

Sobre la valoración de la prueba en el proceso penal. Por Juan Carlos Ustarroz (*)

Sumario: 1.- Introducción; 2.-El Proceso Penal visto Epistemológicamente; 3.- El Proceso como conocimiento (más o menos) reglado; 4.-De la terminología a emplear; 5.- De la valoración de la evidencia que ingresa al Proceso Penal; 6.- Sistema de estándares o de reglas; 7.-Conclusiones; 8.- Excursus: La racionalidad de los sistemas de juzgamiento medievales.

(*) Ingeniero y Abogado. Trabaja en el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires como Ayudante Fiscal en el Partido de Adolfo Gonzales Chaves. Mail: juan@ustarroz.info

1 INTRODUCCION

En artículos anteriores, he abordado el tema epistemológico del juicio como un proceso por el cual se busca la 'verdad' como dirimente de la acusación condena. Que el derecho no se exprese en un lenguaje formal, hace que debamos plantarnos claramente que significa que una proposición sea *verdadera* o *falsa*, pues esa es la base del conocimiento de proceso penal: un conocimiento orientado a determinar algo que ocurrió en el pasado.

El proceso penal, como parte del sistema jurídico y cualquiera sea su metodología de actuación (sea por juez técnico, por jurado clásico o escabinado) debe necesariamente, para ser justo -en el sentido laxo del término¹, proporcionar criterios adecuados para determinar cuándo las premisas fácticas de las decisiones judiciales están suficientemente justificadas.

En un proceso, para llegar a la verdad de una proposición fáctica que habilite a una condena (o una absolución), las únicas herramientas disponibles son las evidencias que se aportan al debate². El proceso penal tiene normas, que cambian -en intensidad o frecuencia según el sistema penal de que se trate- para a) regular la entrada (o el rechazo) de esas evidencias al juicio; b) para regular como debe valorarse esa evidencia, esto es, para que se convierten en pruebas

¹ La justicia y la verdad de una decisión judicial están intuitivamente relacionadas.

² Más abajo explicaré la terminología que voy a emplear a lo largo del artículo: Todas las producciones intelectuales que tratan sobre la prueba, emplean diferentes acepciones para diferentes conceptos. Parte de este problema se origina por la polisemia del término prueba en español, problema que comparten nuestros colegas de habla Inglesa con el término 'proof'. Esto se complica más aún pues las traducciones de los textos en Inglés que hablan sobre la prueba introducen otros términos que llevan a confusión. Esto no debería ser un problema insoluble, en la medida que los que escribimos sobre estos temas expliquemos que terminología empleamos. En lo personal, prefiero la terminología inglesa, que si bien no puede salvar la polisemia del término 'proof' emplea el concepto de 'evidencia' despejando -al menos en parte- alguna confusión al respecto...

en uno u otro sentido y c) para indicar cuando el aporte probatorio es 'suficiente' para tener por probado algo.

Analizaré, pues, como se valora la evidencia que llevan las partes- particularmente el acusador- para inferir hipótesis fácticas. En los libros de derecho, ya es una frase canónica que existen tres sistemas de valoración: de la Sana Crítica Racional, de la íntima convicción y de las pruebas legales o tasadas.

Después de clarificar cuestiones de terminología (esta rama del Derecho debe ser de las más confusas en este sentido) evaluaré que es y cómo funciona el sistema de la Sana Crítica Racional (en adelante SCR), método que creo es el que se aproxima a una metodología cognoscitiva y que mejor se adapta a nuestra comprensión del mundo, pero veremos las limitaciones que posee este método a la hora de definir la suficiencia de la prueba para tener corroborado su objeto. Abordaré también los problemas que significa la 'libre valoración del juzgador' y la necesidad de contar con reglas 'anti epistémicas' que distribuyan los errores como lo requiere el proceso penal, que si bien es una empresa de conocimiento, es un conocimiento que se adquiere con particularidades, que también detallaré. Si bien me ocuparé de la 'íntima convicción' *desde ya postulo que la misma no es un sistema de valoración de la prueba*, como lo veremos en su momento.

En cuanto al último sistema (pruebas legales o tasadas) los libros lo hacen aparecer como un sistema de valoración perimido propio del sistema inquisitivo medieval y con la carga emotiva negativa que genera este modo de juzgamiento: Veremos que, en primer lugar las pruebas tasadas fueron –en su momento histórico- *las barreras garantistas que tenía el justiciable frente al poder absoluto del juzgador*, por lo que esa carga negativa es injusta y, en segundo lugar, mostraré que hoy nuestro sistema tiene hoy muchas reglas legales que obligan al decidente a adoptar una opción ya definida por el legislador, aun contra sus propias convicciones. Y existen sistemas con muchas más reglas que el nuestro...

Por esto último, evaluaré distintos sistemas de valoración de la prueba pero ***en función del grado de libertad que el sistema le da al juzgador para evaluar la evidencia: Con indicaciones o con reglas***. Ningún sistema se presenta puro, pero tenemos sistemas con el nuestro donde predominan las indicaciones o estándares y otros sistemas donde predominan las reglas como el completo catálogo de las Reglas de Manejo de la Evidencia del derecho norteamericano.

Este artículo debe tomarse como integrado a la serie de artículos sobre epistemología del proceso que he venido escribiendo desde 2018, pues la valoración de la evidencia es un desarrollo clave en la búsqueda de la verdad, ya sea entendida como real o formal, material o procesal, por correspondencia, consenso o coherencia, todas maneras de ver –desde distintos ángulos- la búsqueda de la [inasible] verdad que busca el proceso sobre algo que ocurrió en el

pasado y cuya comprobación según reglas claras, coherentes y –fundamentalmente- comprobables, hace del proceso penal un elemento fundamental en nuestro sistema de Derecho.

2 EL PROCESO PENAL VISTO EPISTEMOLOGICAMENTE

Comencemos a señalar algo importante: El conocimiento que se produce en un proceso penal se realiza *en un contexto de descubrimiento más complicado que el de otras Ciencias: En primer lugar*, no puede usarse todo el material probatorio disponible: En todos los sistemas de juzgamiento, sea por estándares o reglados en cuestiones probatorias³, hay reglas ‘contra epistémicas’ que impiden el ingreso de ciertas evidencias independientemente de su valor probatorio o limitan la información que las mismas pueden brindar, *en segundo lugar*, ese conocimiento (o la falta del mismo) se debe determinar en una corta instancia de tiempo (a diferencia de las otras ciencias que pueden rever sus ‘verdades’ cuando aparece una teoría mejor), *en tercer lugar*, en el proceso penal la ‘duda’ es un operador que no dispara nuevos ámbitos de conocimiento sino que actúa como regla de selección para concluir la investigación, *en cuarto lugar*, no es indiferente la distribución de errores: Todo el sistema de conocimiento procesal (al menos en los sistemas acusatorios) está diseñado para evitar ‘falsos positivos’ (inocentes declarados culpables) y *en quinto lugar* la verdad no es buscada como fin en su misma, sino como disparador de la condena o absolución.

De las diferencias fundamentales en el contexto de descubrimiento con otras ciencias, -incluida la Historia- vistas más arriba, las más importantes son -a mi entender- el acotado plazo que tiene el proceso penal para llegar un resultado y la (casi) imposibilidad de revisión de éste (en el mundo científico, las teorías pueden ser refutadas en cualquier oportunidad)⁴, lo cual obliga – por sus gravosas consecuencias- a una distribución de errores asimétrica.

*Pero la distinción cognoscitiva entre el proceso y otras Ciencias alcanza también al contexto de justificación*⁵: Si bien el historiador, el astrónomo, el biólogo y el juez se van a basar en criterios epistémicos (pues -como vimos-, los cuatro ejemplos son ejemplos de procesos de conocimiento), el proceso penal tiene ‘reglas’ (con mayor o menor intensidad según el sistema)

³ Hablaré sobre estos sistemas más abajo...

⁴ La improbable excepción está representada en el recurso de revisión de sentencia...

⁵ La confusión entre el contexto de descubrimiento y el de justificación en el proceso penal es la que –a mi entender- da base a las posturas ‘realistas’ o ‘críticas’ que reducen el conocimiento del proceso a un mero acto decisionista del juzgador.

que son ‘contra epistémicas’. Es decir, obligan a dar algo por probado, o por no probado, o determinan que algo no puede ser parte del análisis probatorio⁶. *Aclaro que en este punto no me refiero exclusivamente a las reglas de exclusiones probatorias que imposibilitan el uso de la prueba obtenida ilegalmente. Si bien las reglas de exclusión son –obviamente- contra epistémicas, hay muchas otras reglas ‘contra epistémicas’ en la etapa de valoración de la evidencia, y en los ámbitos recursivos de la sentencia original.*

Como dije en un artículo anterior, el tema de la ‘verdad’ no es un tema que hayamos analizado muy profundamente los juristas litigantes, tan empeñados en seguir las técnicas del proceso en manera automática, que nos hemos olvidado de reflexionar sobre la verdad que buscamos probar (en acusación o defensa) para conseguir probar nuestra teoría del caso. ***Además de ello no reflexionamos sobre la calidad de la verdad a la que llegamos.*** Entiendo que es una falta injustificable no reflexionar sobre este tema en el acto de procedimiento más gravoso que puede tener un Estado contra un individuo⁷.

