe observar el proceso penal para ser legítimo. Sin embargo, difícilmente podría decirse que se le otorgó la debida importancia al riesgo de daño moral si se dictó una condena existiendo otras alternativas exculpatorias plausibles que podían explicar los elementos de juicio incorporados al proceso; o si la hipótesis incriminatoria no pudo explicar las pruebas incorporadas a la causas; o si al momento de corroborar datos nuevos que la hipótesis incriminatoria permitía predecir, los mismos no resultaron confirmados; o si existía una prueba exculpatoria muy difícil de explicar para el caso de que el acusado hubiera sido realmente culpable, etc.

En segundo lugar, las personas tienen el derecho a una *ponderación coherente de la magnitud del daño moral*, es decir, el derecho a disponer de procedimientos compatibles con el valor que la propia comunidad, a través de sus leyes, le otorga a ese tipo de daño (DWORKIN, 2012:123). Con este derecho, se pretende poner de relieve el *igual* trato que se les otorga a todos los miembros de la comunidad política. Así, todos los ciudadanos, al menos *a priori*, tienen la misma probabilidad de ser sometidos a un proceso penal para el caso de ser inocentes, y también *a priori*, todos tienen la misma probabilidad de participar en los beneficios que genera la existencia de la justicia criminal. Debido a este segundo derecho, la implementación de un EdP que no implique hacer todo lo humanamente posible por no condenar a un inocente, será legítimo en la medida que los riesgos que conlleve no sean soportados únicamente por algún sector de la sociedad. Por el contrario, la posibilidad de ser llevados a juicio por un delito que no cometimos

es un riesgo que todos corremos día a día. Basta con estar en el lugar equivocado en el momento equivocado.

Ahora bien, como DWORKIN advierte, la distinción entre ambos «sub-derechos» dista de ser tajante. Esto es así, porque para poder realizar una ponderación coherente del daño moral, esto es, determinar el valor que la propia comunidad le otorga a ese tipo de daño a través de sus leyes, no basta con ubicar el registro textual e histórico de las mismas. También es necesario *interpretar* esas leyes, para lo cual tenemos de dotarlas de una justificación, lo que nos remite a los principios morales que tuvimos en cuenta para fundar el primer «sub-derecho» antes analizado (DWORKIN, 2012).

En resumen, para DWORKIN, la legitimidad del EdP dependerá que respete ambos derechos y no que exija hacer todo lo humanamente posible para evitar condenar a un inocente:

«[L]as personas llevadas a proceso penal no gozan del derecho a disponer de los procedimientos más precisos posibles para desafiar los cargos en su contra. Pero si gozan de otros derechos genuinos: el derecho a disponer de procedimientos que otorguen una evaluación correcta al daño moral en los cálculos que fijan el riesgo de injusticia que correrán; y otro, vinculado con el anterior, que en términos prácticos es aún más importante, que es el de recibir un tratamiento igualitario respecto de esa valoración» (DWORKIN, 2012, pp.126). «El contenido de esos dos derechos ofrece un punto intermedio entre la negación de todo derecho procedimental y la aceptación de un derecho superior a la exactitud» (DWORKIN, 2012, pp.124).

Como se dijo anteriormente, LAUDAN realiza una caricaturización de la teoría de DWORKIN en particular, y del deontologismo en general. La idea de hacer *todo lo humanamente posible* es una idea propia de las doctrinas consecuencialistas, pero la misma no puede trasladarse al deontologismo sin caer en un error conceptual. Todos tenemos el deber general de no dañar a otro —del que se deriva el deber de no condenar a un inocente—. Sin embargo, esto no implica que solo cumplimos con el mismo si hacemos todo lo humanamente posible para evitar que nuestras acciones tengan algún efecto perjudicial en los intereses de un tercero. Como sostiene DWORKIN, «[s]i yo fuera a tener todo el cuidado que me fuera posible para no dañar a otros, esa actitud destruiría mi vida, no la mejoraría. No podría siquiera cultivar mi jardín» (DWORKIN, 2014, pp. 356-357). No se nos puede imputar el incumplimiento de un deber si tenemos razones suficientes para suponer que nuestro accionar no iba a dañar a nadie.