3 EL PROCESO COMO CONOCIMIENTO (MAS O MENOS) REGLADO

El proceso penal tiene como finalidad la de determinar la verdad de una proposición fáctica respecto a un hecho que ocurrió en el pasado, es decir es una empresa epistemológica similar a la del historiador que quiere investigar –por ejemplo- si la peste negra en la Europa Medieval del siglo XV fue producida por la pulga de la rata, pero también es similar como empresa de conocimiento a actividades ajenas a la historia, como la tarea del astrónomo que quiere ver si hay vida bacteriana en marte o a la del biólogo marino que intenta describir el régimen alimentario de la fauna ictícola en la fosa de las Marianas.

En estos procesos de conocimiento, las proposiciones fácticas se van a apoyar en evidencias que se van a incorporar al proceso de forma más o menos reglada según el sistema que se trate. Luego de una valoración –eventualmente- esas evidencias se trasformarán en prueba que resaltarán la verdad o falsedad de una hipótesis fáctica.

La evidencia ingresa al proceso penal a través de las partes (principalmente la acusación) con el fin de corroborar una hipótesis fáctica que puede ser la principal (el objeto del proceso penal)

⁶ Por caso el valor nulo de una testimonial de un conyugue o un pariente consanguíneo en algunas oportunidades (CPPPBA 234).

⁷ Esto se pone aún más en crisis en el sistema donde el veredicto está a cargo de jurados legos. Porque a los problemas de justificación de la verdad alcanzada ahora se le suma que nos es imposible conocer la motivación de un jurado, ya que el nuevo sistema descansa justamente en esa falta de motivación. El jurado decide según su ‘intima’ convicción...

o una secundaria (alguna hipótesis fáctica que apoye o niegue la primera). El primer tipo de evidencia una vez valorado se transformará en prueba directa, el segundo caso será prueba indirecta: La evidencia que conforman las cámaras de vigilancia que muestran al sospechoso salir de su casa y volver a la misma con una mochila en el espacio temporal que un club de las cercanías fue desvalijado es prueba indirecta; el acta de allanamiento de la vivienda del sospechoso donde se registra el hallazgo de varios objetos denunciados como robados es prueba directa.

En un proceso penal, pues, no hay (normalmente) una sola hipótesis fáctica: '*Cayo mató a Tisio*', '*Sempronio firmó un documento que no debía firmar siendo funcionario público*', '*Livia hurtó un teléfono a Mesina*', pueden ser hipótesis fácticas coincidentes con el objeto del proceso, pero en el juicio aparecen siempre otras hipótesis fácticas (indirectas) que deben combinarse para tener solvencia en la demostración final: puede investigarse la hipótesis que plantea la defensa referente a que ese día estaba en otra ciudad, puede investigarse si Sempronio cumplía funciones como funcionario público cuando firmó el documento pues afirma haber renunciado el día anterior y puede investigarse si Mesina no es hija de Livia. A veces las otras hipótesis indirectas pueden tener más necesidad de análisis o ser más importantes que el hecho fáctico objeto del proceso: Cayo podría admitir que mató a Tisio, pero éste lo atacó primero, cumpliendo una amenaza que le hizo el día anterior, por ejemplo.

Veamos, en orden lógico, la estructura de conocimiento que rodea a un proceso penal:

Se ha dicho que la sentencia parte de un silogismo con dos premisas

P1: "El que matare a otro tendrá una pena entre 8 y 25 años de prisión" (CP 79)

P2: "Cayo mató a Tisio"

C: "Cayo debe ser condenado a una pena entre 8 y 25 años de prisión"

El 'proceso justo' implica (entre otras condiciones) la condena de Cayo (C) como el resultado de la subsunción de un hecho que se determinó como comprobado más allá de la duda razonable (en adelante BARD⁸) (P2) en una norma jurídica (válida) (P1).

Vamos a dejar en este estudio los problemas de P1 (que los tiene)⁹. Este artículo *trata sobre la valoración probatoria para sostener la premisa P2*. Esta es resultado de un razonamiento

⁸ BARD: "Beyond Any Reasonable Doubt" (más allá de una duda razonable), acrónimo que suelo usar en mis artículos. Obsérvese que el BARD (por dificultoso que sea su definición) está relacionado con la suficiencia de las razones para tener por probado algo a partir de las pruebas que aporta la evidencia. EL problema es que esa suficiencia está ligada en muchos estados norteamericanos a una convicción moral. Esto no es extraño en una cultura jurídica donde las decisiones son inmotivadas, pero sí en nuestro ámbito.

⁹ P1 puede tener aristas complicadas, por ejemplo: 1) cuando una norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho, 2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas

inductivo, por lo tanto, el ‘output’ del proceso (la sentencia) no es, pues, resultado de un silogismo práctico, pues la premisa menor P2 (“Cayo mató a Tisio”) no es necesariamente verdadera (del tipo “Sócrates es hombre”) sino que es *solo probable* **pues es resultado de un razonamiento inductivo**¹⁰. Técnicamente, la sentencia (“Cayo debe ser condenado a una pena entre 8 y 25 años de prisión”) es el resultado de un razonamiento *que no es deductivo sino abductivo* (la primer premisa es verdadera¹¹ y la segunda probable). EL silogismo –por el contrario- es siempre verdadero (“Sócrates es mortal”) (-obviamente- si son verdaderas sus premisas)¹².

Es por ello, (y por las gravosas consecuencias que tiene la sentencia sobre Cayo) que el análisis de la evidencia que prueba la verdad de P2 tiene una distribución de errores *que hace que sea más difícil condenar que absolver. En un proceso penal – a diferencia de otros procesos de conocimiento donde lo que se trata es de minimizar los errores- se trata de distribuir los errores de tal manera que siempre sea más difícil llegar a condenar a un inocente (‘falso positivo’) que condenar a un culpable (‘falso negativo’)*. Esto no se logra solo con el ‘in dubio pro reo’ como se cree. Ello sería insuficiente. Se logra con estándares o reglas en la valoración probatoria, más o menos complejas según el sistema de que se trate, como veremos mas abajo.

Sigamos: En nuestro ejemplo, podemos tener que la acusación introdujo la siguiente evidencia (referente a P2, la premisa menor):

P₂₁: Sempronio vió a Cayo salir de la casa de Tisio con sangre en sus manos

P₂₂: Livia vió a Cayo salir de la casa de Tisio con sangre en sus manos

P₂₃: Marcellus vió a Cayo salir de la casa de Tisio con sangre en sus manos

Por lo que la acusación quiere dar por probada la hipótesis principal:

aclarativas, limitativas o extensivas, 3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas, o 4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones, pero ello no quita que el proceso de conocimiento del debate se aplica exclusivamente para obtener la verdad sobre la premisa menor (P2)

¹⁰ En un razonamiento inductivo, -a diferencia del deductivo del cual no se discute la verdad de la conclusión si son ciertas las premisas,- las premisas NUNCA determinan la verdad de la conclusión, solo su probabilidad de verdad.

¹¹ Técnicamente no puede argumentarse sobre la verdad o falsedad de P1 pues es una norma prescriptiva, solo podemos decir que es justa o injusta, pero –como dije en un artículo anterior- podemos decir que es verdadera la proposición que describe a P1. Los problemas de P1 para el razonamiento general, son otro tema.

¹² “Los gatos vuelan”, “Morticia es mi gata” por lo tanto “Morticia vuela” es un silogismo perfectamente definido...con una premisa falsa, por lo tanto su conclusión es absurda... Esto se refleja en algunas sentencias, más bien como falacias en la forma de petición de principios...

P2: Cayo mató a Tisio.

Aquí vemos como se construyó la 'verdad' de P2 (la premisa menor). En este caso hipotético, donde las únicas pruebas son las razones que parten de la evidencia testimonial, si creemos .por alguna razón- que los testigos dicen la verdad, concluiremos que Cayo tenía sangre en las manos y esto nos llevará a la hipótesis fáctica principal como la probabilidad que Cayo haya matado a Tisio. Esta probabilidad aumentará si más testigos declaran en el proceso en forma coincidente con Sempronio, Livia y Marcellus, pero siempre es posibilidad, nunca certeza, al menos como la que resulta de un razonamiento deductivo válido. Tenemos 'buenas razones' con los testimonios: Nuestra *experiencia y sentido común* nos dice que si tres testigos dicen lo mismo, aumenta la posibilidad que lo que dicen esos testigos sea cierto. Y si es cierta esta hipótesis fáctica, nuestra *experiencia y sentido común* nos dice que es probable que si tiene sangre en las manos haya estado relacionado con un hecho violento (que es la hipótesis fáctica principal).

Sin embargo, siempre existe la posibilidad que los testigos estén complotados para ocultar el verdadero autor, o confundan a Tisio con una persona muy parecida. Cayo podría intentar refutar P2 argumentando que es cierto lo que dicen los testigos pues luego de intentar ayudar a Tisio salió en busca de ayuda, o también se puede falsear refutar si Micena afirma y demuestra categóricamente que Cayo estaba con ella en el momento de los hechos.

Así, el razonamiento judicial completo es un razonamiento lógico, abductivo, cuya conclusión es verdadera si son verdaderas sus premisas. Pero, mientras que la premisa mayor esta 'servida' en el proceso, -es más, le antecede- no sucede lo mismo con la premisa menor, ya que ella misma es el objeto del proceso penal.

Las hipótesis fácticas giran –pues- respecto a P2, la premisa menor, La proposición fáctica principal será entonces que Cayo Mató a Tisio, pero quizás ingresen evidencias que intenten corroborar otras hipótesis fácticas en favor (o en contra) de la hipótesis fáctica principal, como “...el día del hecho Cayo tenía sangre en las manos...”, “...el día del hecho Cayo estaba cenando con Mesina...” o “...Sempronio tenía una fuerte enemistad con Tisio y no puede explicar que hacía el día del hecho...”

4 DE LA TERMINOLOGIA A EMPLEAR

Debo aquí –ahora sí - destacar y aclarar una confusión permanente en todos los textos que hablan de prueba: En nuestro lenguaje la palabra 'prueba' es polisémica: Se refiere tanto al proceso de conocimiento en sí (“*vamos a probar que...*”) como al resultado final (“...*esto es la 'prueba' que...*”), pero también se refiere a los elementos convictivos que apoyan una hipótesis fáctica. Yo empleo la palabra prueba con esta última acepción con dos aclaraciones: a) Emplearé

la palabra ‘evidencia’ como los elementos ‘crudos’ que ingresan al proceso por las partes. En la terminología de este artículo evidencia y prueba no son sinónimos a diferencia de lo que ocurre en nuestro medio, donde la palabra evidencia casi no se usa¹³; b) *La prueba es la evidencia valorada en favor (o en contra) de una hipótesis fáctica*. EL objeto de prueba está constituido – pues- por la hipótesis fáctica que la evidencia (valorada) intenta corroborar. El término no trae consigo un ‘quantum’ de intensidad. *Hay pruebas fuertes o débiles, directas o indirectas, pero son siempre pruebas*. En algunos textos se emplea el término ‘indicios’ como pruebas indirectas, pero evitaré en lo que pueda ese término que reservaré para otros usos.

5 LA VALORACION DE LA EVIDENCIA QUE INGRESA AL PROCESO PENAL

Cuando presentamos una hipótesis fáctica como probada por la valoración de la evidencia, estamos haciendo algo que ha estudiado la filosofía del lenguaje respecto a que *el hecho de afirmar algo tiene un plus respecto a otros aspectos del habla* (como pedir, mandar o expresar sentimientos): El que afirma algo (el juez, el historiador o los científicos) se compromete con el resultado y con las ‘razones’ que dan cuenta de ese resultado. *El tema es ver cuando son buenas o malas razones*: Si un juez condena en un hecho de abuso sexual pues la absolución sería impopular o le traería problemas en su carrera, no es un ejemplo de buenas razones¹⁴. En derecho y en las demás ramas del conocimiento, las ‘buenas razones’ se relacionan con la experiencia en el mundo. **Son las razones ‘epistémicas’**. No son las únicas razones que pueden justificar una hipótesis fáctica, pero abordaré estas con exclusividad por ahora¹⁵. Dejo claro también que hay corrientes filosóficas que dudan que las razones epistémicas sean las ‘buenas razones’ que se necesitan para corroborar una hipótesis fáctica¹⁶, pero no puedo abordar este análisis ahora, pues nuestra cultura jurídica –en tiempos modernos- considera las razones epistémicas como apoyo a la pretensión fáctica, y ya con eso tenemos bastante por discutir. Solo diré que estas objeciones están relacionadas –aunque no siempre se diga así- con el eterno

¹³ Así el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires habla de “medios de prueba” cuando se refiere a las evidencias testimoniales, periciales, etc. (Libro I, Título 8). En el idioma Inglés, la ‘evidence’ y el ‘proof’ son conceptos diferenciados semánticamente.

¹⁴ El ejemplo no es caprichoso, en estos días...

¹⁵ Hay otro tipo de razones que justifican una acepción fáctica, que son las razones para la acción, pero de por ahora las dejaré de lado.

¹⁶ Ver por caso, HAACK, “*Evidence and Inquiry. A Pragmatist Reconstruction of Epistemology*”, Amherst, N.Y., Prometheus Books, 2009.

dilema del conocimiento: Si el objeto conocido es 'dado' al observador o este lo construye con su mirada.

En nuestra cultura jurídica, la lógica dominante es no imponer reglas al juzgador, dejando a su criterio no solo el ingreso de la evidencia sino también la valoración de la misma. Esto no es absoluto, pues como dije antes hay reglas en cada etapa, pero el nuestro es un sistema regido fundamentalmente por estándares (directivas) en lo que se refiere a la evidencia: En casi todos los sistemas procesales penales de nuestro país, rigen dos principios rectores: a) la libertad probatoria (cualquier medio de prueba, que sortee las reglas de exclusión es admisible) y b) la prueba es valorada con la 'Sana Crítica Racional (SCR)'¹⁷

No todos los rituales adjetivos de la Nación explicitan esto de la misma forma y – en particular- en la Provincia de Buenos Aires (PBA), el legislador no tuvo la redacción más feliz, siendo superado por expresiones más claras en códigos procesales más modernos como el Federal o de Chaco. Pero lo cierto es que en el ámbito de valoración de nuestro país, rige la admisibilidad de cualquier tipo de evidencia (siempre que su producción o análisis no viole garantías constitucionales), así como la libre valoración de esta.

Al pasar recuerdo lo que anticipé más arriba respecto que **la 'íntima convicción' no es un método de valoración de la evidencia**, así que no la analizaré como tal: La 'íntima convicción' es una metodología procesal que le permite al decidente no explicitar las razones de porque evaluó la prueba en uno u otro sentido: Lo puede haber hecho con la SCR, la astrología, el tarot o porque el fiscal le caía antipático. Salvo que creamos que el juzgador tuvo una epifanía, la evidencia que le mostraron las partes fue valorada -de alguna manera- en la cabeza de éste (lo más prudente sería suponer que con su SCR) pero las razones las mantiene 'in pectore'. Este permiso de 'no motivación' es inherente al juicio por jurados los que teóricamente (solo teóricamente) siguieron las instrucciones del Juez antes de pasar a deliberar, el que, para confeccionarlas...debió usar su sana crítica racional (SCR). Por lo tanto, descarto el uso de la 'íntima convicción' como elemento valorador de la prueba. Por el contrario es un (peligroso) procedimiento por el cual esa valoración – se haya realizado como se haya realizado- queda oculta a la luz del resultado final. En los jurados populares, donde prima este sistema, la única barrera contra la total arbitrariedad en el control intrínseco que exige el consenso de 8, 10 o 12 jurados. Si se usara este sistema con un Juez

¹⁷ En la Provincia de Buenos Aires (PBA) este aspecto está cubierto por los artículos 209 (*"Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquiera de los medios de prueba establecidos en este Código. Además de los medios de prueba establecidos en este Código, se podrán utilizar otros siempre que no supriman garantías constitucionales de las personas o afecten el sistema institucional...."*) y 210 (*"Para la valoración de la prueba sólo se exige la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción."*) de la ley 11.922

profesional estaríamos en problemas. De hecho, se usó en el pasado: En los primeros tiempos de la Ilustración, los jueces d'Assises, despojados de las trabas que les imponían las pruebas tasadas, emplearon ese sistema, con resultados funestos.

Que se utilice la SCR como método fundamental para la valoración probatoria no es extraño, pues este método *que se basa en la razón, el sentido común y la experiencia* brinda soporte a las razones epistémicas, es decir es coherente con nuestra percepción del mundo.

Si bien algunos textos figura la 'psicología' como parte del SCR, no me queda claro que aporte pueda hacer ésta en la concepción del mundo, en lo que se refiere a la valoración de la evidencia en juicio. Cualquier inferencia a aspectos subjetivos en estándares de análisis que deben ser objetivos para facilitar su control, me parece peligrosa, y más cuando la psicología se auto percibe como una práctica, no una ciencia. Si a lo que se refiere esta inclusión es a los elementos psicológicos por los cuales el decidente adopta una u otra opción (elementos de psicología cognitiva), acepto la inclusión de la psicología como un 'meta análisis' que evalúa como es el método de evaluación de la prueba, donde la psicología puede recrear el paso de la aprehensión, explicación y argumentación sobre la evidencia en la mente del decidente. *Pero esto no forma parte de la sentencia, que es resultado de la valoración de la evidencia y no de la valoración del proceso de valoración, que se reserva para los comentarios a fallo.*

Por el contrario, me parece que entre los elementos constitutivos de la SCR debería incluirse a la ciencia consensuada, esto es, los aportes de la genética, la física, la biología, la medicina, la matemática¹⁸. Por 'consensuado' filtro los métodos que carecen de aceptación como científicos, como los sistemas de detección de mentiras, la astrología¹⁹, etc.

Ahora, el uso de la SCR para obtener 'buenas razones' para sostener una proposición fáctica **no resuelve todos los problemas**, pues si bien la SCR nos permite otorgar 'peso' respaldatorio a la evidencia en uno u otro sentido, subsisten algunos problemas de tal magnitud que *fundamentan –incluso- teorías que descreen que la valoración de la evidencia deba realizarse con*

¹⁸ Los aspectos relacionados con el empleo de la matemática en la valoración probatoria los abordaré –si Dios quiere- en otro trabajo..

¹⁹ No obstante, hay ramas de ciencias aceptadas como tales que tiene hipótesis no confirmadas, y su valor de corroboración puede ser discutido si se lo objeta como una conclusión definida, así ocurrió en el famoso caso **Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.**, 509 U.S. 579 (1993), un caso que se ventiló en las Cortes Federales de USA y donde se determinó el estándar requerido para admitir un testimonio de expertos en un tema científico controvertido, lo que dio origen a las 'reglas de Daubert' y reemplazó algunas de las reglas Federales de Evidencia (FRE por sus siglas en Inglés). Veremos más abajo que el sistema norteamericano es un sistema de valoración probatoria basado en la aplicación de muchas reglas.