Además de la propuesta que DWORKIN realiza en el trabajo analizado, existen otras teorías similares que pretenden dar cuenta del carácter innecesario de hacer todo lo humanamente posible para no dañar a otros —ni condenar inocentes—, las cuales no necesariamente son incompatibles entre sí. Así, la doctrina del doble efecto sostiene que todo acto puede tener una gran cantidad de efectos, entre los que habrá malos y buenos. Siempre y cuando exista proporcionalidad entre los efectos malos y los efectos buenos que son causados por el acto, y que la intención del agente haya sido únicamente causar los buenos efectos, luego la acción estará permitida. En otras palabras, la doctrina exige dos requisitos, a saber: 1) la proporcionalidad de los efectos y, 2) que el agente no

haya querido como fin ni como medio el efecto malo para alcanzar el bueno. Como se mencionó anteriormente, es cierto que en todo sistema penal siempre existirán falsos positivos. Sin embargo, en la medida que para el dictado de una sentencia condenatoria exijamos la ausencia de toda duda razonable respecto de la culpabilidad del acusado —o un estándar de la misma exigencia—, luego no se podrá decir que hemos querido como medio la condena del acusado inocente. Pero no podríamos decir lo mismo, si el EdP fuera una función del cálculo de utilidad, mediante el cual sopesáramos las consecuencias dañosas de dicho estándar con los beneficios sociales que redundarían en la adopción de este.

Hugo SELEME, siguiendo a ZIMMERMAN, ha defendido una concepción «prospectiva» de la obligación moral, la cual es útil para dar cuenta de nuestra convicción moral de que no violamos los derechos de las personas cada vez que las condenamos sin antes haber hecho todo lo humanamente posible para determinar su culpabilidad (SELEME, 2012; 2017; ZIMMERMAN, 2008). SELEME parte de la idea de que, si la norma sustantiva que se impone prevé una pena justa, luego el mejor curso de acción que puede adoptar el Estado es condenar a todos los culpables y absolver a todos los inocentes. Es decir, el Estado legítimo tiene la obligación de condenar a los culpables y de absolver a los inocentes. Ahora bien, este deber del Estado puede ser analizado desde dos concepciones de obligación moral distinta. Bajo una concepción «objetivista», un agente tiene la obligación de realizar un acto si, y solo si, es la mejor opción que tiene. De esta manera, siempre que un agente no realice el mejor curso de acción disponible, habrá violado su deber. Si el Estado absuelve a un culpable, o condena a un inocente, habrá obrado de una manera moralmente incorrecta, sin perjuicio de que pueda excusarse de dicha violación, demostrando que existían razones para dudar de la culpabilidad del acusado en el primer caso, o demostrando la inexistencia de dichas razones en el segundo. Ahora bien, SELEME señala que este no es el único modo de concebir la obligación de castigar a un culpable o absolver a un inocente. Según una alternativa más plausible, «un agente debe realizar un acto si no existe otro que posea un mayor valor esperado, dada la evidencia disponible ponderada por su grado de confiabilidad» (SELEME, 2017, pp.166-167). Desde esta segunda óptica, el curso de acción correcto no sería ya el mejor curso de acción con que dispone el agente, sino el «prospectivamente» mejor. En este sentido, el valor esperado de una acción está dado por el valor actual de sus posibles resultados, en función a la probabilidad epistémica de que los mismos acaezcan a la luz de la confiabilidad de las evidencias disponibles. Entendida de esta manera, el Estado no tiene la obligación de condenar al culpable y absolver al inocente, sino que debe adoptar el curso de acción que sea prospectivamente mejor, dado el valor actual de condenar o absolver personas culpables o inocentes⁷, la probabilidad epistémica de que el acusado sea culpable o inocente en base a los elementos de juicio disponibles, y el grado de confiabilidad de estos últimos (SELEME, 2017).

7. SELEME aclara que este valor actual, está dado por nuestras convicciones morales sobre la importancia que le asignemos a condenar a un inocente y absolver a un culpable.

Llegado a este punto del trabajo, es posible realizar algunas precisiones en torno a la función que cumplen los EdP. En la Sección I vimos como LAUDAN asigna a estos la función de distribuir los errores dentro del proceso. Así, menor o mayor rigurosidad del EdP implicará una menor o mayor cantidad de falsos positivos y falsos negativos. Como sostiene LIPPKE, esta forma de pensar lleva implícita la idea de que existe una determinada relación óptima entre falsos negativos y falsos positivos (v.gr. 2/1; 10/1; 20/1; 100/1; etc.) que la estructura probatoria del proceso —entre la que se encuentra el estándar de prueba— debería tratar de materializar (LIPPKE, 2013). A su vez, es posible decir que esta relación óptima lo puede ser ya sea porque la consideremos intrínsecamente valiosa —para el caso de que pensemos, por ejemplo, que hay algo en la relación 10/1 que la hace moralmente superior a una 9/ 1 o 11/1—, o instrumentalmente valiosa —porque, por ejemplo, maximiza la utilidad general o minimiza la vulneración de los derechos—⁸. Ahora bien, en el presente trabajo se ha intentado cambiar dicha manera de interpretar las cosas. Así, el objeto del EdP no sería ya la de distribuir los errores dentro del proceso, sino que tendría dos funciones íntimamente relacionadas, a saber: 1) materializar la importancia que le asignamos a la posibilidad de causarle daño moral a un acusado al condenarlo erróneamente, derivada a su vez del deber de no dañar injustamente a otro y; 2) otorgar un tratamiento igualitario a los miembros de la comunidad. Estas nuevas funciones no descansan en un criterio *cuantitativo* como el anterior —que presupone la existencia de una relación óptima entre falsos negativos y falsos positivos—, sino que el mismo es de una naturaleza *cualitativa* —intenta materializar el *igual respeto* que le debemos a la posibilidad de condenar a un inocente—. La interpretación propuesta cambia de lugar las cosas: la mayor o menor rigurosidad con la que esté configurado el EdP no intentará materializar una relación óptima. Por el contrario, un criterio cualitativo no responde a ninguna relación entre falsos positivos y falsos negativo, sin perjuicio de que *contingentemente*, de la utilización del criterio adoptado resultará —al menos desde un punto de vista estadístico— una determinada relación entre dichos extremos. Decimos que esta relación es contingente dado que, por ejemplo, un mayor progreso en nuestra forma de conocer los hechos del pasado podría modificar dicha relación sin que la rigurosidad del EdP aumente o disminuya⁹.

Asimismo, es necesario hacer énfasis en una cuestión que muchas veces confunde a los jueces y exaspera a la opinión pública: como comunidad política podemos tener razones epistémicas que nos permiten tener por cierto que el crimen objeto del litigio existió y lo fue por el acusado X —dado que a la luz de las evidencias, dicha hipótesis se presenta como más probable que cualquier hipótesis alternativa—, y al mismo tiempo tener razones no epistémicas para absolverlo al existir dudas razonables sobre dichos

8. El propio LAUDAN considera que teniendo en cuenta los costos y beneficios sociales de los falsos positivos y los falsos negativos dentro del proceso penal norteamericano, la relación ideal sería aproximadamente de dos absoluciones falsas por cada condena falsa (2/1) (LAUDAN, 2012).

9. Cabe remarcar que para el caso de aquellas posturas que diseñen la estructura probatoria del proceso criminal en base a los costos y beneficios sociales que se derivará de la misma, no solo la relación óptima entre falsos negativos y falsos positivos es contingente, sino que también es contingente la rigurosidad misma del EdP.

extremos. Esto es así, dada la diferente naturaleza de ambos tipos de razones: mientras las primeras son de naturaleza teórica —nos indican cómo es el mundo—, las segundas son razones prácticas —nos indican como debemos comportarnos en el mundo—. De esta manera, es posible que, para cumplir con nuestros deberes morales, debamos dejar de lado aquellas creencias fundadas que tenemos respecto de cómo es (o ha sido) el mundo. No existe ningún tipo de contradicción al obrar de esa manera.

IV.2

Retornando a la teoría de DWORKIN, el carácter holístico de la misma nos exige para entender más cabalmente su posición sobre la legitimidad del EdP en el proceso penal, que nos alejemos momentáneamente del objeto principal del presente trabajo y nos focalicemos en la posición más general de este autor sobre las condiciones que debe observar la aplicación coactiva del derecho para ser legítima. Esto es, en su particular concepción de *democracia asociativa o constitucional*.