*fundamentos epistémicos*²⁰. Obviamente, no comparto esta posición, pero debemos analizar los problemas que deja subsistente la adopción de la SCR como valoración de la evidencia. Este es un análisis provisional. En el listado que sigue no quiere decir que no se me escapen otras dificultades ni tampoco debe deducirse que del orden en que se presentan, los primeros son mas importantes que los siguientes.

¿Cuándo una prueba es suficiente para concluir que la hipótesis fáctica que intenta corroborar es verdadera?

No es extraño que sea el primer problema que plantea el uso de la SCR para la valoración de la prueba, pues la lógica que presupone la SCR incluye –justamente– el principio de *‘razón suficiente’*.

Ninguna empresa cognoscitiva, ni la del juez, ni la del historiador, no la del astrónomo ni al del biólogo lleva en sí la certeza del triunfo. Por el contrario, lleva la impronta de la provisionalidad del conocimiento de las ciencias, donde siempre se puede obtener una teoría mejor.

Así, el primer problema que tenemos con la SCR es poder decidir *cuando la valoración de una evidencia tiene peso suficiente es suficiente para confirmar la hipótesis que intenta corroborar*.

Un estándar posible en ciencias penales es la *‘duda razonable’*. Al superar una duda razonable (BARD²¹ –por sus siglas en Inglés) tendremos que la valoración de la evidencia corrobora la hipótesis fáctica. Si bien el empleo de la *‘duda razonable’* como umbral a superar proviene de la cultura sajona con jurados legos, se emplea desde hace tiempo en nuestro sistema que se basa –como vimos– en la sana crítica racional (SCR) para la valoración probatoria: Así, la SCBA ha dicho: *“...no observo en la sentencia recurrida aspecto alguno que evidencie la existencia de la duda. De la sentencia surge claramente que la Excma. Cámara en su análisis de los la sana crítica, pudo llegar a su convicción **más allá de toda duda razonable...**”* (Suprema Corte de Justicia, causa P.67.027, septiembre de 2007). La *‘duda razonable’* no es –pues– a pesar de su origen incompatible con un sistema como el nuestro que se basa en la libre convicción del juzgador. En el derecho comparado lo tenemos, por ejemplo en el Estatuto de Roma donde se crea la Corte Penal Internacional en el art. 66 inc.3 donde se dice *“Para dictar sentencia*

²⁰ La famosa expresión de Alf Ross que equipara la valoración a un acto íntimo y discrecional del juzgador equivalente a “un golpe sobre la mesa” y que comparte el Realismo crítico Norteamericano, confundiendo- a mi entender- el contexto de descubrimiento y de justificación del proceso.

²¹ **BARD**: “Beyond Any Reasonable Doubt”, como dije antes.

*condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado **más allá de toda duda razonable.***" (la negrita es mía).

El BARD es un umbral alto y coherente con la distribución de errores de un proceso penal²², pero presenta algunas cuestiones que es necesario clarificar para llegar a su bien uso, pues *lo que se presenta como duda razonable para unos puede no ser lo para otros.*

En otro artículo analicé los intentos de la jurisprudencia americana en definir el BARD – tema particularmente importante pues forma parte de las instrucciones a los jurados legos- pero en lo que aquí importa resultan tres problemas con el uso acrítico del BARD: a) es indeterminado, b) es subjetivo, c) en algunos sistemas, como el de jurados no se explicita como se llegó a superar la duda razonable.

Estos problemas sobre la duda razonable pueden superarse, si creamos en nuestra cultura jurídica nuestro propio concepto de BARD, objetivizándolo en la evidencia y desentendiéndonos del concepto tal como se usa en los Tribunales Norteamericanos, - donde, mas allá que es objeto de fuertes discusiones- fue creado en el contexto de la epistemología empirista predominante en el siglo XVII en los países sajones²³, epistemología que, unida a la lógica puritana lo asemejaron a la 'certeza moral'²⁴, concepto hoy en crisis incluso en USA, pero que es necesario desterrar completamente.

²² Que soporta falsos negativos, pero no acepta falsos positivos...

²³ *"...Una de las explicaciones más utilizadas tradicionalmente asimilaba el estándar 'más allá de toda duda' razonable, a una exigencia de certeza moral. Esta equiparación, utilizada intensamente durante el siglo XIX, es interesante porque conecta al estándar de prueba penal con una tradición epistémica utilizada intensamente en el siglo XVII y- en especialmente la versión desarrollada por Locke en 'An Essay Concerning Human Understanding' (un Ensayo referente al Entendimiento Humano)-, que podría efectivamente ofrecer un marco para una elaboración del significado de la fórmula de la 'duda razonable' en la medida que utilizaba la expresión "certeza moral" para designar el grado más alto de justificación al que podían aspirar las creencias sobre asuntos empíricos..."* Viale de Gil, P. , "¿La prueba es suficiente cuando es suficiente?", Revista Pensar en Derecho, UBA, Buenos Aires, 2014, la traducción es mía y agregada.

²⁴ *"...con el tiempo la fórmula "Más allá de Duda Razonable" se extendió a las colonias Inglesas en USA que lo adoptó para los jurados estatales y los juicios Federales. En esa época, los jurados ya se liberaron del juramento original y el BARD empezó a figurar en las Instrucciones previas a la deliberación. La definición 'canónica' del BARD que se convirtió en un estándar usado durante mucho tiempo en las Cortes Norteamericanas fue la del Juez Lemuel Shaw, de la Corte Suprema del estado de Massachusetts quien dijo "...que es la duda razonable? Es un término muy usado, bonito y parece ser fácil de entender, aunque no es fácil definirlo. No es una mera duda, ya que todos los asuntos humanos relacionados con la convicción moral están abierto a la duda, real o imaginaria. Es que el caso luego que comparen todas las evidencias mostradas deja en el decidente una convicción fuerte, una **certeza moral de que la acusación es verdadera.** La carga de la prueba la tiene el acusador. Todas las presunciones de la ley son de inocencia. Y si luego de toda la prueba hay una duda razonable que resta, el acusado debe ser absuelto. No es suficiente con que haya una probabilidad -aunque sea fuerte- que los cargos con que se lo acusan sean verdaderos, sino que la evidencia debe establecer la verdad de los hechos con una certeza tal que satisfaga la razón y el juicio*

Obsérvese que no es indiferente considerar que el umbral sea subjetivo u objetivo: Si –como parece estar ocurriendo con el avance de los juicios por jurados- tomamos acríticamente el concepto de BARD tal como se concibió canónicamente en los Tribunales Norteamericanos, esa ‘certeza moral’ tiñe el proceso de toma de decisión con una consistencia de petición principios: *Es evidente que cuando el juzgador se encuentre ‘convencido’ que una hipótesis fáctica ha corroborado una evidencia, el juzgador puede decir que está convencido ‘mas allá de toda duda razonable’, pero...primero se convenció y se justifica su convencimiento diciendo que superó el umbral.*

Veamos otro problema: Un Tribunal (en la PBA los juicios criminales son llevados a cabo por Tribunales y los correccionales por juez unipersonal) podría dictar sentencia condenatoria por mayoría de dos votos razonados “más allá de toda duda razonable” y una disidencia, también razonada, que propugna la absolución. *¿Qué hacemos con el tercer juez? ¿Lo echamos por irracional? ¿Lo acusamos de prevaricato?* Parecería que el umbral de duda razonable solo elimina las decisiones de un juzgador timorato que podría llegar a condenar aún sin convencimiento pleno. Esperemos que estos no existan, por lo que el umbral del BARD merece algún tratamiento intelectual adicional, sino... es una fórmula sin sentido.

Que el BARD aparezca como algo subjetivo y- peor aún- relacionado a la moral ni siquiera se puede, como intentan algunos, verlo como algo virtuoso (por ejemplo, podría pensarse que al decisor se impone la exigencia subjetiva que las evidencias que conduzcan a prueba condenatoria deben ser mucho más convincentes que las exculpatorias) pues también puede llevar a valoraciones subjetivas que comprometen un juicio acorde a un Estado de Derecho si esos estándares se basan en el el ‘sentido común’ que dice *que los violadores no se curan, que los drogadictos roban para pagarse la droga, que los niños no mienten, etc.* Estos estándares de suficiencia en la motivación no serán objeto de revisión, pues basta...con no mencionarlos. Aquí no hay diferencia entre el juez o el jurado lego.

Sin embargo, el BARD no parece tan ilógico cuando nos desprendemos de la tradición sajona de considerarlo “un convencimiento moral” y lo objetivamos en la evidencia (que valora el juez). Veamos.

El umbral de la duda razonable

de los que están obligados a actuar responsablemente sobre esto...” Ustarroz, J. “Conceptos epistemológicos sobre el juicio por Jurados”, Revista Pensamiento Penal, Buenos Aires, abril de 2020 (la negrita es mía)

La duda razonable es el umbral a superar para tener por probada la hipótesis convictiva. Su condición de umbral aparece claro a la luz del término ‘*mas allá*’²⁵.

¿Esto supondría que, cuando un juez toma una decisión por la condena, las únicas dudas que le quedan (si le quedan) son las irrazonables? En la vida diaria, no caben dudas que esto es así: Podemos tomar decisiones con dudas razonables (“*voy a aceptar el puesto en Thailandia, aunque no sé si podré cumplir con el pedido de aprender el idioma en seis meses*”), e incluso podemos tomar decisiones con dudas irracionales (“*voy a aceptar el puesto en Thailandia, aunque no sé si el avión llegará allí pues puede caerse antes*”).