Estamos de acuerdo en que el concepto de «democracia» refiere al gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo. Sin embargo, ¿cuál es el sentido de todo esto? La noción misma de democracia lleva implícita la idea de *autogobierno*. Es decir, que en la medida que se respeten ciertas condiciones, los actos de la comunidad política a la que pertenezco serán, desde un punto de vista moral, *mis* actos (DWORKIN, 2019). No obstante, ¿cuándo puede decirse que efectivamente nos estamos autogobernando? Una primera alternativa, es entender que este autogobierno solo puede darse bajo un «gobierno de la mayoría». Desde este punto de vista, solo nos podremos ver como autogobernándonos, en la medida en que las personas tengan una igual participación en la toma de decisiones públicas, y que dichas decisiones se tomen por mayoría de votos. La «premisa mayoritarista» sobre la que se asienta esta particular forma de democracia no niega que las personas tengan derechos fundamentales, sin perjuicio de considerar que son las mayorías las que deben responder cuáles son esos derechos. Por el contrario, la concepción de democracia asociativa o constitucional que defiende DWORKIN tiene otro objetivo: el mismo consiste en que «las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos con igual consideración y respeto» (DWORKIN, 2019, pp.24).

Para cumplir con este objetivo, DWORKIN menciona tres «condiciones democráticas» que deben observar las decisiones de la comunidad para ser legítimas, las cuales constituyen condiciones *relacionales*. Esto es, describen la forma en que debe ser tratado un miembro de la comunidad política, para poder ser considerado como un *miembro genuino* de la misma: el primer requisito se refiere a la posibilidad que deben tener las personas de marcar una diferencia en las decisiones colectivas, como por ejemplo mediante el sufragio universal y la elección de cargos. El tercer requisito, se refiere a la independencia ética de los miembros de la comunidad política, es decir, que desde

el Estado no se imponga una determinada concepción de vida buena. Sin embargo, lo que nos importa a los fines del presente trabajo es la segunda condición: que el proceso político de una comunidad política exprese una concepción de *buena fe* de la igual preocupación por los intereses de todos sus miembros, esto es, que las decisiones políticas que afecten la distribución de beneficios y cargas en la comunidad se tomen teniendo una igual consideración por todos (DWORKIN, 2019).

El utilitarismo que propone LAUDAN a la hora de determinar la exigencia del EdP en el proceso penal, de ninguna forma puede ser visto como una concepción *bona fide* de lo que implica tratarnos a todos con igual respeto y consideración, dado que admite el sacrificio de los derechos de algunos, para lograr una mayor satisfacción global de los derechos de otros. Una comunidad política no nos trata como sus *miembros genuinos* si juzga nuestras acciones despreciando el posible daño moral que podríamos llegar a sufrir para el caso de que el veredicto resulte erróneo, con independencia de que seamos efectivamente culpables o inocentes del delito por el que se nos acusa. Por el contrario, lo que la membresía genuina requiere en un proceso penal, es que al momento de juzgarme, se tenga en cuenta la *importancia debida al riesgo de daño moral* que podría llegar a sufrir si se me condena siendo inocente; y que se realice una *ponderación coherente de la magnitud de dicho daño*, de manera que el EdP con el que se me juzgue sea igual al que la comunidad utiliza para enjuiciar al resto de mis conciudadanos. Si se utiliza un EdP que satisfaga estos dos criterios, luego la acción por la cual el Estado me aplique de manera coactiva una pena podrá ser vista desde un punto de vista moral, como *mi acción*, independientemente de que yo sea culpable o inocente del delito en cuestión¹⁰.

Bajo esta óptica, la adopción de un EdP exigente constituiría una *condición democrática* del procedimiento penal en general, y de la sentencia condenatoria en particular. De esta manera, si el órgano encargado de sancionar leyes, mediante una decisión mayoritaria, adoptara un EdP que no respete los dos derechos básicos que tienen las personas al momento de ser juzgadas en un proceso penal, y luego un juez declarara inconstitucional esa ley por no respetar esos dos derechos básicos que tienen las personas en tanto miembros genuinos de la comunidad política, dicha declaración de inconstitucionalidad no menoscabaría la democracia, sino que por el contrario la *perfeccionaría*.

Esta idea de concebir a los EdP exigentes y rigurosos como una condición democrática del proceso penal y la aplicación de las penas, no debería por qué resultarnos extraña. En el *leading case* «In re Winship», la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos reconoció el derecho constitucional que tiene todo acusado a no ser condenado en un proceso penal, salvo que la existencia del hecho por el que se lo acusa y su participación en el mismo se encuentre probada *más allá de toda duda razonable*. Asimismo,

10. Cabe aclarar que la observancia de estos dos criterios a la hora de juzgar a una persona, constituyen una condición necesaria de la legitimidad de la pena impuesta, más no una condición suficiente. El establecimiento de la totalidad de condiciones necesarias para que la pena impuesta sea legítima excede el objeto del presente trabajo.

sostuvo que dicho derecho se deriva de la cláusula de «debido proceso legal» prevista en la decimocuarta enmienda de la Constitución Norteamericana:

«El requisito de prueba más allá de una duda razonable tiene un papel vital en nuestro procedimiento penal por razones convincentes. El acusado, durante un enjuiciamiento penal, tiene intereses en juego de inmensa importancia, tanto por la posibilidad de perder su libertad tras la condena, como por la certeza de que la condena lo estigmatizaría. En consecuencia, una sociedad que valore el buen nombre y la libertad de cada individuo no debe condenar a un hombre por la comisión de un delito cuando hay una duda razonable sobre su culpabilidad» (397 U.S. 358 [1970]).

Ahora bien, ¿qué sucede con las víctimas de los delitos que se habrán de cometer como consecuencia de los falsos negativos que un EdP tan estricto permitirá? ¿Las tratamos como miembros genuinos si no les brindamos toda la protección que les podríamos brindar? Como comunidad política tenemos importantes deberes de protección frente a todos los miembros que la componen: no los trataríamos como miembros genuinos si no los protegieramos de los distintos delitos que podrían tenerlos como víctimas. Sin embargo, esto no implica que para cumplir ese deber de protección debamos hacer *todo lo humanamente posible* para impedir un delito, ni que el cumplimiento de este deber nos habilite a violar los derechos de los acusados en particular —como nos exigía el utilitarismo de LAUDAN—, ni de cualquier persona en general. Por el contrario, debemos distinguir los medios *legítimos* con los que cuenta el Estado para la disminución del índice de delitos, de aquellos *ilegítimos*. Los primeros están compuestos por todos los cursos de acción que el Estado puede adoptar para disminuir dicho índice sin violar el derecho individual de ninguna persona. En la Sección II repasamos algunos de ellos, como podría ser lograr un mayor desarrollo y perfeccionamiento de las policías forenses, una mayor capacitación en cuestiones de epistemología por parte de los operadores jurídicos, adoptar políticas públicas tendientes a la prevención del delito, etc. Esto tampoco significa que se deban destinar todos los recursos del Estado para disminuir el índice de delitos. Por el contrario, para que el Estado cumpla con su deber de protección frente a sus miembros, bastará con que disponga de un sistema *adecuado* para prevenir y perseguir delitos, de conformidad a las particularidades que presente cada sociedad, y teniendo en cuenta la necesidad de contar con recursos para hacer frente al *resto* de los deberes que el Estado tiene para con sus miembros. Si se dispusiera de un sistema tal, y aun así las personas fueran víctimas de algún ilícito, este último no habrá tenido lugar por el incumplimiento del deber de protección del Estado, sino *a pesar* de su cumplimiento.

Por otro lado, y a riesgo de ser repetitivo, los miembros de la comunidad carecen del derecho a que el Estado utilice medios *ilegítimos* para la prevención y el castigo de los delitos, como podría ser la reducción de la exigencia del EdP con que se juzga a los acusados en un proceso penal. No tenemos el derecho a que el Estado subestime el riesgo de daño moral que supone castigar a un inocente, aunque de esa manera nuestro nivel de protección aumente.