¿Ocurre este mismo proceso en el pensamiento judicial? No parece²⁶. ¿Que puede pensar un juez que condena con algún tipo de duda? Si piensa “*las evidencias me llevan a suponer que el imputado es culpable, solo me queda la duda acerca de ese testigo que me parece que mentía*”, si esto es así la duda no parece irrazonable, y más aun si el testigo dio fuerza a la evidencia convictiva, y –en ese caso- el juzgador estaría condenando por debajo del umbral. Ahora, si el juzgador pensara “*las evidencias me llevan a suponer que el imputado es culpable, solo me queda la duda pues éste emanaba un aura de inocencia*” parece ser que si le queda una duda irrazonable (a los que pensamos con la SCR) y no habría problemas con su voto condenatorio.

¿Pero...seriamente...puede razonar así un juez? **La respuesta es...sí... pero no en el instante de su voto.** *No se puede confundir el contexto de descubrimiento con el de justificación.* Cuando un juez llega a la convicción que el imputado es culpable, ya no está en el contexto de descubrimiento, sino en el de justificación. Y no tendrá ninguna duda, ni razonable ni irrazonable. Y esto saltará pues además de *justificar* porque está convencido (por el aporte de un testigo, de una pericia, de una reconstrucción ocular o varias pruebas concordantes) deberá *motivar* porque ese testigo, pericia o reconstrucción lo convencieron.

No ignoro que el párrafo anterior puede ser ‘naif’ si alguien considera que muchos jueces no votan convencidos. Puede ser, pero no es el tema de este artículo. Prescriptivamente, el juez *debe tener la convicción* de la culpabilidad en un voto de condena y una duda razonable en un voto de absolución. En un proceso judicial, en el contexto de justificación, ya no pueden quedar dudas en la condena. De cualquier manera, el juez deberá filtrar su proceso lógico con los fundamentos de su voto, a riesgo que la sentencia aparezca inmotivada. Es cierto que en los

²⁵ En los libros aparece definido frecuentemente como ‘estándar de prueba’, termino que sin duda proviene de su definición inglesa ‘standard of proof’, pero el término ‘estándar’ no refleja el significado de la expresión, que se convierte en una barrera a superar por el que quiere probar una hipótesis fáctica. Por eso, prefiero definirlo como ‘umbral’....

²⁶ Lo que –de paso- refuerza la inconveniencia de presentarle a los jurados la “duda razonable” como la que se les presenta en asuntos de vida cotidiana, tal como ocurre en muchas instrucciones al jurado en nuestro país.

juicios por jurados estos no motivan, pero el control viene por el consenso que se le impone y...por alguna razón nuestros legisladores con un fuerte apoyo de la Corporación Judicial y de los Abogados decidieron aceptar el riesgo de decisiones inmotivadas.

Pero volvamos al contexto de descubrimiento, concretamente al razonamiento *“las evidencias me llevan a suponer que el imputado es culpable, solo me queda la duda acerca de ese testigo que me parece que mentía”*. En este proceso mental, si bien es la subjetividad del juzgador la que juega a la hora de aparecer convencido, *el umbral de duda se objetiviza en la evidencia*: Si ese testigo es clave para la condena o no, es un hecho objetivo, no subjetivo. Si ese testigo daba lugar para la duda en su declaración (titubeos, contradicciones, actitud corporal) es un hecho objetivo, no subjetivo. **El umbral de duda, pues, está en la valoración de la evidencia, no en la subjetividad del juez.** Si el juez no puede disipar la duda respecto a ese testigo, pero justifica que el resto de la evidencia presenta buenas razones para la condena y –esto es importante– que este testigo no excluye ninguna de las evidencias condenatorias, estará condenando con un estándar objetivo. **De hecho, eso es lo que explica las disidencias:** Otro juez podría compartir las dudas de su colega preopinante sobre ese testigo, pero podría pensar que ese testigo es fundamental para condenar, por lo cual debe ser valorado sin dudas (razonables al menos) o también puede pensar que ese testigo puede excluir alguna de las hipótesis convictivas, con lo que se debe establecer si miente o no. En ese caso, si no puede, el umbral objetivo de la duda (ese testigo) no se superó y deberá votar por la absolución.

Por lo visto más arriba, queda claro que comparto las corrientes de pensamiento que sostienen que es posible decir –de manera objetiva– cuando se ha llegado al punto en que las razones, además de buenas, son suficientes, para comprobar una hipótesis fáctica que se corrobora con la evidencia del proceso (por ejemplo, que Cayo tenía sangre en las manos)²⁷.

Entonces que un juez que condena, vota con una convicción subjetiva luego de haber analizado las evidencias o –si se prefiere– la historia de las partes y observa que no le queda ninguna duda razonable al menos para sostener una hipótesis convictiva. El umbral de la duda razonable está en la evidencia en su conjunto, no en la mente del juez, donde solo está la convicción, la duda razonable o la certeza de la falsedad de la hipótesis fáctica (en estos dos últimos casos, debe absolver).

Volvamos entonces a los requisitos que debe presentar la evidencia a ser valorada con la SCR para que objetivamente se muestre capaz de superar el BARD.

Propongo DOS requisitos ‘objetivos’ para que una hipótesis pueda darse por probada:

²⁷ Los que adhieren a la ‘concepción racionalista de la prueba, por ejemplo’.

a) **La hipótesis debe ser coherente con otras hipótesis que surjan en el proceso** (por caso un testigo que vió a Cayo lavándose las manos en una estación de servicio: Esta evidencia aunque pueda ser débil (pues se trata de un solo testigo) da base a una hipótesis que se complementa con la otra hipótesis donde tres testigos vieron a Cayo salir de casa de Tisio con sangre en las manos (si tenía sangre en las manos es plausible pensar que se va a lavar). También podría verse a Cayo en una cámara de la estación de servicio. Esta evidencia también complementa la evidencia valorada de los tres testigos: aunque posea la debilidad de no plantear una hipótesis sobre que hizo Cayo en el baño, tiene la fortaleza de poder sostener que era evidentemente el y podemos inferir que fue a lavarse. En este caso, nuestro 'sentido común' que –como dije- forma parte de la SCR, nos dice que Cayo tenía sangre en las manos. Puede no ser la hipótesis principal pero está muy vinculado a ella.

b) **las hipótesis que tienden a la exculpación deben ser descartadas:** En nuestro caso, Micena puede retractarse de lo que dijo en la Policía y decir que Cayo no estuvo con ella la noche del crimen. Este ejemplo descarta la hipótesis absolutoria de Cayo, y –por el contrario- puede transformarse en evidencia inculpatória si Micena además testifica que Cayo le pidió que dijera lo que dijo en la Policía. Cualquier otra hipótesis absolutoria debería ser descartada previa a la condena (si dice que estuvo en un comercio, ver las cámaras del mismo, si estuvo de viaje, ver los pasajes, etc.). Observemos como funciona aquí la libertad probatoria y –sobre todo el principio de racionalidad epistémica de las pruebas.

Pongamos por caso un robo con armas en una ruta donde los autores no fueron reconocidos e iban en un automóvil de igual marca que otro automóvil compatible que fuera visto las estaciones de servicio en la misma ruta y paradas que recorría el camión siniestrado. Siguiendo nuestro ejemplo anterior, deberían descartarse los motivos exculpatórios por las cuales las personas que iban en ese automóvil pudieron coincidir en las paradas con las del camión...¿había más estaciones de servicio en la ruta?, ¿necesitaba parar por combustible u otra razón?, ¿la ruta que seguía el auto a su destino era la lógica o había alternativas más ventajosas?

Si las hipótesis exculpatórias pueden desecharse, tenemos una prueba fáctica fuerte: aunque aún en este caso (limitaciones del conocimiento) no puede embanderarse con la verdad absoluta: Como en el ejemplo de Popper puede tratarse de una casualidad y el próximo cisne sea negro. Es cierto que, la conclusión, como en toda conclusión en un razonamiento inductivo (el de Cayo y los ladrones en la ruta lo son) nunca son verdades absolutas y la definición por una condena siempre parece irreductible y siempre queda un margen para la duda. *Pero el fiscal no está obligado a disipar todas las dudas...solo las razonables.*

Como elegir entre varias hipótesis fácticas posibles

Aun con el empleo de la SCR para valorar la evidencia y transformarla en prueba en favor de un hipótesis fáctica, puede ocurrir que al final del proceso tengamos varias hipótesis fácticas posibles, todas sustentadas por el empleo de la SCR en la evidencia del proceso: Así, en nuestro ejemplo, donde tres testigos vieron a Cayo salir con sangre en las manos podemos también tener testigos de las amenazas de Sempronio (que no tiene coartada) contra la vida de Tisio, y valorar además, por piezas documentales que su muerte le proporcionaba un beneficio. Como elegir entre las diferentes alternativas?