¿Y qué sucede con las víctimas de delitos ya consumados? ¿Acaso un EdP exigente no interfiere con su derecho a obtener una sentencia condenatoria respecto de la persona que delinquiró en su contra? La cuestión tiene gran importancia, principalmente cuando por las particulares condiciones en que se cometió el delito no existen más elementos de prueba que su testimonio. Pero incluso en estos casos, la flexibilización del EdP atentaría contra la legitimidad de la pena impuesta. Las personas que son víctimas de un delito no tienen un derecho absoluto a que el Estado castigue siempre a sus victimarios, de modo que algo moralmente disvalioso ocurre cuando —por la razón que fuere— dicho castigo no tiene lugar. No obstante, esto no quiere decir que las primeras carezcan de todo derecho en absoluto. Por el contrario, las víctimas tienen el derecho —y la comunidad política el deber correlativo— de que su denuncia sea tomada en serio por los fiscales y magistrados, como así también que se reúnan todas las pruebas relevantes y que las mismas sean correctamente valoradas. Sin embargo, estas víctimas no pueden legítimamente requerir la utilización de un EdP menos riguroso que el que ellas mismas exigirían para el caso de estar sentadas en el banquillo de los acusados.

En esta Sección se intentó hacer una defensa de los EdP exigentes en el proceso penal a la luz de la teoría de DWORKIN. Así, vimos que para que un EdP sea legítimo, necesariamente deberá otorgar la importancia debida al riesgo de sufrir un daño moral por ser erróneamente condenado, como así también realizar una ponderación coherente de dicho daño de acuerdo con las leyes de una determinada comunidad. Por lo tanto, para dar una respuesta completa a la pregunta principal del presente trabajo, será necesario analizar los principales antecedentes institucionales del ordenamiento jurídico argentino relativos a esta cuestión.

SECCIÓN V. EL EDP LEGÍTIMO PARA EL DICTADO DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA EN ARGENTINA

Como se mencionó anteriormente, corresponde en esta Sección determinar a qué tipo de EdP tienen derecho las personas que son sometidas a un juicio criminal bajo las normas del ordenamiento jurídico argentino. Sin embargo, como se adelantó en la Introducción, la respuesta a esta cuestión dependerá necesariamente de la concepción del derecho que se considere correcta. En este sentido, en un trabajo anterior acepté como correcta la concepción interpretativista del derecho defendida por Ronald DWORKIN. Asimismo, en esa oportunidad también acepté que la mejor interpretación de la práctica jurídica argentina es aquella que requiere que interpretemos los distintos antecedentes institucionales que conforman dicha práctica en su *mejor luz moral* (CÉSPEDES, 2020).

Ahora bien, ¿por dónde deberíamos comenzar para responder a la importante cuestión objeto de la presente Sección? Históricamente se han asociado los derechos que las personas tienen en un juicio penal, al principio de presunción de inocencia, por lo que comenzar por este principio constituye *prima facie* un buen punto de partida. Con

anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, ese principio se derivaba del art. 18 de la Constitución Nacional, el cual establece que «[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...». La reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos, los cuales receptan de manera explícita el principio de presunción de inocencia. Así, el art. 8 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que «[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...». En un sentido similar, contamos con el art. 11 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 14 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹¹.

No quedan dudas, por lo tanto, de la jerarquía constitucional que el principio de presunción de inocencia detenta en el ordenamiento jurídico argentino. Sin embargo, ¿cuál es el alcance que cabe otorgarle al mismo? Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ señala que la presunción de inocencia encuentra distintas formas de expresión en el proceso penal: en primer lugar, actúa como principio informador del proceso; en segundo lugar, determina el tipo de tratamiento que debe recibir el acusado durante el transcurso del procedimiento; y, en tercer lugar, establece importantes efectos en el ámbito probatorio. Desde esta última dimensión, la presunción de inocencia establece ciertas exigencias a la actividad probatoria para que pueda servir de fundamento a una sentencia condenatoria válida (función de regla probatoria), y también actúa como criterio decisorio cuando existe incertidumbre sobre los hechos objeto del litigio (función de regla de juicio) (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005).