La solución aún puede ser epistémica, pues deberían fijarse estándares – o reglas- para poder lograr una definición. Acepto que esto puede representar un esbozo de prueba legal que cargan, - como dije antes- injustamente²⁸- con una impronta negativa en la mentalidad de los operadores judiciales. No es así. Y si es así no es malo. Por ejemplo, el ‘in dubio pro reo’ es –de hecho- uno de esas reglas: *Si dos hipótesis se enfrentan y ninguna puede ser considerada la mejor, se debe elegir la que beneficia al justiciable. Es una exigencia legal del sistema de DDHH de todo el arco jurídico Occidental²⁹ y nadie lo rechaza.*

Supongamos un caso de un testigo clave que reconoce al imputado en rueda de personas, mientras que el mismo testigo no pudo reconocerlo en otra oportunidad en una muestra de fotografías. Sin análisis, y en modo crudo, esas dos evidencias son auto excluyentes y del mismo valor probatorio. No obstante, con el uso de la SCR siempre sería posible ver si una prueba es más convincente que la otra: Cual procedimiento fue primero, el tiempo transcurrido, si el imputado cambió su fisonomía o no, estado de carácter del testigo en cada procedimiento, etc. son todos elementos epistémicos que podrían evaluarse para ver que prueba es preponderante. Si no puede lograrse eso, deberá usarse la evidencia que beneficia al imputado pues hay una ‘regla’ que nos obliga a elegir entra ambas opciones. De cualquier manera, si esa fuera la única prueba de la acusación, dudo mucho –aun cuando el procedimiento positivo fuera el más plausible- que alcance el estándar para fundar la culpabilidad.

Es importante que los estándares cumplan funciones epistémicas: No sería un buen estándar por ejemplo, el que postule que algo está probado cuando ha llevado al convencimiento al juzgador³⁰. Por el contrario, podría decirse que la hipótesis que debe adoptarse es la mejor,

²⁸ Las pruebas tasadas eran un método para controlar el poder omnímodo del inquisidor. Era el sistema de garantías medieval.

²⁹ Por caso art 8.2de la CADH, art. 14.2 del PIDCyP y art. 6.2 del CEDH

³⁰ En este sentido, me merece reparos la redacción confusa del art. 210 del ritual adjetivo en la Provincia de Buenos Aires.

explicando las razones (epistémicas) por la que se considera mejor que las alternativas, las que pasarían a formar parte de la distribución de errores³¹.

Un estándar diferente y más exigente podría ser que *se deba elegir una sola hipótesis entre todas las posibles y descartar las alternativas, dando razones para el descarte*. Este estándar –obviamente más riguroso- podría emplearse para penas especialmente graves. Aunque no me siento cómodo con la idea que los delitos leves merezcan menos análisis que los graves, *nadie duda que en la práctica esto es así*. Fijémonos, por caso, que hay otras instancias –diferentes al juicio- donde se avalúa evidencia, para la toma de decisiones: Por ejemplo, en la Instrucción (IPP en la Provincia de Buenos Aires) deben presentarse –por ejemplo- buenas razones para probar la hipótesis fáctica que el allanamiento es una medida necesaria, o que el imputado debe esperar el juicio en prisión (aquí las buenas razones se dirigen a probar los peligros procesales). *No caben dudas, pues que hay entornos de valoración de la prueba donde los estándares pueden no ser tan exigentes como en la sentencia*.

Esto se ve claramente con respecto a la ‘suficiencia’ probatoria, en los sistemas de enjuiciamiento con jurados (que hoy están revolucionando los sistemas procesales continentales): el estándar en un juicio civil es la elección de la hipótesis que se apoye en mejores razones que la otra (*‘more likely than’*³²). Por el contrario, en los juicios penales se exige una probabilidad casi cercana a la certeza –nuestro conocido BARD (*‘Beyond any reasonable doubt’*)-. Dejemos de lado las dificultades en la definición de ‘duda razonable’ que ya he explicitado en otro artículo³³, y que critiqué- justamente- pues apela a juicios morales y no epistémicos.

Como pasa con la suficiencia probatoria, la elección de una alternativa entre varias, aun con el empleo de estándares de prueba que reduzcan la discrecionalidad del juzgador, parece terminar en una decisión moral.

Elimiando el término ‘moral’ pues es confuso, postulo que si la convicción del juzgador (proceso mental necesariamente subjetivo) se objetiviza en la prueba y –justamente por ello- puede controlarse entre otras maneras por la motivación –además de la justificación- de porqué toma lo que toma como ‘buenas razones’ epistémicas no estamos en presencia de una ‘íntima convicción’ ni habremos renegado de conceptos epistémicos reduciendo todo al capricho del

³¹ DEL VECCHI “La no tan sana crítica racional”, En Letra: Derecho Penal, año V N° 9, 2019, pp. 40-55.

³² También conocido como *“preponderance of evidence”*. EN términos probabilísticos, la hipótesis que se elige es la que es mas ‘probable’ que la otra.

³³ Ustarroz J, “Apuntes sobre una epistemología del juicio por jurados”, Rev. Pensamiento Penal, Buenos Aires, 15 de mayo de 2020

decidente. Solo debemos aceptar que el criterio de suficiencia es empleado por este en el momento de la sentencia que es el contexto de justificación. Y no antes.

6 SISTEMA DE ESTÁNDARES O DE REGLAS?

En el derecho comparado existen dos grandes maneras de manejo de la evidencia. Por manejo de la evidencia me refiero a la admisibilidad y a la valoración de la misma. En un sistema basado en 'estándares' hay pautas muy laxas relativas a la evidencia, dejando a criterio del juzgador el control de su ingreso y a su sana crítica la valoración. Un sistema probatorio basado en 'reglas', por el contrario fija las pautas a seguir respecto a la evidencia en muchos casos, reduciendo drásticamente el ámbito de discrecionalidad del juzgador.

Por lo que vimos más arriba, nuestro sistema penal se inserta en el primero de estos sistemas, mientras que los sistemas sajones, con jurados legos se inscriben en un sistema reglado. No obstante podemos observar reglas en nuestro sistema y estándares en el sistema sajón, pues estas operatorias respecto a la prueba nunca se muestran en forma pura: Así por ejemplo, si bien nuestro sistema jurídico adopta un sistema de estándares al permitir el uso de cualquier medio de prueba y la libre valoración de la misma por la SCR –como vimos- presenta también reglas como la inadmisibilidad de uso de evidencias obtenidas ilegalmente- o aun cuando fueran legales se obtuvieron de procedimientos ilegales³⁴. En general en nuestro sistema no hay reglas respecto a la admisibilidad de la prueba, salvo la mencionada. En los demás casos hay pautas a seguir como en el Código Levene, de procedimiento Federal³⁵ o en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires³⁶.

En el mismo sentido, los sistemas basados en estándares no fijan reglas para la valoración de la prueba y –menos aun- para la suficiencia de las mismas. Al ya comentado caso del art. 210 del ritual adjetivo provincial le agrego este ejemplo:

“Las pruebas serán valoradas por los jueces según sus libres convicciones, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia”³⁷

³⁴ La teoría de los frutos del árbol envenenado que nuestra CSJN adoptó en 1985 en “Rayford” inspirada en la jurisprudencia americana, como dijimos orientada a las reglas para el manejo de la evidencia.

³⁵ “El tribunal **podrá** rechazar, por auto, la prueba ofrecida que evidentemente sea impertinente o superabundante. Si nadie ofreciere prueba, el presidente dispondrá la recepción de aquella pertinente y útil que se hubiere producido en la instrucción”. Art. 356 CPPN ley 23.984 (la negrita es agregada)

³⁶ Ley 11922

³⁷ Código Procesal Penal de la Nación Argentina, (ley 27.063), art. 10.

y que destaco en el cuerpo del artículo pues incluye como criterio de valoración al conocimiento científico que a mi entender forma parte de nuestra epistemología, pues es –a la vez- una fuente y un producto de esta. Es obvio que la discrecionalidad no llega al punto que permita al decidente *tomar cualquier cosa como conocimiento científico*, pero también es cierto que el legislador no fija reglas para determinar que es científico y que no lo es. En último caso, esa discusión formará parte de la valoración de la prueba que requiera ese conocimiento.

Los estándares alcanzan también a definir ‘la razón suficiente’ para tener algo por probado. Así por ejemplo, como vimos mas arriba en la Corte Penal Internacional tenemos un ejemplo de estándares fijados al decidente para tener algo por suficientemente probado (pues debe condenar sin dudas, al menos razonables), esto es, ataca el problema epistémico visto mas arriba, pero con directrices, no con reglas obligatorias.

Así, estos estándares, como limitaciones laxas dejan abierta la admisibilidad, la valoración y la suficiencia probatoria a la discrecionalidad del juez. Es eso malo? No necesariamente si el juez es buen decidente, pero como hemos visto que el proceso penal debe distribuir los errores para evitar ‘falsos positivos’, *algunos sistemas prefieren emplear reglas de cualquier manera, esto es, imponer soluciones independientemente del mejor criterio del juez.*

No es extraño que los países con sistema de jurados legos tengan sistemas probatorios reglados. Sin embargo, la limitación de la discrecionalidad al decidente debería comenzar a considerarse en nuestro país, en el que *estamos adaptando rápidamente los sistemas de jurados –para colmo, con los delitos más graves- sin hacer ningún cambio esencial en nuestro sistema probatorio*, problema sobre el que advertí en un artículo anterior³⁸.

Antes de seguir: Un proceso penal es – creo que quedo claro- un sistema complejo de conocimiento. *Pero además es un sistema de toma de decisiones en ambientes de incertidumbre.* Por ello, no es menor definir institucionalmente si esas decisiones se toman en medio de absoluta libertad, una libertad ‘vigilada’ o con reglas estrictas.

Los sistemas reglados, analizados con mucha claridad por Pablo Larsen³⁹ se orientan pues a un sistema de toma de decisiones que acepte sub y sobre inclusiones en un caso particular, con respecto las que se tomarían en un caso concreto. Esto se hace como método para lograr distribuir los errores evitando falsos positivos, una de las características que había del proceso penal como proceso de conocimiento. Se prefiere –pues- una solución que eventualmente pueda

³⁸ Ustarroz J., “ Apuntes sobre la epistemología del juicio por Jurados”, Pensamiento Penal, Bs.As., abril 2020

³⁹ Larsen P., “Reglas, estándares y dos modelos de derecho probatorio para el proceso penal”, InDret, Buenos Aires, Enero 2020

ser más mediocre que una particularizada, pero más segura respecto a la posible comisión de errores, concretamente, los errores que se quieren evitar en el proceso penal (los falsos positivos).

En los sistemas reglados, la admisibilidad de la evidencia no es solo regulada. También es limitada. En un sistema probatorio reglado, pues, pueden haber menos evidencias que analizar que en un sistema por estándares. Así, no puede recurrirse a los antecedentes⁴⁰ o al carácter del sindicado como prueba como lo dicen las reglas Federales sobre la Evidencia de USA (FRE 404."b".1 y FRE 404."a".1" respectivamente. La misma suerte corren –en los sistemas reglados– los testigos de oídas ("hearsay witness") o las pruebas de referencia.

Así, tenemos normas como *"Ninguna persona será condenada por el delito de traición a menos que se cuente con el testimonio de dos testigos sobre el mismo acto, o con una confesión en un tribunal público"*⁴¹ que – como analizaremos más abajo se trata de una "prueba legal positiva". Otra regla –esta vez dictada por la jurisprudencia– es la que dice que *"...la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada"*⁴².

En nuestro sistema también hay reglas de este tipo en los sistemas procesales más modernos, por caso *"El órgano judicial no podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido [...] La materialidad de un hecho delictivo no podrá probarse únicamente sobre la base de esas manifestaciones..."*⁴³

Sin embargo, un sistema probatorio basado solamente en reglas, donde no se pueda analizar con libre convicción epistémica un caso concreto es –directamente– una quimera.

En primer lugar, el sistema de estándar probatorio con pocas reglas no es un campo fértil para la discrecionalidad total y absoluta del juzgador, como se cree.

Tampoco comparto la posición de Larsen respecto a que la imposición de reglas en el Derecho Probatorio se justifica pues así como se ve natural la limitación del poder del juez respecto a cuestiones sustantivas salta como absurdo que ese mismo juez no sea sometido a regla alguna a la hora de valorar la evidencia: Mas allá que limitar las decisiones de cualquier

⁴⁰ Es cierto que en nuestro sistema el uso de los antecedentes del sindicado en apoyo de una hipótesis fáctica configuraría un 'Derecho Penal de autor' y solo se evalúan para agravar o atenuar la condena, pero el concepto de Derecho Penal de autor fue introducido por la Doctrina, no por la ley...

⁴¹ Constitución de Estados Unidos de América, artículo III, sección 3.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Norín Catrimán y otros v. Chile", 2015

⁴³ CPPN art 15 ley 27304 de nuestro país.

tema a la SCR supone una limitación obvia por el cual el juez no puede apartarse de una visión compartida del mundo, esto es, la razón, la experiencia, los conocimientos científicos y el sentido común (ningún juez puede decir que no existe la ley de gravedad o que no confía en el resultado de un test de ADN pues hay personas sin genoma o que una persona captada por cámaras de vigilancia saliendo con una mochila cargada en la madrugada de un Club donde se verificó un robo haya ido allí a consultar por condiciones de admisión, por ejemplo), *personalmente no creo que haya una diferencia fundamental entre las limitaciones que presenta un juez respecto a las normas sustantivas de derecho y las que sigue al valorar la evidencia según la sana crítica racional (SCR)*: El juez no puede ordenar una requisita, otorgar o denegar una excarcelación o decidir sobre la procedencia de un secuestro sin auto fundado, y para fundarlo (motivarlo) deberá valorar la evidencia que le presente la parte (Fiscal o Defensa). **¿Y como la valora? Con la SCR.**

Como dije mas arriba *hay muchas instancias epistemológicas en el proceso penal, no solo en la instancia de Debate.*

Los que se apoyan en algunos reconocidos filósofos del Derecho para sostener la debilidad del sistema por estándares suelen esgrimir ejemplos no muy felices. Así, si bien es cierto que Ferrajoli tiene dicho que:

*“El abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez,[...] por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales...”*⁴⁴

se está refiriendo a una época Histórica donde **–el concepto de ‘libre convicción’ era totalmente diferente al concepto que usamos hoy.** Más abajo, en el mismo texto se ve, claramente a que ‘libre convicción’ se refiere Ferraioli:

*“... la fórmula de la ‘libre convicción’, que por sí misma expresa solo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acriticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales”*⁴⁵(las negritas son más).

También en este punto son muy conocidas las críticas de Laudan, quien afirma que

“con el empleo de un estándar tan amorfo como el de la prueba más allá de una duda razonable, el Estado básicamente invita a los juzgadores de los hechos a que libren la decisión a

⁴⁴ Ferrioli L., *“Derecho Y Razón”*, Trotta, 1994, pag. 134

⁴⁵ Ferrioli L., *“Derecho Y Razón”*, Trotta, 1994, pag. 134

sus instintos. ‘Estoy seguro de que es culpable, no me caben dudas’, esto es todo lo que exigen los tribunales para condenar”⁴⁶.

Aquí, Laudan con su frase, no está criticando un sistema de estándares⁴⁷: Está criticando – y con razón- la incertidumbre que tiene un sistema como el de jurados legos para afirmar cuando una evidencia prueba suficientemente una hipótesis fáctica, lo que es muy complejo en cualquier sistema (como ya vimos) pero particularmente con una metodología procesal donde las razones...no se explican, lo cual los coloca en una posición similar a las ‘paginas deprimentes de la historia intelectual’ que menciona Ferraioli. Si esto fuera así, bastaría que un astrónomo esté convencido de la existencia de vida bacteriana en Marte, para que lo demos por probado.

Aclarado esto, debo decir que tampoco estoy del lado de quienes como Hart o Bentham son opositores acérrimos al sistema reglado, pues estos dejan librado todo al subjetivismo judicial.

Me parece que la adhesión a reglas epistémicas (y dejarlas libradas a la libre valoración del juez) es la solución más científica que podemos aspirar. Y no es mala. Solo acepto que el derecho probatorio moderno debería propender al establecimiento de determinadas reglas – especialmente en los casos complejos- para limitar a los malos decisores, sobre todo con el uso de jurados. Aunque hoy sea políticamente incorrecto, mantengo que el juez puede ser inhábil epistemológicamente, pero siempre podremos seguir el hilo de su razonamiento (y corregirlo en la instancia de revisión). De un jurado lego conocemos menos y ni siquiera debe motivar... En estos casos, las reglas son una importante ayuda. Insisto con un tema sobre el me explayé en otro artículo: *Nuestro país está adhiriendo al juicio por jurados de manera acelerada y en forma acrítica, sin analizar nuestro sistema probatorio. Ya respondí a la canónica expresión respecto que el juicio por jurados es un ‘mandato constitucional’ recordando que hay otros mandatos constitucionales incumplidos que merecerían atención prioritaria (como las cárceles, por caso).*

De cualquier manera, recuerdo –antes de seguir- que ya hay varias reglas legales, circulando por sistemas como el nuestro –basado en directrices y la ‘libre convicción’ (que no es tan libre como vimos)-: *Por caso, el ‘in dubio pro reo’, la exclusión de la prueba ilegal, la carga de la prueba en el acusador, la prohibición de la ‘reformatio in pejus’, la prohibición de la doble persecución*

⁴⁶ LAUDAN, “El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal”, 2011, p. 283 citado por Larsen P. (op.cit.)

⁴⁷ Como dije más arriba, cuando decimos que el ‘BARD’ es considerado como un estándar de prueba, estamos españolizando el término ‘*standard of proof*’ con que se conoce al BARD en la literatura judicial anglo sajona. En ese sentido, el BARD es un concepto porque el que (si supiéramos de que se trata) define cuando una evidencia valorada como prueba es suficiente para decir que la hipótesis fáctica está probada (y con los requerimientos del sistema penal, diferentes –como vimos- a la preponderancia de la evidencia de sistema civil). En español, usamos el término ‘estándar’ como directriz y se define en oposición a ‘regla’. Son cosas diferentes.

penal son algunos ejemplos de reglas ‘contra epistémicas’... construidas ‘ad hoc’ por el legislador⁴⁸.

Sin embargo, los partidarios de un sistema de reglas van más allá. Sustraen en ciertos casos la decisión del juez en casos concretos⁴⁹: Una regla puede decir que no se puede condenar con la evidencia valorada de una sola persona -“*testis unus testis nullus*”-, sin considerar cuan convincente sea esta evidencia valorada –en un caso concreto- como prueba condenatoria. Los partidarios de un sistema reglado desean alejar la posibilidad de un falso positivo, peligro que ciertamente se bordea en el caso de una evidencia como la mencionada. Pero en algunos casos concretos, ese ‘testigo ‘único’ puede ser convincente y el juez deberá explicar por cuales razones esta prueba lo convenció más alla del BARD o del umbral que sea.