Ahora bien, en las Secciones anteriores he sostenido que existen importantes razones de moralidad política para interpretar el principio de presunción de inocencia, *al menos*, como una regla de juicio que establece un estándar de prueba estricto a los fines del dictado de una sentencia condenatoria válida. Esto es así, dado que solo tratamos a los individuos como miembros genuinos de nuestra comunidad política, si al momento de dictar una condena en su contra, el nivel de confirmación de la hipótesis inculpativa guarda proporción con el enorme daño moral que se le puede causar al acusado si el mismo fuera efectivamente inocente. Por esta razón, la *constitucionalidad* de la pena impuesta depende que tanto la existencia del delito como la participación del acusado en el mismo, se encuentren probadas de acuerdo con los criterios fijados por un EdP exigente y riguroso.

En el presente trabajo no pretendo comprometerme con ninguna formulación canónica de EdP para el dictado de una sentencia condenatoria válida, aunque, como se sostuvo en la Sección I, esa formulación debería receptar criterios precisos a los fines

11. Si bien en la presente Sección tengo en cuenta solamente la realidad jurídica argentina, lo cierto es que la mayoría de las constituciones modernas receptan el principio del *in dubio pro reo* en su entramado normativo, por lo que las consideraciones aquí hechas podrían ser operativas también en estas otras realidades normativas.

de permitir una adecuada defensa por parte del acusado. El derecho que las personas tienen en virtud del principio de inocencia puede verse satisfecho con distintos EdP estrictos y rigurosos. No obstante, difícilmente un EdP pueda adecuarse a las exigencias del principio de presunción de inocencia, si el mismo permite que se dicte una condena existiendo otras alternativas exculporias plausibles que puedan explicar los elementos de juicio incorporados al proceso; o si permite condenar al acusado cuando no se han confirmado aquellos datos nuevos que la hipótesis inculporatoria permitía predecir; o si autoriza el dictado de una condena existiendo alguna prueba exculporatoria que sería muy difícil de explicar si el acusado fuera realmente culpable, etc.

La interpretación de la presunción de inocencia realizada en la presente Sección no solo se ajusta al texto de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos. También se ajusta al resto de nuestra historia constitucional, más particularmente, a la jurisprudencia de la CSJN. Así, en el caso «Miguel», la Corte estableció que

«[L]a opción en favor de la condena de Miguel sobre la base de reconocimientos impropios que carecen de apoyatura en otros elementos de convicción, cuando a su vez existen numerosas pruebas que inculporan a un tercero, afecta el principio del *in dubio pro reo* que deriva de la presunción de inocencia (art. 18 Constitución Nacional y arts. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en virtud del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)» (Fallos 329:5628).

En un sentido coincidente, la Corte Suprema sostuvo en el fallo «Vega Giménez» que

«[L]a valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado» (Fallos 329:6019).

En el fallo «Casal», la CSJN estableció la distinción existente entre la tarea de reconstrucción de los hechos pasados que realiza un historiador, de la que realiza un juez en el marco de un proceso penal:

«La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda» (Fallos: 328:3399).

En «Carrera», la Corte insistió con la distinción establecida en «Casal», al sostener que

«[L]a reconstrucción de hechos acaecidos en el pasado que lleva adelante el juez penal en sus sentencias no se produce en idénticas condiciones a las que rodean la actividad de un historiador. Pues, a diferencia de lo que sucede en el campo de la historia frente a hipótesis de hechos contrapuestas, en el derecho procesal penal el *in dubio pro reo* y la prohibición de *non liquet* (arg. Fallos:278: 188) imponen un tratamiento diferente de tales alternativas, a partir del cual, en definitiva, el juez tiene impuesto inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado» (Fallos: 339:1493).

Como puede observarse, en los fallos «Casal» y «Carrera» la CSJN ha explicitado uno de los criterios que conforman el estándar de «certeza», relativo a la ausencia de hipótesis exculpatorias que puedan explicar el caudal probatorio incorporado a la causa a los fines de poder dictar una sentencia condenatoria válida. No obstante, si bien esto implica un importante progreso en materia de EdP, es necesario que se expliciten el resto de los criterios que conforman el estándar de «certeza» para permitir un más adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte del acusado.