Si bien algunos partidarios del sistema de reglas como Larsen reconocen que la sub o sobre inclusión analítica que efectúa una regla (que es una toma de decisión previa al caso concreto), éstos se muestran dispuesto a aceptar esos errores como mal menor

Yo creo que esto hay que mirarlo con cuidado, pues su aplicación obligatoria dejaría afuera del análisis (e incluso no tendría sentido llevar a proceso) a una constelación de casos donde el testigo es la propia víctima, por caso los abusos o los ‘delitos de alcoba’ por citar algunos ejemplos. Por otro lado, -esto es también políticamente incorrecto- deberíamos pensar cuantos ‘falsos negativos’ queremos tolerar. *La única manera de asegurarnos que no haya falsos positivos es eliminar los juicios, pero esa no parece ser una opción que nuestra política criminal esté dispuesta a aceptar...*

Me inclino -más bien- por otro tipo de reglas, que hagan a la ‘suficiencia probatoria: Por caso, dentro de la admisibilidad de la prueba, no creo que haya que eliminar con una regla la entrada al proceso de rasgos de personalidad del imputado, solo hay que establecer una regla que diga que esta evidencia no puede ser valorada aisladamente sino que su análisis debe ser en conjunto con otra evidencia que la complemente.

Entre estas reglas son sumamente interesantes las pruebas legales negativas. Todos conocemos la prueba legal positiva: Es aquella por la cual –si aparece- el juez independientemente de su impresión en el caso concreto debe condenar: Es condición suficiente para la condena y obliga al juez a ello.

⁴⁸ Acepto que el principio ‘in dubio pro reo’ y la carga de la prueba en la acusación no son realmente valoraciones contra epistémicas. Solo las coloco – con fines didácticos- en un grupo más amplio donde la decisión sobre la marcha del proceso o la elección del decidente está dado por la ley...

⁴⁹ Larsen P, “ “, pág.326 donde justifica el establecimiento de reglas para impedir condenas erróneas, aunque reconoce que las reglas pueden llevar a resultados incorrectos en algunos casos concretos.

Más útiles me parecen las pruebas legales negativas: aquellas sin las cuales no se puede condenar o dar por probada la hipótesis que sea: Estas pruebas legales establecen una condición necesaria y no obligan al juez a condena, aún si aparecen. El uso de las pruebas legales negativas permite el ingreso al proceso de evidencias ‘peligrosas’ ya sea en cuanto a su sentido (los antecedentes del imputado) o su fiabilidad (una pericia psicológica, un testigo de oídas o el testimonio de la víctima). Estas pruebas legales negativas deben reglar que no se tendrá por corroborada una hipótesis solo con estas evidencias. También puede regularse que no sorteas el valladar de las pruebas legales negativas el empleo en conjunto de dos evidencias problemáticas, por caso los antecedentes y condenas del imputado respecto a delitos sexuales y la declaración de una víctima mujer.

Se podrá objetar que estas reglas son innecesarias, pues están en la cabeza del ‘sentido común del juzgador’, lo cual puede ser cierto, pero es mejor que figuren como reglas, pues entonces el juez estará obligado a valorarlas o a mencionarlas en las instrucciones al jurado, en lugar de mantenerlas ‘in pectore’: Como dije antes, la necesidad de estas reglas parte del entorno acotado de cualquier empresa epistemológica, de nuestra incapacidad para comprender totalmente al mundo, de la existencia de malos decisores, y para evitar –en lo posible- los falsos positivos.

Y –agregaría- deo afuera los aspectos epistemológicos que hacen al conocimiento como un descubrimiento en el mundo de algo conformado previamente en la mente del observador, con su historia y sus creencias. Esas razones justifican por sí la adopción en ciertos casos de un sistema ‘liviano’ de reglas probatorias.

7 CONCLUSIONES

Finalizo aquí con estos breves apuntes sobre la valoración de la evidencia en el proceso penal. Espero que haya quedado claro la idea que el proceso penal, como empresa de conocimiento, con contexto de descubrimiento y justificación diferenciados de otras ciencias, se basa en la evidencia que introducen las partes al mismo para probar la hipótesis fáctica principal y -si es el caso- otras hipótesis fácticas que corroboran la hipótesis principal o la falsean.

La valoración de la evidencia, tornándola prueba, en nuestro sistema legal está regida por estándares (directivas) y lagunas reglas (pocas, pero más de las que se cree). Pero fundamentalmente, dejan la actividad probatoria al libre arbitrio del juez. Sin embargo este arbitrio no es tan libre: es epistémico. El juez debe razonar con los principios del mundo compartido, esto es, su SCR.

EL problema mayor del empleo de la SCR, esto es la posibilidad de saber cuando una hipótesis está suficientemente corroborada por las evidencias que la sustentan, se intenta salvar imponiéndole al juez una regla: Debe optar por la opción que no le deje dudas (razonables al menos). Esto implica que el Fiscal no está obligado a disipar todas las dudas, sino solo las razonables.

A su vez, el problema mayor de este umbral es que lo hemos adoptado acríticamente del derecho sajón, donde en su origen –vinculado a una epistemología diferente- se lo vinculaba a un convencimiento interno y moral del juzgador. EN nuestro caso debemos ‘aggiornarlo’ para que sea consecuencia de la evidencia mostrada en el proceso, y evitemos así razonamientos circulares de juzgadores que se convencen primero y luego sostienen que su convencimiento superó el umbral de dudas, cuando es exactamente al revés.

Finalmente, creo necesario advertir una vez más que ya que el legislador y algunas corporaciones de Jueces y Abogados han decidido optar por un peligroso sistema de fallos inmotivados (recuerdo mi desacuerdo con lo expresado por la CSJN en ‘Canale’) deberemos implementar un sistema de manejo de evidencia con mas reglas de valoración de la evidencia que las actuales, similares a las FRE americanas, adoptadas por las Cortes Americanas con variantes locales.

8 EXCURSUS: LA RACIONALIDAD DE LOS SISTEMAS DE JUZGAMIENTO MEDIEVALES

Quiero recordar que en varios artículos que preceden a este sobre el tema⁵⁰, habíamos abordado el punto que refiere que, en las múltiples instancias históricas en que una sociedad debía encontrar una verdad como fundamento de condena, se recurrió a diferentes lógicas.

Así, en sucesivas etapas históricas y en diferentes ámbitos geográficos (o –lo que es más acertado- en diferentes conformaciones sociales) se ha determinado que una persona cometió o nó un hecho ocurrido en el pasado por juramento, por una prueba (ordalía), por un combate, por inquisición, por lo que lo dicen un grupo de vecinos, porque así lo dice un cuerpo profesional, etc.

⁵⁰ Ustarroz, J, ; “*Algunas reflexiones sobre el Conceptos de “verdad” en el Proceso Penal*” (www.derechopenalonline.com 25/11/18) y “*Apuntes sobre una epistemología olvidada: Mas sobre La verdad en el proceso penal*” (www.derechopenalonline.com 23/02/19)

Una cierta ingenuidad antropológica, y de comprensión de los procesos históricos unido a un claro etnocentrismo cultural⁵¹, hace aparecer esas épocas y esas prácticas como anormales e impropias de la razón humana.

Raro. ¿Esas sociedades no eran humanas? ¿Si las prácticas no eran funcionales, porque subsistieron? Y sobre todo, por mas 500 años.

Esas lógicas existieron pues eran coherentes con el simbolismo dominante, con la conformación social, con el momento político, etc. En suma, ninguna de esas lógicas de averiguación de la verdad eran irracionales para sus tiempos⁵².

Como recuerda Foucault, es sumamente lógico que en una época en que todo lo transaccional se hiciera por combate, las decisiones sobre la verdad se hicieran también por combate. “..el proceso penal era la continuación de la guerra..”⁵³

La incomprensión de este análisis, además de no captar adecuadamente el sentido de una práctica histórica, ha llegado al absurdo intelectual de mostrar estas prácticas como irracionales, o propias de una sociedad de dementes, o incluso exhibirlas con un sesgo de burla (particularmente con la ordalía del agua)⁵⁴.

Insisto: *Esos métodos son también métodos de obtener ‘buenas razones’ (para la concepción del mundo medieval)*. Esos métodos de juzgamiento eran ‘racionales’ para una época determinada cruzada por una epistemología diferente, que sostenía –por ejemplo- que la tierra era plana no porque lo dijera la ciencia (que no existía como tal) sino porque el sistema *necesitaba* que fuera plana. EL mundo medieval era un mundo deductivo, no era un mundo empírico. La observación fue un hallazgo de la era Moderna.

⁵¹ Etnocentrismo que hace aparecer como descabellado la prohibición de consumo de carne vacuna en la India y de cerdo en los pueblos semitas, prácticas que la Antropología moderna describió como absolutamente necesarias para el tiempo histórico que se implantaron...ver por caso “Vacas cerdos guerras y brujas, los enigmas de la cultura” de Marvin Harris, Ed. Alianza, 1980

⁵² Si fueran irracionales, el cuerpo social las hubiera rechazado rebelándose contra ellas (ello en el supuesto caso que alguien las hubiera intentado imponer contra la lógica de su tiempo) y no nos hubiéramos siquiera enterado de su existencia...

⁵³ Foucault, M. “*La verdad y las Formas Jurídicas*”, Gedisa, Barcelona 1998

⁵⁴ En esta ordalía, si el sujeto –arrojado maniatado a un río- sobrevivía, era culpable pues Dios no lo quiso aceptar. Si se ahogaba, por el contrario era inocente. Si alguien no es capaz de sacarse sus propios estereotipos culturales, inevitablemente va a considerar este proceder como una locura.