CONCLUSIÓN

En el presente trabajo he realizado, siguiendo a DWORKIN, una defensa liberal de los EdP exigentes para el dictado de una sentencia condenatoria en el marco de un proceso penal. De esta manera, como condición necesaria de la legitimidad de la pena impuesta, se requiere que el EdP utilizado asigne la importancia debida al riesgo de daño moral que podríamos causarle a un inocente al condenarlo erróneamente, como así también que se realice una ponderación coherente de la magnitud del daño moral, de modo de otorgarles un igual trato a todos los miembros de la comunidad política.

Actuar correctamente, esto es, respetando el derecho de nuestros conciudadanos, implica correr ciertos riesgos. Probablemente podríamos disminuir el índice de delitos flexibilizando la rigurosidad del EdP que utilizamos en el proceso penal para el dictado sentencias condenatorias. Eso nos volvería una comunidad más segura, pero no una mejor comunidad. Tratar a las personas con el igual respeto y consideración que se merecen requiere que dejemos de lado la seguridad que de otro modo podríamos conseguir. Sacrificar los derechos de las personas en pos de una mayor seguridad, se trata, como sostiene DWORKIN, de un consejo dictado por la vergüenza: «somos más valientes que eso y tenemos más respeto hacia nosotros mismos» (DWORKIN: 2003, pp. 41).

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, D, 2011: «Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII: 483-511.
- CÉSPEDES, T, 2020: *Eutanasia y autonomía*, Buenos Aires, Astrea.
- DWORKIN, R, 1984: *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (trad.), Barcelona, Ariel
- DWORKIN, R, 2003: «Terror & the Attack on Civil Liberties», *The New York Review of Books*, 17, (50): 37-41.
- DWORKIN, R, 2012: *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
- DWORKIN, R, 2014: *Justicia para erizos*, Buenos Aires, FCE.
- DWORKIN, R, 2019: *El derecho de las libertades*, Lima, Palestra.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M, 2005: *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel.
- FERRER BELTRÁN, J, 2005: *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- GASCÓN ABELLÁN, M, 2005: «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 28: 127-139.

- GONZÁLEZ LAGIER, D, 2014: «Presunción de inocencia, verdad y objetividad», en *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho*, Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bonorino (coords.), Granada, Editorial Comares.
- HAACK, S, 2013: «El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica», en *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Carmen Vázquez (ed.), María José Viana y Carlos Bernal (trads.), Madrid, Marcial Pons.
- KYMLICKA, W, 1995a: «La tradición del contrato social» en *Compendio de ética*, Peter Singer (ed.), Madrid, Alianza Editores.
- KYMLICKA, W, 1995b: *Filosofía política contemporánea: Una introducción*, Roberto Gargarella (trad.), Barcelona, Ariel.
- LAUDAN, L, 2005: «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 28: 95-113.
- LAUDAN, L, 2011a: *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi.
- LAUDAN, L, 2011b: «The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is Proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?» *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1: 197-227.
- LAUDAN, L, 2012: «Is It Finally Time to Put “Proof Beyond a Reasonable Doubt” Out to Pasture?» *The Routledge Companions to Philosophy of Law*, Andrei Marmor (coord.), New York: Routledge.
- LAUDAN, L, 2013: *Verdad, error y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons.
- LIPPKE, R, 2013: «Justifying the Proof Structure of Criminal Trials», en *International Journal of Evidence & Proof*, 17, 323-346.
- NINO, C, 1989: *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea.
- NOZICK, R, 1988: *Anarquía, estado y utopía*, México D.F., FCE.
- RAWLS, J, 1995: *Teoría de la justicia*, 2° ed. México D.F., FCE.
- SELEME, H, 2012: «La defensa de un culpable: una justificación moral», *Isonomia*, 37: 17-60.
- SELEME, H, 2017: «Presunción de inocencia y concepciones de la obligación moral», en *Ars Boni et Aequi*, 13, (1): 159-187.
- STEIN, A, 2005: *Foundations of Evidence Law*, Oxford: Oxford University Press
- ZIMMERMAN, M. J, 2008: *Living With Uncertainty*, Cambridge, Cambridge University Press.

